

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε στις 13 Απριλίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 06.03.2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 302/07.03.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

-Κατά του ..., νόμιμα εκπροσωπούμενου.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής με αριθμό Πρωτοκ. .../2023 και ειδικότερα την τροποποίηση / διαγραφή των απαιτήσεων που προβλέπονται στις προδιαγραφές 1.2.10, 2.1.2, 3.1.2, 3.5.3 και 4.1.3, στο Παράρτημα Ι - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ - ΑΝΑΛΥΤΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ, για το Τμήμα 2 / Υποέργο 5.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο ποσού 600,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και

Αριθμός Απόφασης: 653/2023

5 πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, και ειδικά σύμφωνα με την αξία του Τμήματος 2 / Υποέργο 5, για το οποίο ασκείται η προσφυγή, με εκτιμώμενη αξία 80.645,16 ευρώ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, με αριθμό .../2023 προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για τα υποέργα 2, 5, 7, 13, 15 και 24 της Πράξης με τίτλο: ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ «...» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 282.258,06 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και καταληκτική ημερομηνία λήξης υποβολής προσφορών η 17.03.2023. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 07.02.2023 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α

3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που το ... ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και μάλιστα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο αρ. 345 παρ. 1 και στο αρ. 379 παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 06.03.2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ήτοι την επόμενη εργάσιμη μετά τη λήξη της προβλεπόμενης προθεσμίας, η δε προσβαλλομένη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 07.02.2023, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του πδ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Με την Πράξη του Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου με αριθμό 419/2023 ορίσθηκε η εισηγήτρια και η ημερομηνία συζήτησης της προσφυγής, ενώ στις 18.03.2023 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα τις απόψεις της με αριθμό πρωτοκ. 4265/17.03.2023, με τις οποίες ζητά την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής.

6. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

7. Κατά την έννοια των ως διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2) και 360 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής διακήρυξης, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση με έννομο συμφέρον, σε περίπτωση που δεν υποβάλει προσφορά εντός της προθεσμίας υποβολής της, να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον του για την προσβολή της διακήρυξης με αίτηση ακυρώσεως διατηρείται μόνον εφ' όσον προβάλλει, με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο,

ο οποίος αποκλείει παρανόμως τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό ή καθιστά ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ή αιτήσεως συμμετοχής (βλ. ΣΤΕ 1259/2019, 4606/2012, 1987/2011). Η επίκληση δε τέτοιων ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αιτούντος απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της (ΣΤΕ 2631/2020).

8. Περαιτέρω, η διατύπωση του αρ. 360 παρ. 1 ν. 4412/2016, δεν αναιρεί, αλλά αντίθετα επιβεβαιώνει και ενσωματώνει την πάγια δικονομική αρχή ότι το έννομο συμφέρον για άσκηση ενδίκου βοηθήματος, και στην προκειμένη περίπτωση ενδικοφανούς προσφυγής, πρέπει να είναι προσωπικό, άμεσο και ενεστώς. Έτσι, η κατά την παραπάνω διάταξη έννοια του «συμφέροντος» ταυτίζεται ως προς το περιεχόμενό της με την παγία έννοια του «εννόμου συμφέροντος» στα πλαίσια της ακυρωτικής και διοικητικής δικονομίας.

9. Όπως προκύπτει από το περιεχόμενο της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, η προσφεύγουσα, προκειμένου να θεμελιώσει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής ισχυρίζεται τα εξής: *«Λαμβάνοντας υπόψη ότι οι όροι της διακήρυξης, τους οποίους προσβάλλουμε με την παρούσα, έχουν τεθεί κατά παράβαση της εσωτερικής και κοινοτικής νομοθεσίας, ως υποψήφια ανάδοχος της σύμβασης, έχουμε κάθε έννομο συμφέρον και νομιμοποιούμαστε ενεργητικά να ασκήσουμε προσφυγή και να προσβάλουμε την διακήρυξη και τους όρους αυτής ενώπιόν Σας, καθόσον οι προσβαλλόμενοι όροι της Διακήρυξης, με βάση τις απαιτήσεις της Αναθέτουσας Αρχής, παραβιάζουν το εσωτερικό και κοινοτικό δίκαιο. Τούτο συνεπάγεται ότι οι υποψήφιοι και ειδικά η εταιρεία μας αποκλείεται μη νομίμως εκ των προτέρων από τον διαγωνισμό λόγω πρόβλεψης απαιτήσεων της διακήρυξης αντίθετων προς το εσωτερικό και κοινοτικό δίκαιο αλλά και κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας και της αρχής του υγιούς και*

ανόθευτου ανταγωνισμού. Οι δε προσβαλλόμενοι όροι οδηγούν σε βέβαιο αποκλεισμό της προσφοράς μας, την οποία επιθυμούμε να υποβάλουμε με ενδεχόμενη ζημία από την, μέσω του περιεχομένου της διακήρυξης, παράβαση εσωτερικής και κοινοτικής νομοθεσίας (...). Εν προκειμένω, η εταιρεία μας, με έννομο συμφέρον ασκεί την παρούσα προσφυγή της κατά της υπ' αρ. .../2023 Διακήρυξης του ..., εφόσον οι μη νόμιμοι και δυσανάλογοι όροι της διακήρυξης νοθεύουν τον υγιή ανταγωνισμό και μας στερούν μη νόμιμα το δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό, με άμεση βλάβη των οικονομικών μας συμφερόντων, δεδομένου ότι η εταιρεία μας παρέχει επιτυχημένα τις υπό κρίση υπηρεσίες σε όλη την Ελληνική Επικράτεια, και μάλιστα σε ΝΠΔΔ, ΝΠΙΔ, και Οργανισμούς με αυξημένες απαιτήσεις, και ως εκ τούτου οι τεθέντες όροι της διακηρύξεως εμποδίζουν την εταιρεία μας να συμμετάσχει στη διαγωνιστική διαδικασία του ...».

10. Κατόπιν των παραπάνω, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα, εφόσον ασκεί δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της προς ανάθεση σύμβασης, περιλαμβάνεται, στον κύκλο των οικονομικών φορέων που θεμελιώνουν εύλογο ενδιαφέρον να μετάσχουν στον επίμαχο διαγωνισμό. Επιπλέον, δεδομένου ότι επικαλείται βλάβη της, η οποία συνίσταται στην παρεμπόδιση της συμμετοχής της στο διαγωνισμό εκ του γεγονότος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη περιλαμβάνει απαιτήσεις, που έχουν τεθεί κατά παράβαση της εθνικής και κοινοτικής νομοθεσίας και εμποδίζουν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ των συμμετεχόντων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή ασκείται καταρχήν με έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας.

11. Επίσης, η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπο ώστε, καταρχήν να παρέχεται σε όλους τους εύλογα ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η

δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο γνωρίζοντας εκ των προτέρων το ακριβές περιεχόμενο των κριτηρίων του διαγωνισμού, στα οποία καλόπιστα θα στηρίξουν την απόφασή τους εάν θα λάβουν ή όχι μέρος στη διαδικασία σύναψης της οικείας σύμβασης (βλ. την απόφαση του ΔΕΕ της 14ης Σεπτεμβρίου 2017, Casertana Costruzioni, C-223/16, σκέψη 34, της 14ης Ιουλίου 2016, TNS Dimarso NV κατά Vlaams Gewest, υποθ. C-6/15, σκέψεις 22 επ., την απόφαση του ΔΕΕ της 10ης Μαΐου 2012, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, υποθ. C-368/10, σκέψεις 55 επ., 62 επ. και 88). Περαιτέρω, δε, οι όροι της διακήρυξης πρέπει να καταρτίζονται με βάση τα παραπάνω, ώστε να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και με ίσους όρους έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την σύμβαση (βλ. μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33).

12. Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές με βάση τις ανάγκες της και την σκοπιμότητα χρήσης των υπό προμήθεια προϊόντων, η δε θέσπιση, με την διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν κάποιων διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να

συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απaráδεκτα αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από την άποψη της τήρησης του εγχώριου και ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας, η οποία συνίσταται στο ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί τα αναγκαία και κατάλληλα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό.

13. Ακόμα, κατά την έννοια των διατάξεων των άρθρων 346 (παρ. 1 και 2) και 360 (παρ. 1) του ν. 4412/2016, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της διακήρυξης, προκειμένου να θεωρηθεί ότι προβάλλει τον κάθε συγκεκριμένο λόγο με έννομο συμφέρον, πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από όρο της διακήρυξης ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΕΑ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολομ, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Περαιτέρω, το έννομο συμφέρον του για την προσβολή της διακήρυξης διατηρείται μόνο εφόσον προβάλλει, με ειδικούς και συγκεκριμένους ισχυρισμούς, ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παράνομα τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό ή καθιστά ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής (βλ. ΣΤΕ 1259/2019, 4606/2012, 1987/2011). Η επίκληση δε τέτοιων ειδικών και συγκεκριμένων ισχυρισμών προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, όσο και

κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της (ΣΤΕ 2631/2020).

14. Περαιτέρω, λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007).

15. Η προσφεύγουσα προβάλλει με τους ισχυρισμούς της ότι στην προκειμένη περίπτωση οι τεχνικές προδιαγραφές με α/α 1.2.10, 2.1.2, 3.1.2, 3.5.3 και 4.1.3 του Παραρτήματος Ι «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ - ΑΝΑΛΥΤΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ», που αφορούν το Τμήμα 2 / Υποέργο 5 της υπό ανάθεση σύμβασης, έχουν τεθεί κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

16. Ειδικότερα, σχετικά με την προδιαγραφή με α/α 1.2.10, σύμφωνα με την οποία *«Το προτεινόμενο σύστημα (θα πρέπει) να λειτουργεί παραγωγικά διασυνδεδεμένο με το Πληροφορικό Σύστημα του Νοσοκομείου, σε άλλο Ελληνικό Δημόσιο Πανεπιστημιακό Νοσοκομείο. Η συγκεκριμένη απαίτηση είναι επί ποινής αποκλεισμού και ο υποψήφιος ανάδοχος υποχρεούται να προσκομίσει βεβαίωση καλής λειτουργίας, με ρητή αναφορά στην παραγωγική λειτουργία της διασύνδεσης»*, η προσφεύγουσα, η οποία διαθέτει βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης από ιδιωτικό οργανισμό υγείας και συγκεκριμένα τη ..., ισχυρίζεται ότι δεν είναι ούτε αναγκαία, ούτε πρόσφορη, ούτε ανάλογη τεχνική προδιαγραφή για την επιλογή του καλύτερου συστήματος για την καλή εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Πιο συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι η παραπάνω απαίτηση δεν είναι αναγκαία, καθώς θα μπορούσε ο επιδιωκόμενος στόχος να επιτευχθεί με την παραγωγική διασύνδεση του πληροφοριακού συστήματος του Νοσοκομείου σε άλλο ιδιωτικό οργανισμό

υγείας αντίστοιχης δυναμικότητας, καθώς και ότι δεν είναι πρόσφορη γιατί η διασύνδεση με άλλο Ελληνικό Δημόσιο Πανεπιστημιακό Νοσοκομείο δεν είναι περισσότερο αποτελεσματική από την διασύνδεση με άλλο ιδιωτικό οργανισμό υγείας αντίστοιχης δυναμικότητας όσον αφορά τον ετήσιο αριθμό απεικονιστικών εξετάσεων. Αντίθετα, πρόσφορο θα ήταν να καθιερωθεί μία διαζευκτική δυνατότητα, το προτεινόμενο σύστημα να λειτουργεί παραγωγικά διασυνδεδεμένο με το Πληροφοριακό Σύστημα του Νοσοκομείου, είτε σε άλλο Νοσοκομείο είτε σε άλλο ιδιωτικό οργανισμό υγείας αντίστοιχης δυναμικότητας όσον αφορά στον ετήσιο αριθμό απεικονιστικών εξετάσεων. Τέλος, κατά τα προβαλλόμενα, η επίμαχη προδιαγραφή δεν είναι η κατάλληλη για την δημιουργία πεποίθησης και κρίσης περί αποτελεσματικής λειτουργίας του συστήματος, αλλά αντίθετα περιορίζει παράνομα τον ανταγωνισμό.

17. Επί των παραπάνω ισχυρισμών η αναθέτουσα αρχή αντιτάσσει τα εξής: «Η επίμαχη προδιαγραφή *«είναι αναγκαία διότι, η λειτουργικότητα ενός Δημόσιου Νοσοκομείου, διαφέρει ουσιωδώς σε αρκετά σημεία από αυτή ενός ιδιωτικού φορέα παροχής υπηρεσιών Υγείας, ιδιαίτερα δε όταν αναφερόμαστε σε Ιδιωτικό Διαγνωστικό Κέντρο, όπως η ..., ή οποία διαθέτει μεγάλο μεν όγκο διαγνωστικών εξετάσεων, αλλά σε καμία περίπτωση δεν είναι Νοσοκομείο. Είναι πρόσφορη, διότι εφόσον έχει επιτευχθεί και βρίσκεται σε παραγωγική λειτουργία σε άλλο Δημόσιο Νοσοκομείο, έχει ήδη λάβει υπόψη της ιδιαιτερότητες αναφορικά με τη λειτουργικότητα των Δημόσιων Νοσοκομείων, όπως: • χρεώσεις πολλαπλών εξετάσεων και πακέτων εξετάσεων για αποζημίωση του Νοσοκομείου από τον ΕΟΠΥΥ • πληροφορίες κλινικού ιστορικού που μεταφέρονται μεταξύ κλινικών και Απεικονιστικού Τομέα • αποστολή αυτόματων αλλαγών στοιχείων, ακυρώσεων ραντεβού και εξετάσεων κλπ μεταξύ του πληροφορικού συστήματος του Νοσοκομείου και του συστήματος PACS που αφορά των Απεικονιστικό Τομέα. • αποστολή αποτελεσμάτων και ιατρικών εικόνων προς το πληροφορικό σύστημα του Νοσοκομείου για θέαση των εικόνων και των αποτελεσμάτων από τις κλινικές*

και τα τμήματα του Νοσοκομείου. Τα ανωτέρω αν δεν έχουν ήδη υλοποιηθεί και δοκιμαστεί σε άλλο Δημόσιο Νοσοκομείο, εγκυμονούν σοβαρούς κινδύνους, μη υλοποίησης και παραγωγικής λειτουργίας της διασύνδεσης, άκοπη τλαιπωρία και σπατάλη χρόνου των στελεχών του νοσοκομείου και στο τέλος ένα μη λειτουργικό σύστημα για το οποίο έχουν δαπανηθεί δημόσια και ευρωπαϊκά χρήματα. Επιπρόσθετα αν δεν επιτευχθεί ή αν δεν λειτουργεί σωστά η εν λόγω διασύνδεση δεν θα μεταφέρονται τα σωστά στοιχεία των ασθενών και εξετάσεων προς τα Ιατρικά μηχανήματα για τη διενέργεια των εξετάσεων με ό,τι αυτό σημαίνει για την ασφάλεια των ασθενών και των διαγνώσεων των ασθενών. Επιπλέον, το γεγονός ότι η προσφεύγουσα δεν συγκεντρώνει την απαραίτητη εμπειρία, επ' ουδενί συνεπάγεται ότι ο όρος είναι παράνομος. Αντιθέτως είναι απολύτως αυτονόητο ότι οι υπό δημοπράτηση υπηρεσίες που προσφέρονται σε Νοσοκομεία με συνεχή παρουσία ασθενών δεν είναι ταυτόσημες, ούτε έστω συγκρίσιμες με υπηρεσίες που παρέχονται σε ιδιωτικής φύσεως διαγνωστικά κέντρα όπως ανακριβώς ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Πρόκειται για εγκαταστάσεις με απολύτως διαφορετικά λειτουργικά και τεχνικά χαρακτηριστικά καθώς και με εντελώς διαφορετικές συνθήκες παροχής της υπηρεσίας, που επ' ουδενί είναι συγκρίσιμα. Τονίζουμε, το προφανές: ότι η διενέργεια διαγνωστικών εξετάσεων σε Νοσοκομεία, που τα επισκέπτεται μεγάλος αριθμός ασθενών, νοσηλευόμενων και μη, δεν έχει καμία σχέση ούτε με τη διενέργεια διαγνωστικών εξετάσεων σε ιδιωτικά κέντρα. Συμπερασματικά το Νοσοκομείο μας έπραξε το προφανές: αφού οι υπό δημοπράτηση υπηρεσίες αφορούν Νοσοκομείο, ζητάει εμπειρία στην παροχή υπηρεσιών σε Δημόσια Νοσοκομεία με παρόμοια χρήση και απαιτήσεις (Δημόσια Νοσοκομεία που παρουσιάζουν ιδιαίτερες απαιτήσεις, δυσκολίες και προκλήσεις). Η απαίτηση αυτή όχι μόνο κινείται εντός των ορίων της διακριτικής μας ευχέρειας, αλλά είναι απολύτως εύλογη και νόμιμη, χωρίς καν να είναι δυσανάλογη. Είναι σαφές εν προκειμένω ότι η προσφεύγουσα επιχειρεί να διαμορφώσει τις απαιτήσεις του διαγωνισμού σύμφωνα με τα δικά της προσόντα (...).

18. Κατόπιν όλων των παραπάνω και μετά την εκτίμηση των εκατέρωθεν ισχυρισμών σχετικά με την τήρηση της αρχής της αναλογικότητας και των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι ο υπό κρίση λόγος προβάλλεται μεν με έννομο συμφέρον, καθώς η προσφεύγουσα επικαλείται βλάβη της και αδυναμία συμμετοχής της στο διαγωνισμό, λόγω του γεγονότος ότι διαθέτει βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης από Ιδιωτικό Οργανισμό Υγείας (και συγκεκριμένα τη «...») και όχι νοσοκομείο, πλην όμως είναι αβάσιμος. Και αυτό γιατί στην προκειμένη περίπτωση δεν μπορεί να στοιχειοθετηθεί παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού, καθώς η προηγούμενη παροχή των υπηρεσιών σε ιδιωτικό διαγνωστικό κέντρο, όπως είναι η «...» δεν είναι συγκρίσιμη με την παροχή των υπηρεσιών αυτών σε νοσοκομείο, όπως βάσιμα ισχυρίζεται και απαιτεί με τον επίμαχο όρο η αναθέτουσα αρχή. Κατ' επέκταση, ορθά η αναθέτουσα αρχή, η οποία αποτελεί δημόσια δομή υγείας, επικαλείται και αντιτάσσει την ανάγκη της να προμηθευτεί σύστημα, που να έχει υλοποιηθεί και δοκιμαστεί σε άλλο νοσοκομείο, ήτοι στις ίδιες συνθήκες, προκειμένου να εξασφαλίσει την απρόσκοπτη λειτουργία του, η οποία δεν προσομοιάζει απόλυτα στις συνθήκες παροχής των υπηρεσιών αυτών σε ιδιωτικό διαγνωστικό κέντρο.

19. Κατά συνέπεια και δεδομένου ότι η άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά ενός ή περισσότερων όρων της διακήρυξης δεν αποσκοπεί στη διασφάλιση της συμμετοχής του προσφεύγοντος στο διαγωνισμό, αλλά στην τήρηση της ισορροπίας μεταξύ της ελευθερίας της αναθέτουσας αρχής να καλύψει τις ανάγκες της με τον κατά την κρίση της προσφορότερο τρόπο και της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας και των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού, ο κρινόμενος λόγος προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Και τούτο διότι στην προκειμένη περίπτωση αιτιολογείται από την αναθέτουσα αρχή η αναγκαιότητα της επίμαχης απαίτησης, ενώ δεν αποδεικνύεται ο περιορισμός του κύκλου των οικονομικών φορέων που μπορούν να υποβάλλουν παραδεκτή προσφορά στο διαγωνισμό, παρά μόνο

η αδυναμία συμμετοχής της προσφεύγουσας, λόγω του γεγονότος ότι διαθέτει βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης από άλλης φύσης πάροχο υπηρεσιών υγείας, ήτοι διαγνωστικό κέντρο, και όχι από νοσοκομείο.

20. Επίσης, σχετικά με την προδιαγραφή με α/α 2.1.2 σύμφωνα με την οποία τα συστήματα «PACS - Λογισμικό Θέασης» θα πρέπει να διαθέτουν «CE mark τουλάχιστον κατηγορίας I» η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι τα συστήματα PACS εμπίπτουν στην διαγνωστική κατηγορία (διάγνωση ιατρικών εικόνων) των ιατροτεχνολογικών προϊόντων και συνεπώς με βάση την της Ευρωπαϊκής και της αντίστοιχης ελληνικής εναρμονισμένης νομοθεσίας, πρέπει να διαθέτουν CE mark τουλάχιστον κατηγορίας IIa και παραπέμπει στο σύνδεσμο https://health.ec.europa.eu/system/files/2020-08/md_borderline_manual_05_2019_en_0.pdf, σελ 59, types of PACS (b), Outcome (ii) (direct diagnosis) Class IIa). Κατ' επέκταση υποστηρίζει ότι θα πρέπει να διαγράψει η παραπάνω απαίτηση ή διαφορετικά να τροποποιηθεί ως εξής: «CE mark τουλάχιστον κατηγορίας IIa», καθώς με την υπάρχουσα μορφή της είναι μη νόμιμη και παραβιάζει την νομοθεσία που διέπει την υπό κρίση διαδικασία ανάθεσης για το συγκεκριμένο προσφερόμενο σύστημα.

21. Ακόμα, ως προς την προδιαγραφή με α/α 3.1.2. σύμφωνα με την οποία «*Το προσφερόμενο PACS πρέπει να διαθέτει zero foot print Λογισμικό Θέασης για την πρόσβαση από του Κλινικούς Ιατρούς από οποιαδήποτε κινητή συσκευή ή υπολογιστή*», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εφόσον το προσφερόμενο PACS θα χρησιμοποιηθεί για διαγνωστικούς σκοπούς, αυτό σημαίνει ότι θα πρέπει να διαθέτει zero foot print Λογισμικό Θέασης, το οποίο επίσης θα πρέπει να διαθέτει CE MARK τουλάχιστον κατηγορίας IIa, επικαλούμενη το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ VIII - ΚΕΦΑΛΑΙΟ III - ΚΑΝΟΝΕΣ ΤΑΞΙΝΟΜΗΣΗΣ του ΚΑΝΟΝΙΣΜΟΥ (ΕΕ) 2017/745 ΤΟΥ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΥ ΚΟΙΝΟΒΟΥΛΙΟΥ ΚΑΙ ΤΟΥ ΣΥΜΒΟΥΛΙΟΥ της 5ης Απριλίου 2017 και ειδικότερα τον κανόνα 11.

22. Οι παραπάνω δύο ισχυρισμοί ωστόσο προβάλλονται απαράδεκτα και χωρίς έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας, όπως ορθά ισχυρίζεται και η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της. Και αυτό γιατί από την κατάστρωση των ισχυρισμών αυτών δεν αναφέρεται και πολύ περισσότερο δεν αποδεικνύεται η βλάβη της προσφεύγουσας, την οποία υφίσταται από την ισχύ των επίμαχων όρων της Διακήρυξης καθώς περιορίζεται στην παράθεση του νομοθετικού και κανονιστικού πλαισίου, στο οποίο στηρίζει τον ισχυρισμό της, χωρίς όμως να εξειδικεύει τον ισχυρισμό της ως προς την εκ μέρους της πλήρωσή ή μη των σχετικών προϋποθέσεων. **Τα παραπάνω έχουν ως αποτέλεσμα να μην είναι ευκρινές ότι οι συγκεκριμένες απαιτήσεις αποκλείουν ή εμποδίζουν ουσιαστικά τη συμμετοχή της προσφεύγουσας στο διαγωνισμό και την αποδοχή του προσφερόμενου συστήματος και ως εκ τούτου** θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η προσφεύγουσα δεν θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την προβολή των παραπάνω ισχυρισμών, καθώς δεν επικαλείται άμεση βλάβη της από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής της, τη διαδικασία επιλογής του ανάδοχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια.

23. Στη συνέχεια η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η απαίτηση με α/α 3.5.3 με την οποία απαιτείται το προσφερόμενο σύστημα «*Να διαθέτει πλήρη λύση συγγραφής πορισμάτων μέσω MS Word*» παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας, της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, καθώς δεν είναι ούτε αναγκαία, ούτε πρόσφορη, ούτε ανάλογη τεχνική προδιαγραφή για την επιλογή του καλύτερου συστήματος. Και ως εκ τούτου, κατά τα προβαλλόμενα, δεν επιτρέπεται να συμμετέχει εταιρεία, η οποία προσφέρει σύστημα που διαθέτει πλήρη λύση συγγραφής πορισμάτων μέσω άλλων λογισμικών προγραμμάτων, πέραν του MS WORD, όπως η ίδια, η οποία διαθέτει INFINITY PACS με INFINITY PACS WORKSTATION, το οποίο συνιστά αξιόπιστο λογισμικό πρόγραμμα, απολύτως πρόσφορο για την συγγραφή των

πορισμάτων, και ως εκ τούτου για την αποτελεσματική εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης.

24. Επί των παραπάνω ισχυρισμών η αναθέτουσα αρχή αντιτάσσει ότι «Ο κειμενογράφος *Microsoft Word* αποτελεί το πιο διαδεδομένο λογισμικό παγκοσμίως για την συγγραφή ηλεκτρονικών κείμενων και είναι αυτό το οποίο χρησιμοποιούν στην παρούσα φάση οι Ακτινολόγοι του Νοσοκομείου μας για την συγγραφή των πορισμάτων. Είναι επίσης παγκοσμίως γνωστό, ότι το εν λόγω λογισμικό παρέχει πληθώρα δυνατοτήτων οι οποίες δεν διατίθενται σε άλλα αντίστοιχα λογισμικά και οι οποίες βοηθούν στην καθημερινή χρήση και συμβάλουν στην ταχύτητα και ορθότητα των κειμένων. Επί παραδείγματι αναφέρουμε τις παρακάτω δύο περιπτώσεις: για την διαχείριση των Ιατρικών εικόνων που επισυνάπτονται στα πορίσματα και οι οποίες δεν διατίθενται σε κοινούς κειμενογράφους και για την αυτόματη μετατροπή φωνής σε κείμενο (*speech to text*). Η συγκεκριμένη δυνατότητα είναι εξαιρετικά σημαντική για τους Ακτινολόγους, δεδομένου ότι κατά τη διάρκεια της διάγνωσης είναι πολύ πιο εύκολο να εκφωνούν την διάγνωση και αυτή να μεταφέρετε αυτόματα σε κείμενο από το να πληκτρολογούν. Το Νοσοκομείο μας θέλει και απαιτεί την τεχνολογική και λειτουργική αναβάθμιση του Απεικονιστικού τμήματος και η συγκεκριμένη προδιαγραφή είναι προς αυτή την κατεύθυνση».

25. Μετά τα παραπάνω και μετά την εκτίμηση των εκατέρωθεν ισχυρισμών επί του παραπάνω προβαλλόμενου λόγου προσφυγής γίνεται δεκτό ότι η προσφεύγουσα ζητά την απαλοιφή της επίμαχης απαίτησης στηριζόμενη στο γεγονός ότι η ίδια εμποδίζεται να υποβάλει παραδεκτή προσφορά στο διαγωνισμό διαθέτοντας το σύστημα INFINITY PACS με INFINITY PACS WORKSTATION, γεγονός που από μόνο του δεν μπορεί να στοιχειοθετήσει παράβαση των αρχών του ανταγωνισμού. Επιπλέον, βάσιμα η αναθέτουσα

αρχή, αντιτάσσει το γεγονός ότι το ζητούμενο λογισμικό είναι το πιο διαδεδομένο παγκοσμίως για την συγγραφή ηλεκτρονικών κείμενων και το γεγονός επίσης ότι είναι αυτό που χρησιμοποιούν οι Ακτινολόγοι του Νοσοκομείου για την συγγραφή των πορισμάτων, αποδεικνύοντας με τον τρόπο αυτό τη σκοπιμότητα της απαίτησης που έχει θέσει, το γεγονός ότι κινήθηκε εντός των ορίων της διακριτικής της ευχέρειας, καθώς και το γεγονός ότι με το ζητούμενο σύστημα θα επιτευχθεί καλύτερο αποτέλεσμα στις παρεχόμενες υπηρεσίες, σε αντίθεση με τα όσα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα.

26. Τέλος, σχετικά με την προδιαγραφή με α/α 4.1.3, κατά την οποία απαιτούνται *«Εφαρμογές Τεχνητής Νοημοσύνης του ίδιου κατασκευαστή για Αξονική Τομογραφία Εγκεφάλου και Ακτινογραφία Θώρακα»*, η προσφεύγουσα προβάλλει επίσης παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας και των αρχών του ανταγωνισμού, καθώς, κατά τα προβαλλόμενα, περιορίζεται ο αριθμός των συμμετεχόντων και των προσφερόμενων υλικών, χωρίς κανένα λόγο που να σχετίζεται με την επίτευξη καλύτερου αποτελέσματος. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η συγκεκριμένη προδιαγραφή για εφαρμογές τεχνητής νοημοσύνης για Αξονική Τομογραφία Εγκεφάλου και Ακτινογραφία Θώρακα του ίδιου κατασκευαστή με τον κατασκευαστή του προσφερόμενου συστήματος δεν είναι κατάλληλη και αποτελεσματική, καθώς αποκλείονται μη νόμιμα και δυσανάλογα εταιρείες που προσφέρουν εφαρμογές τεχνητής νοημοσύνης για Αξονική Τομογραφία Εγκεφάλου και Ακτινογραφία Θώρακα διαφορετικών κατασκευαστών από τον κατασκευαστή του προσφερόμενου συστήματος, αν και είναι πλήρως λειτουργικές και αποτελεσματικές για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, όπως η ίδια, η οποία διαθέτει INFINITY PACS με δυνατότητα ενσωματωμένων εφαρμογών τεχνητής νοημοσύνης του κατασκευαστή Terarecon/Avicena για Αξονική Τομογραφία Εγκεφάλου και του κατασκευαστή MilVue για Ακτινογραφία Θώρακα.

27. Προς αντίκρουση του παραπάνω ισχυρισμού η αναθέτουσα αρχή προβάλλει τα εξής: «*Η συγκεκριμένη προδιαγραφή απευθύνεται σε συστήματα τα οποία είναι πραγματικά προηγμένα τεχνολογικά και περισσότερο αποτελεσματικά, καθώς έχουν ενσωματωμένους αλγόριθμους Τεχνητής Νοημοσύνης για την υποβοήθηση των Ακτινολόγων στην διάγνωσης, αυξάνοντας την ασφάλεια των ασθενών και την μείωση της μη διάγνωσης δύσκολων περιστατικών. Η συγκεκριμένη προδιαγραφή και η απαίτηση, επίσης θέλει να διασφαλίσει: την πρόσβαση στα αποτελέσματα της Τεχνητής Νοημοσύνης μέσα από ένα ενιαίο περιβάλλον για τους Ακτινολόγους και όχι μέσω εξωτερικών συστημάτων για λόγους λειτουργικότητας και εργονομίας, δεδομένου του φόρτου εργασίας αλλά και του περιορισμένου αριθμού τους. Άρα η προσπάθεια του Νοσοκομείου είναι η μείωση του φόρτου εργασίας και όχι η προσθήκη επιπλέον φόρτου, την οικονομία κλίμακος σε επίπεδο οικονομικού κόστους συντήρησης των λογισμικών προγραμμάτων και την ενιαία παροχή υπηρεσιών υποστήριξης και αναβαθμίσεων που παρέχουν ενιαίες λύσεις ενός κατασκευαστή, οικονομία σε επιπλέον εξοπλισμό, ο οποίος μπορεί να χρειαστεί για την όποια εγκατάσταση τρίτων συστημάτων, τη συμβατότητα παρουσίασης των αποτελεσμάτων της Τεχνητής Νοημοσύνης στο σύστημα PACS».* Οι παραπάνω ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής κρίνονται βάσιμοι και αιτιολογούν πλήρως την εισαγωγή της επίμαχης απαίτησης, η οποία αποσκοπεί στην εξασφάλιση ενός ενιαίου και χρηστικού περιβάλλοντος για τους Ακτινολόγους, την παροχή υπηρεσιών συντήρησης από τον ίδιο κατασκευαστή με μειωμένο κόστος για την αναθέτουσα αρχή, παράμετροι οι οποίες αποδεικνύουν τη σκοπιμότητα της επίμαχης απαίτησης σε αντίθεση με τον αόριστο ισχυρισμό της προσφεύγουσας περί νόθευσης του ανταγωνισμού, λόγω της δικής της αδυναμίας συμμετοχής.

28. Κατόπιν των παραπάνω σκέψεων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της και να καταπέσει το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
2. Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 13 Απριλίου 2023 και εκδόθηκε στις 3 Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ