

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Μαΐου 2023 με την εξής σύνθεση: Βασιλική Καραδήμα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 31.03.2023 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με ΓΑΚ Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 455/03.04.2023 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» και δη κατά της με αριθμ. «...» διακήρυξης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, καθ' ο μέρος προσβάλλεται διά της ασκηθείσας προσφυγής και ειδικότερα, σε ό,τι αφορά τις ειδικές τεχνικές προδιαγραφές για τα προς προμήθεια είδη με α/α 4, 8, 13, 15, 16 και 20 της υπό ανάθεση σύμβασης.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στην «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία άσκησε την από 13.04.2023 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) παρέμβαση της, επί σκοπώ απόρριψης της ασκηθείσας προσφυγής και διατήρησης ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

Αριθμός απόφασης: 786 /2023

2. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος «...»), η προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς. Επέκεινα, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 7 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 ασκεί την παρέμβασή της, η ως άνω παρεμβαίνουσα εταιρεία, δοθέντος ότι δύναται και προτίθεται να συμμετάσχει στην εξεταζόμενη διαγωνιστική διαδικασία και συνεπώς, επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, διά του με αριθμ. πρωτ. 22971/12.04.2023 εγγράφου της διατυπώνει τις απόψεις της επί της προκείμενης προσφυγής, αναρτώντας το σχετικό έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, η δε προσφεύγουσα εμπροθέσμως και παραδεκτώς, υποβάλλει το υπόμνημα της, επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, μέσω του συνδέσμου «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

4. Επειδή, με αριθμ. «...» Διακήρυξη προκηρύχθηκε διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός, για την προμήθεια του είδους «...» (crv-«...») σε εφαρμογή του Πίνακα Προγραμματισμού Προμηθειών και Παροχής Υπηρεσιών διαχειριστικού έτους 2023 του «...» με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.103.457,00 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 06.03.2023 με Α.Δ.Α.Μ. «...», καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...». Παραπονεείται εν προκειμένω η προσφεύγουσα διά της ασκηθείσας προσφυγής της ότι οι ειδικές τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης για τα υπό προμήθεια προϊόντα είναι

Αριθμός απόφασης: 786 /2023

φωτογραφικές και υποδεικνύουν τα προϊόντα που προμηθεύουν συγκεκριμένες εταιρείες ανά κατηγορία είδους. Για τη περίπτωση δε που δεν θεωρηθούν αποδεκτοί οι ανωτέρω ισχυρισμοί της προβάλλει επικουρικώς η προσφεύγουσα ότι η πρόβλεψη επιπρόσθετων τεχνικών προδιαγραφών για την προμήθεια «...» προϊόντων, που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 93/42/ΕΟΚ, όπως τα ζητούμενα με την εδώ προσβαλλόμενη διακήρυξη, δεν είναι συμβατή με τις διατάξεις της εν λόγω Οδηγίας δεδομένου ότι ισοδυναμεί με παρεμβολή εμποδίων που φθάνουν, εν προκειμένω, μέχρι τον αποκλεισμό της διαθέσεως στο εμπόριο και της έναρξης χρήσης προϊόντων που φέρουν τη σήμανση CE όπως αυτά που διαθέτει η προσφεύγουσα. Σχετικά με τις κατηγορίες των ειδών με α/α 13,15,16 ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι καταρχάς, στην αγορά των «...» δραστηριοποιούνται τέσσερις (4) εταιρείες και συγκεκριμένα, η «...», η «...», η «...» καθώς και η ίδια, άπαντα δε τα προϊόντα όλων των εν δυνάμει υποψηφίων εταιρειών (μεταξύ των οποίων και της ίδιας) διαθέτουν επί της αρχής τα ζητούμενα προϊόντα, ωστόσο εν προκειμένω τίθενται εκ της προσβαλλόμενης διακήρυξης τεχνικές προδιαγραφές που καθιστούν την συμμετοχή της αδύνατη. Και τούτο ειδικότερα διότι, κατά τα ιστορούμενα στη προσφυγή, ο συνδυασμός των ειδικών τεχνικών προδιαγραφών που τίθεται για τις ως άνω κατηγορίες προϊόντων και δη οι αναγραφόμενες τεχνικές προδιαγραφές που αφορούν στις διαστάσεις αυτών περιορίζουν τον ανταγωνισμό και φωτογραφίζουν τα προϊόντα που διαθέτει η εταιρεία «...», αποκλείοντας τα προϊόντα της προσφεύγουσας. Σε ό,τι αφορά τις κατηγορίες ειδών με α/α 4 και 8, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι το «...» θέτει ειδικές προδιαγραφές για έκαστο των ανωτέρω προϊόντων, με κοινή προδιαγραφή, τη λειτουργία «...», ωστόσο, με την θέσπιση της ως άνω ειδικής τεχνικής προδιαγραφής, η αναθέτουσα αρχή, διατείνεται η προσφεύγουσα, φωτογραφίζει τα προϊόντα της εταιρείας «...» («...», «...»). Πιο συγκεκριμένα, η ως άνω προδιαγραφή αναφέρεται στην αυτόματη λειτουργία προ και μετά της διενέργειας «...», χωρίς να απαιτείται η ρύθμιση και η διενέργεια των απαραίτητων ελέγχων του εμφυτευμένου «...», η οποία δυνατότητα συναντάται μόνον στα προϊόντα της ως άνω αναφερόμενης εταιρείας. Επιπλέον, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι ακόμη και εάν υποθεθεί ότι με την

Αριθμός απόφασης: 786 /2023

εν λόγω προδιαγραφή δεν φωτογραφίζεται ευθέως το προϊόν της ως άνω εταιρείας, η επίμαχη τεχνική προδιαγραφή δεν σχετίζεται με την ενδεικνυόμενη χρήση του προϊόντος. Σχετικά με την κατηγορία του είδους με α/α 20 διατείνεται η προσφεύγουσα ότι η ζητούμενη προδιαγραφή απεικονίζει κατά προφανή, φωτογραφικό τρόπο τα προϊόντα της σειράς «...» της εταιρείας «...», τα οποία είναι τα μόνα που διαθέτουν τις συγκεκριμένες, με ακρίβεια τιθέμενες διαστάσεις. Έτι δε πλέον, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι ακόμη και εάν ήθελε υποθεθεί ότι η ως άνω προδιαγραφή δεν έχει τεθεί κατά τρόπο «φωτογραφικό», σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα από το «...», συσκευές με χρονική διάρκεια ζωής τα τέσσερα έτη, δεν καλύπτουν τα πρότυπα «...» ωφέλειας, με δυσμενείς «...» επιπτώσεις για τον «...». Πρσέτι, η προσφεύγουσα, δοθέντος ότι δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί την υπό κρίση προσφυγή, ισχυριζόμενη ότι μη νομίμως στερείται την δυνατότητα να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό, καθότι η υποβολή της προσφοράς από πλευράς της σε αυτό το πλαίσιο, καθίσταται προφανώς αδύνατη, άλλως ουσιωδώς δυσχερής για τα παραπάνω είδη, εξαιτίας του τρόπου με τον οποίο περιγράφησαν οι φερόμενες προδιαγραφές των άνω υπό προμήθεια ειδών.

5. Επειδή, στην προσβαλλόμενη διακήρυξη, προβλέπονται τα εξής: «2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας της προμήθειας ανά είδος. Δεν επιτρέπονται εναλλακτικές προσφορές. [...] Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις τεχνικές προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο "Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές" του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται.» Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ προβλέπεται: « ... (4) «...» με θύρα σύνδεσης τεχνολογίας DF-4 ειδικής κατασκευής για να είναι ασφαλής σε ολόσωμη «...» 1,5T και 3T (MRI safe defibrillator) αισθητήρα ανίχνευσης εισαγωγής σε μαγνητικό πεδίο με σκοπό την αυτόματη ενεργοποίηση λειτουργίας MRI MODE και τον αυτόματο επαναπρογραμματισμό σε μόνιμο πρόγραμμα κατά την απομάκρυνση από αυτό ... (8) «...» με θύρα σύνδεσης

Αριθμός απόφασης: 786 /2023

τεχνολογίας DF-4 ειδικής κατασκευής για να είναι ασφαλής σε ολόσωμη «...» 1,5T και 3T (MRI safe defibrillator) με αισθητήρα ανίχνευσης εισαγωγής σε μαγνητικό πεδίο με σκοπό την αυτόματη ενεργοποίηση λειτουργίας MRI MODE και τον αυτόματο επαναπρογραμματισμό σε μόνιμο πρόγραμμα κατά την απομάκρυνση από αυτό ... (13) «...», μικρού όγκου, με γεννήτρια μακράς διάρκειας, πολύ υψηλή «...» έξοδο, με θύρα σύνδεσης και ειδικής κατασκευής για να είναι ασφαλής σε «...» στα 1,5T (MRI safe Cardiac Resynchronization therapy -defibrillator CRT-D), DF-4/DF-1. Όγκος μικρότερος ή ίσος 28,5cc- Πάχος μικρότερο ή ίσο 9,9 mm-Διάρκεια ζωής μπαταρίας μεγαλύτερο ή ίσο 9,3 έτη ... (15) «...», μικρού όγκου, με γεννήτρια μακράς διάρκειας, πολύ υψηλή «...» έξοδο, αλγόριθμο για αποφυγή μη αναγκαίας κοιλιακής «...», με θύρα σύνδεσης και ειδικής κατασκευής για να είναι ασφαλής σε «...» στα 1,5T (MRI safe Cardiac Resynchronization therapy -defibrillator CRT-D), DF-4/DF-1.- Όγκος μικρότερος ή ίσος 28,5cc-Πάχος μικρότερο ή ίσο 9,9 mm-Διάρκεια ζωής μπαταρίας μεγαλύτερο ή ίσο 8,5 έτη ... (16) «...» και ειδικής κατασκευής για να είναι ασφαλής σε ολόσωμη «...» (MRI safe Cardiac Resynchronization therapy -defibrillator CRT-D), μικρού όγκου, με θύρες σύνδεσης DF-4 και IS-4 με 4πολικό ηλεκτρόδιο «...» και με δυνατότητα πολυεστιακής «...» στο ηλεκτρόδιο του «...».- Όγκος μικρότερος ή ίσος 32,5cc-Πάχος μικρότερο ή ίσο 9,9 mm-Διάρκεια ζωής μπαταρίας μεγαλύτερο ή ίσο 13,3 έτη ... (20) «...» (Injectable loop recorders) Bluetooth wireless technology μικρού όγκου <1,4cc (διαστάσεις 49 x 9 x 3 mm). Τοποθετείται με ειδική συσκευή (η οποία εμπεριέχεται στην συσκευασία), χωρίς «...». Να έχει δυνατότητα ενεργοποίησης και αποστολής δεδομένων από τον «...», μέσω κινητού τηλεφώνου και Ειδικής εφαρμογής APP (στα ελληνικά) και να διαθέτη Bluetooth wireless technology και ικανότητα αυτοενεργοποίησης επί καταγραφής «...» (AF, Tachy, Brady, Pause). Να έχει δυνατότητα προγραμματισμού της διάρκειας καταγραφής για όλα τα «...» (AF - Tachy, - Brady - Pause) πριν το «...» (Pre-trigger) έως 14 λεπτά και μετά το «...» (Post-trigger) έως 60 sec. Να διαθέτη μνήμη δυνατότητα προτεραιότητας «...» καταγραφής (Episode Priority) καθώς και δυνατότητα προγραμματισμού παραμέτρων που καθορίζουν τη διάρκεια καταγραφής κάθε τύπου «...». Είναι νέας τεχνολογίας και κατασκευής που την καθιστά ασφαλείς κατά την

Αριθμός απόφασης: 786 /2023

διενέργεια ολόσωμης «...». ... Η διαγωνιστική διαδικασία αφορά αποκλειστικά και μόνο την προμήθεια των Σετ «...» όπως περιγράφονται στον Πίνακα Ι. Το κριτήριο για την ανάδειξη των μειοδοτών θα είναι αποκλειστικά η τιμή ανά ΣΕΤ χωρίς ΦΠΑ.»

6. Επειδή, όπως γίνεται δεκτό, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 434/2008). Και τούτο διότι, όταν ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επικαλείται λόγους με τους οποίους επιχειρεί, υπό την μορφή γενικής αμφισβήτησης της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάση δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως अपαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007). Ετέρωθεν και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010).

7. Επειδή, από το κανονιστικό περιεχόμενο της προσβαλλόμενης διακήρυξης, όπως αυτό προκύπτει από τους διαληφθέντες στη σκέψη 5 της παρούσας όρων αυτής, συνάγεται ότι αντικείμενο του επίμαχου διαγωνισμού είναι η προμήθεια «...», για τις κατηγορίες των οποίων οι συμμετέχοντες θα πρέπει να υποβάλλουν προσφορά σε συμμόρφωση με τις απαιτήσεις που ορίζονται στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης. Με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της βάλλει η προσφεύγουσα κατά των τεθεισών τεχνικών προδιαγραφών για τις κατηγορίες «...» υπό α/α 13, 15 και 16 του Παραρτήματος Ι της προσβαλλόμενης διακήρυξης. Παραπνοείται ειδικότερα η προσφεύγουσα για τις ορισθείσες εν προκειμένω διαστάσεις και την απαιτούμενη διάρκεια ζωής των υπό προμήθεια ειδών, που είναι για την κατηγορία 13: «όγκος 28,5cc, πλάτος 9,9mm & 9,3 έτη διάρκεια ζωής», για την κατηγορία 15: «όγκος 28,5cc, πλάτος 9,9mm & 8,5 έτη διάρκεια ζωής» και για την κατηγορία 16: «όγκος 32,5cc, πλάτος 9,9mm & 13,3 έτη διάρκεια ζωής». Από την επισκόπηση των στοιχείων της προκείμενης υπόθεσης και ανεξάρτητα από το βάσιμο ή μη των σχετικών ισχυρισμών της προσφεύγουσας όσον αφορά τη θέσπιση εν προκειμένω όρων που «φωτογραφίζουν» τα προϊόντα της εταιρείας «...», βασίμως δύναται να υποστηριχθεί ότι τα ανωτέρω τεχνικά χαρακτηριστικά εμφανίζονται εξόχως ακριβή και επομένως περιοριστικά. Από τα στοιχεία δε που παραθέτει συναφώς η προσφεύγουσα στη προσφυγή της αποτυπώνεται η απόκλιση των προϊόντων των λοιπών κατασκευαστικών οίκων («...», «...», της ίδιας) από τις ορισθείσες εν προκειμένω στη προσβαλλόμενη, ενδεικτικά δε αναφέρεται για το πλάτος (mm) στην κατηγορία με α/α 13 των «...», όπου ορίζεται 9,9 mm, η εταιρεία «...» διαθέτει συσκευές πλάτους 10 και 11 mm, η εταιρεία «...» 14 και 12 mm, και η προσφεύγουσα 13 mm, επιπλέον και όσον αφορά τη ζητηθείσα διάρκεια ζωής, η οποία εν προκειμένω ορίζεται στα 9,3 έτη, η εταιρεία «...» διαθέτει συσκευές με 14.1 έτη διάρκειας ζωής της μπαταρίας, η εταιρεία «...» με 10 και 11.1 και η προσφεύγουσα διαθέτει τις ζητούμενες συσκευές με διάρκειας ζωής της μπαταρίας 11 και 13.6 έτη. Δοθέντος, εξάλλου, ότι οι εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην οικεία αγορά προσφέρουν «...» μικρού όγκου και μεγέθους, η (περιοριστική) ακρίβεια του ζητούμενου εν προκειμένω πλάτους και όγκου στις επίμαχες κατηγορίες,

Αριθμός απόφασης: 786 /2023

πρέπει να γίνει δεκτό ότι δεν δικαιολογείται για λόγους «...», ενόψει του ότι περιορίζει δυσανάλογα τον επιθυμητό ανταγωνισμό, πολλώ δε μάλλον που η εξεταζόμενη διαγωνιστική διαδικασία διέπεται από το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας προσφοράς αποκλειστικά βάσει τιμής. Άλλωστε, βασίμως διατείνεται η προσφεύγουσα ότι, καθόσον η ζητούμενη ακρίβεια ως προς τα έτη διάρκειας ζωής της μπαταρίας των προϊόντων εξαρτάται από διάφορους «...» και τεχνικούς παράγοντες, όπως το ποσοστό «...» που έχει ανάγκη ο κάθε «...», το οποίο εξαρτάται από την «...» του και προφανώς διαφέρει για κάθε «...», τον ουδό της «...», τις τιμές προγραμματισμού που θα επιλεχθούν από τον επαγγελματία «...» για να προγραμματιστεί η συσκευή κ.ο.κ., καθίσταται αλυσιτελής και απρόσφορος ο ορισμός στη προσβαλλόμενη διακήρυξη τόσο συγκεκριμένης απαίτησης αναφορικά με τη διάρκεια ζωής του προϊόντος, αφού αυτή προσδιορίζεται από τις ανωτέρω ποσοτικές και ποιοτικές παραμέτρους. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα και εφόσον δεν παρίσταται επαρκώς αιτιολογημένος λόγος -ούτε διά της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής διά του εγγράφου των απόψεων της, όπου δεν τεκμηριώνεται η ειδικότερη ανάγκη που εξυπηρετεί- που να αιτιολογεί και να δικαιολογεί τον δυσανάλογο χαρακτήρα τόσο ακριβών και συγκεκριμένων προδιαγραφών διαστάσεων, χωρίς αντιθέτως να ορίζεται εν προκειμένω το επιθυμητό εύρος που όσο περιοριστικό και να είναι, εκ προοιμίου και σε κάθε περίπτωση, δεν επιφέρει τα κατά τα προσβαλλόμενα περιοριστικά αποτελέσματα του ανταγωνισμού και της παράβασης της αρχής favor participationis, ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Τα όσα δε περί αντιθέτου υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, κατά αυτό το σκέλος πρέπει να απορριφθούν. Και τούτο ειδικότερα διότι, ως γίνεται αποδεκτό, τα στοιχεία που συνθέτουν τις τεχνικές προδιαγραφές, ακόμη και αν καταρχάς παρίστανται ως θεμιτά, δεν πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψήφιους αναδόχους. Ομοίως, ως γίνεται δεκτό, οι όροι της Διακήρυξης είναι μη νόμιμοι, όταν, χωρίς αντικειμενική αιτιολόγηση, λαμβανομένης υπόψη της φύσης της σύμβασης και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, προσδιορίζεται το ζητούμενο προϊόν με χαρακτηριστικά που περιορίζουν δραματικά τον ανταγωνισμό, σε σημείο που

αποκλείεται η συντριπτική πλειοψηφία των δραστηριοποιούμενων στην οικεία αγορά προμηθευτών.

8. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της, η προσφεύγουσα παραπονείται ότι η τεχνική προδιαγραφή, που τίθεται για τις κατηγορίες 4 και 8 των υπό προμήθεια ειδών φωτογραφίζει τα προϊόντα που διαθέτει η εταιρεία «...» και τούτο διότι η επίμαχη προδιαγραφή που αναφέρεται στην αυτόματη λειτουργία προ και μετά της διενέργειας «...», χωρίς να απαιτείται η ρύθμιση και η διενέργεια των απαραίτητων ελέγχων του «...», συναντάται μόνον στα προϊόντα της ως άνω αναφερόμενης εταιρείας. Από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης και τους διαληφθέντες στη σκέψη 5 της παρούσας όρους συνάγεται ότι πρόκειται για «...» ειδικής κατασκευής, για να είναι ασφαλής σε ολόσωμη «...» 1,5T και 3T (MRI safe defibrillator) με αισθητήρα ανίχνευσης εισαγωγής σε μαγνητικό πεδίο με σκοπό την αυτόματη ενεργοποίηση λειτουργίας MRI MODE και τον αυτόματο επαναπρογραμματισμό σε μόνιμο πρόγραμμα κατά την απομάκρυνση από αυτό. Η αναθέτουσα αρχή αιτιολογεί την ανωτέρω ζητηθείσα προδιαγραφή, αναφέροντας στο έγγραφο των απόψεων της τα επιθυμητά, αναγκαία στοιχεία και πλεονεκτήματα που διαθέτουν αυτοί οι «...» και διατυπώνει συναφώς ότι η ενεργοποίηση της ως άνω ζητηθείσας λειτουργίας και δυνατότητας των συσκευών, που διαρκεί 14 ημέρες, ήτοι η συσκευή που φέρει ο ασθενής να ανιχνεύει αυτόματα το μαγνητικό πεδίο που τίθεται σε λειτουργία MRI και να επανέρχεται αυτόματα χωρίς ανθρώπινη παρέμβαση στη προγραμματισμένη λειτουργία ένα λεπτό μετά το τέλος της εξέτασης, όταν έχει παύσει η ανίχνευση του μαγνητικού πεδίου, αποτελεί μέγιστο όφελος για όλα τα μέρη, «...» και «...». Αναποδείκτως και επομένως αβασίμως η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η λειτουργία που επιτελείται με το χαρακτηριστικό AUTO MRI καλύπτεται και από τη λειτουργία MRI που διαθέτουν τα υλικά και άλλων εταιρειών, με τη διαφορά ότι από την απλή λειτουργία MRI ελλείπει η δυνατότητα αυτόματου επαναπρογραμματισμού, την οποία προσφέρει το AUTO MRI, ισχυριζόμενη ότι η διαφορά αυτή δε δικαιολογεί τη θέσπιση της λειτουργίας AUTO MRI ως τεχνικού προαπαιτούμενου για την προμήθεια των αντίστοιχων «...» και τούτο διότι εν προκειμένω επιχειρεί η προσφεύγουσα δια του εξεταζόμενου στη προσφυγή της λόγου να επιτύχει την διαμόρφωση

Αριθμός απόφασης: 786 /2023

συνθηκών ευνοϊκότερων για την συμμετοχή της στο διαγωνισμό (ΕΑ ΣΤΕ 353/2018, 86/2018, 12- 15/2018 Ολομ., 147/2016 Ολομ., 189/2015, 124/2015, 16/2015, 415/2014, 1140/2010, 1137/2010, 977/2010), απαίτηση που προβάλλεται ωστόσο, αβασίμως, ερειδόμενη σε εσφαλμένη αφετηρία. Στην προκειμένη περίπτωση, ωστόσο, πρέπει να γίνει δεκτό ότι οι ως άνω προδιαγραφές παρίστανται αναγκαίες και εύλογες, επί τη βάσει του κανονιστικού περιεχόμενου των συμβατικών τευχών και του αντικειμένου της επίμαχης σύμβασης. Εξάλλου, ως έχει κριθεί και γίνεται δεκτό, η θέσπιση με τη Διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει η αναθέτουσα αρχή πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται ενδεχομένως αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σε αυτόν διαγωνιζομένων, των οποίων οι προσφορές δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως και αβασίμως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (πρβλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 189/2015, 124/2015, 9/2015, 354/2014). Επιπλέον, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι, οι επίμαχες προδιαγραφές φωτογραφίζουν τα προϊόντα της εταιρείας «...», πρέπει να γίνει δεκτό ότι αλυσιτελώς προβάλλεται, δοθέντος ότι ισχυρισμοί περί «φωτογραφικής» περιγραφής υπό προμήθεια ειδών, τα οποία κατασκευάζει ή προμηθεύει μόνο μια συγκεκριμένη κατονομαζόμενη εταιρεία και ίδια το γεγονός της ταύτισης των τεχνικών προδιαγραφών με προϊόντα της εν λόγω εταιρείας δεν αρκούν για να θεωρηθεί ότι οι προδιαγραφές είναι «φωτογραφικές» (ad hoc ΔΕφΘεσ/κης 126/2018, ΣΤΕ 1140/2010, 1024-25/2010). Ενόψει τούτων, πρέπει να γίνει δεκτό ότι οι ως άνω προδιαγραφές παρίστανται αιτιολογημένες και εύλογες, επί τη βάσει του κανονιστικού περιεχόμενου των συμβατικών τευχών και του αντικειμένου της επίμαχης σύμβασης. Και τούτο διότι, οι ως άνω τεχνικές παράμετροι παρίστανται αναγκαίες και τελούν σε αναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό, αφού η αναθέτουσα αρχή τις καθόρισε προκειμένου να μην παρεμποδιστεί μεν η ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού και να ευνοηθεί η προσέλευση στο

Αριθμός απόφασης: 786 /2023

διαγωνισμό διευρυμένου κύκλου συμμετεχόντων, πλην όμως να αναδειχθεί και ικανός οικονομικός φορέας που θα προμηθεύσει τον κατάλληλο και ζητηθέντα εξοπλισμό, ικανοποιώντας ούτως το αντικείμενο και το σκοπό της επίμαχης σύμβασης. Τα όσα δε περί αντιθέτου ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, κατά αυτό το σκέλος, πρέπει να απορριφθούν, αντιστοίχως πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι οι διά της συμπληρωματικής της αιτιολογίας ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής καθώς και οι σχετικοί ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας.

9. Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της προβάλλει η προσφεύγουσα ότι για την κατηγορία με α/α 20, ήτοι «...»Bluetooth wireless technology μικρού όγκου <1,4cc οι ζητούμενες διαστάσεις 49 x 9 x 3 mm είναι εξόχως περιοριστικές και δυσανάλογες του σκοπού που επιδιώκουν. Ανεξάρτητα δε από τη βασιμότητα ή μη των προβαλλόμενων εδώ ισχυρισμών της προσφεύγουσας σχετικά με τον ορισμό φωτογραφικών όρων όσον αφορά τα προϊόντα της εταιρείας «...», για τους λόγους που αναφέρθηκαν στη σκέψη 7 της παρούσας, οι προβαλλόμενοι με αυτό το λόγο ισχυρισμοί για την κατηγορία 20 «...» πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι, δοθέντος ότι το προσφερόμενο από τη προσφεύγουσα είδος ελάχιστα αποκλίνει των ως άνω ορισθεισών διαστάσεων. Επιπλέον, δοθέντος ότι δεν παρίσταται επαρκώς αιτιολογημένος λόγος - διά της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής διά του εγγράφου των απόψεων της, όπου δεν τεκμηριώνεται η ειδικότερη ανάγκη που εξυπηρετεί- που να δικαιολογεί δηλαδή τον δυσανάλογο χαρακτήρα τόσο ακριβών και συγκεκριμένων προδιαγραφών διαστάσεων, χωρίς αντιθέτως να ορίζεται εν προκειμένω το επιθυμητό εύρος, που όσο περιοριστικό και να είναι, σε κάθε περίπτωση, δεν επιφέρει τα κατά τα προσβαλλόμενα από τη προσφεύγουσα περιοριστικά αποτελέσματα του ανταγωνισμού, ως συντρέχει εν προκειμένω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να γίνουν δεκτοί ως βάσιμοι.

10. Επειδή, έτι περαιτέρω, αβασίμως, αορίστως και αναποδείκτως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι το σύνολο των προσβαλλόμενων με την προσφυγή της όρων της Διακήρυξης έχει τεθεί κατά παραβίαση της Οδηγίας 93/45/ΕΟΚ, που ενσωματώθηκε στην ελληνική έννομη τάξη με τη ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 ΚΥΑ, διότι με αυτούς τίθενται τεχνικές

Αριθμός απόφασης: 786 /2023

προδιαγραφές ως προς τα ζητούμενα είδη, οι οποίες είναι επιπρόσθετες των προτύπων που ισχύουν για τη σήμανση CE. Όπως έχει κριθεί (βλ. ΔΕΦΑΘ 1637/2019, Ν26/2019, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 1115/2008, 390/2008), η σήμανση CE σε ένα προϊόν δηλώνει ότι το προϊόν συμμορφώνεται με τις απαιτήσεις του ενωσιακού δικαίου για την υγεία, ασφάλεια και προστασία του περιβάλλοντος, ήτοι με τις Ευρωπαϊκές Οδηγίες Προϊόντων. Η σήμανση CE προϊόντος δηλώνει στις αρμόδιες αρχές ότι μπορεί νομίμως το προϊόν αυτό να τοποθετηθεί στην αγορά. Επίσης, δηλώνει ότι το προϊόν μπορεί να μετακινηθεί και διατεθεί ελεύθερα μεταξύ των κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Τέλος η σήμανση CE σε ένα προϊόν επιτρέπει την απόσυρση των μη συμμορφούμενων προϊόντων από τα τελωνεία και τις αρμόδιες αρχές. Από όλο το πλέγμα των σχετικών διατάξεων προκύπτει ότι η σήμανση CE αφορά τη συμμόρφωση του προϊόντος προς την ευρωπαϊκή νομοθεσία για την ασφάλεια στον τομέα της υγείας και, επομένως, συνιστά πιστοποίηση ασφαλείας (βλ. ΔΕΦΧαν 13/2020), η οποία, όμως, δεν αναιρεί το ενδεχόμενο κάθε πιστοποιημένο ως ασφαλές προϊόν να έχει διαφορετικές ιδιότητες. Ενόψει των ανωτέρω ουδόλως εμποδίζεται μια αναθέτουσα αρχή να θεσπίσει, πέραν του CE, ελάχιστες απαιτήσεις περί χαρακτηριστικών που προδιαγράφουν τον τύπο και το συγκεκριμένο είδος, κατηγορία και προορισμό του προϊόντος σε σχέση με την προοριζόμενη χρήση του. Άλλως, η εφαρμογή των περί σήμανσης CE διατάξεων θα κατέληγε στο άτοπο να μην μπορεί να απαιτηθεί για προμήθεια «...» προϊόντος οιαδήποτε προδιαγραφή, αλλά και εν γένει χαρακτηριστικό, πέραν του CE, με αποτέλεσμα το CE να υποχρεώνει την αναθέτουσα αρχή να προμηθευτεί προϊόντα που είναι μεν ασφαλή, αλλά δεν ανταποκρίνονται στον συγκεκριμένο σκοπό για τον οποίο αυτά προορίζονται και δεν εξυπηρετούν τις ειδικότερες ανάγκες έκαστης αναθέτουσας αρχής. Εξάλλου, όπως κρίθηκε από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης (C-413/17 της 25ης Οκτωβρίου 2018 «Roche Lietuva» UAB, σκ. 26-42), σε υπόθεση που αφορούσε τεχνικές προδιαγραφές «...» προϊόντων, κατά το άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (που ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με το άρθρο 54 του Ν. 4412/2016), οι τεχνικές προδιαγραφές, που ορίζονται στο σημείο 1 του Παραρτήματος VII της οδηγίας αυτής (Παράρτημα VII του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016), παρατίθενται

Αριθμός απόφασης: 786 /2023

στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης και καθορίζουν τα χαρακτηριστικά που απαιτείται να έχουν τα υπό ανάθεση έργα, υπηρεσίες ή προμήθειες. Συναφώς, διαπιστώθηκε από το Δικαστήριο ότι το ως άνω άρθρο 42 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, καθόσον προβλέπει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να διατυπώνονται υπό τη μορφή αρκούντως ακριβών επιδόσεων ή λειτουργικών απαιτήσεων ή με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και διάφορα πρότυπα, ουδόλως αποκλείει τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να διευκρινίσει, στο πλαίσιο διαγωνισμού για την προμήθεια «...» προϊόντων, τα χαρακτηριστικά λειτουργίας και χρήσεως του προς προμήθεια επιμέρους εξοπλισμού και των προς προμήθεια επιμέρους μέσων. Εξάλλου, από την ανωτέρω διάταξη προκύπτει ότι, όχι μόνο η εθνική, αλλά και η νομοθεσία της Ένωσης περί τεχνικών προδιαγραφών αναγνωρίζει ευρύ περιθώριο εκτίμησης στην αναθέτουσα αρχή κατά τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών ορισμένης σύμβασης, το οποίο δικαιολογείται από το γεγονός ότι οι αναθέτουσες αρχές γνωρίζουν καλύτερα τις προμήθειες που χρειάζονται και είναι οι πλέον αρμόδιες να καθορίζουν τις προϋποθέσεις που πρέπει να συντρέχουν, ώστε να επιτευχθεί το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα. Εκ των ανωτέρω παρέπεται ότι η σήμανση CE (ως πιστοποίηση ασφαλείας) δηλώνει απλώς ότι τα πιστοποιημένα προϊόντα συμμορφώνονται με τις απαιτήσεις των Ευρωπαϊκών νόμων για την υγεία και την ασφάλεια (βλ. ΔΕφΧαν 13/2020) και ουδόλως αναιρεί το ενδεχόμενο κάθε πιστοποιημένο ως ασφαλές προϊόν να έχει διαφορετικές ιδιότητες που μπορεί να εξυπηρετήσει διαφορετικές ανάγκες της αναθέτουσας αρχής.

11. Επειδή, κατόπιν τούτων, η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και επομένως η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί και δη να τροποποιηθούν οι προσβαλλόμενοι όροι κατά τα αναφερθέντα ιδίως στις σκέψεις 7 και 9 της παρούσας, όσον αφορά στις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές για τις κατηγορίες υπό α/α 13, 15, 16 και 20 των υπό προμήθεια «...», αντιστοίχως η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή, το δε παράβολο πρέπει να επιστραφεί στη προσφεύγουσα, κατά το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: 786 /2023

Δέχεται τη προσφυγή.

Ακυρώνει τη με αριθμ. 15/2023 προσβαλλόμενη διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό.

Δέχεται τη παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου στη προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10 Μαΐου 2023 και εκδόθηκε στις 26 Μαΐου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος
Βασιλική Καραδήμα**

**Η Γραμματέας
Αναστασία Ρουμेलιώτη
α/α Παναγιώτα Καλαντζή**