

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηροπούλου- Εισηγήτρια
και Πουλοπούλου Αγγελική, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 16.12.2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1555/18-12-2019 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής και των όρων της υπ' αρ. διακήρυξης ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου διαγωνισμού άνω των ορίων για την «Προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού του εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 314.516,13 ευρώ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το ηλεκτρονικό παράβολο, ήτοι το με κωδικό, ποσού 600,00 €

2. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η με αρ. Διακήρυξη του ως προς το Τμήμα Γ, ήτοι ως προς το ΑΚΤΙΝΟΓΡΑΦΙΚΟ ΣΥΓΚΡΟΤΗΜΑ ΨΗΦΙΑΚΟ DR.

Αριθμός Απόφασης : 172 /2020

3. Επειδή με τη με αρ. διακήρυξη, το, ως αναθέτουσα αρχή, προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό δημόσιο διαγωνισμό άνω των ορίων για την «Προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού του προς κάλυψη αναγκών του Νοσοκομείου και συγκεκριμένα: Ενός (1) υπερηχοτομογράφου γενικής χρήσεως τροχήλατου. Ενός (1) φορητού ακτινοσκοπικού C-arm αγγειογραφικού. Ενός (1) ακτινογραφικού συγκροτήματος ψηφιακού DR. Ενός (1) αναισθησιολογικού μηχανήματος πλήρους, συνολικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 314.516,13 ευρώ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), με δικαίωμα των διαγωνιζομένων να υποβάλλουν προφορές είτε για το σύνολο του υπό προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού, είτε για κάθε ένα (1) από τα υπό προμήθεια μηχανήματα. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα στις 11/11/2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, την 22-11-2019 δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 19/12/2019 και ώρα 15:00. και ημερομηνία αποσφράγισης ορίστηκε η 27 /12/2019, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00. Κατόπιν του με αρ. πρωτ. εγγράφου της Προισταμένης της Διοικητικής Διεύθυνσης της αναθέτουσας αρχής, η αποσφράγιση ανεστάλη έως την έκδοση της απόφαση της ΑΕΠΠ επί των υπό κρίση προσφυγών. Η προσφεύγουσα μέχρι και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών του διαγωνισμού, δεν υπέβαλε προσφορά για το είδος ΑΚΤΙΝΟΓΡΑΦΙΚΟ ΣΥΓΚΡΟΤΗΜΑ ΨΗΦΙΑΚΟ DR, για το οποίο ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, στον εν λόγω διαγωνισμό, ως η ίδια διευκρίνισε με το από 8-1-2020 ηλεκτρονικό της μήνυμα, κατόπιν του από 7-1-2020 σχετικού ερωτήματος της εισηγήτριας, δυνάμει του άρθρου 12 παρ. 3 και 4 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α΄ 64).

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως και κατά χρόνο αρμόδια, όπως

προκύπτει από το άρθρο 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα δεν υπέβαλε προσφορά για το είδος είδος ΑΚΤΙΝΟΓΡΑΦΙΚΟ ΣΥΓΚΡΟΤΗΜΑ ΨΗΦΙΑΚΟ DR, για το οποίο ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, στον επίμαχο διαγωνισμό, παρά το γεγονός ότι η σχετική προθεσμία έληξε την 19/12/2019 και ώρα 15:00. Το γεγονός, όμως αυτό δεν της αποστειρεί του κατ' αρχής εννόμου συμφέροντος προς άσκηση της κρινομένης προδικαστικής προσφυγής, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ενώ διαθέτει και δύναται να προσφέρει στο Διαγωνισμό το πιστοποιημένο με CE Σύστημα του οίκου, την εκ μέρους της υποβολή προσφοράς κατέστησαν ανέφικτη ορισμένες, προβαλλόμενες με την κρινομένη προσφυγή, πλημμέλειες της Διακηρύξεως και ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρους, οι οποίοι αποκλείουν εκ των προτέρων παρανόμως, κατ' αυτήν, την συμμετοχή της στον διαγωνισμό (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011, 405/2009, 1141/2008, 1023/2007, 340/2006, 269/2006, 237/2006, 474/2005, 532/2004, 424/2001 βλ. και C 230/2002 της 12 Φεβρουαρίου 2004, κατά).

7. Επειδή, επομένως η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της προβάλλει σειρά λόγων, ως προς τη σκοπιμότητα θέσεως ορισμένων εκ των τεχνικών προδιαγραφών της επίδικης διακήρυξης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, μεταξύ άλλων, ότι α) η απαίτηση στην προδιαγραφή 2.1 όπου απαιτείται ο επιδαπέδιος βραχίονας στήριξης της ακτινολογικής λυχνίας να εξασφαλίζει «Καθ' ύψος κίνηση της λυχνίας πάνω στο βραχίονα περίπου 170cm» περιορίζει εν γένει τον ανταγωνισμό, καθώς οι σημαντικότεροι κατασκευαστικοί οίκοι συστημάτων ακτινογραφίας με παρουσία στη ελληνική αγορά (όπως ενδεικτικά,), διαθέτουν ακτινογραφικά συστήματα με

Αριθμός Απόφασης : 172 /2020

καθ' ύψος κίνηση της λυχνίας περίπου 145cm, όπως και η προσφεύγουσα η οποία διαθέτει διαθέτει το ακτινολογικό σύστημα , του κατασκευαστικού, τον οποίον εκπροσωπεί στην Ελλάδα, με επιδαπέδιο βραχίονα στήριξης της ακτινολογικής λυχνίας, όπου η καθ' ύψος κίνηση της λυχνίας πάνω στο βραχίονα εκτείνεται σε διάστημα 148,4cm δεν προσδίδει κάποιο πλεονέκτημα στο μηχάνημα ενώ συγχρόνως δεν μπορεί να δικαιολογηθεί με βάση τις υπαρκτές θεμιτές ανάγκες του Νοσοκομείου. β) η απαίτηση στην προδιαγραφή 2.1 όπου απαιτείται ο επιδαπέδιος βραχίονας στήριξης της ακτινολογικής λυχνίας να εξασφαλίζει «Περιστροφή λυχνίας γύρω από τον άξονα της +/-180 μοίρες» εν γένει περιορίζει τον ανταγωνισμό, καθώς οι σημαντικότεροι κατασκευαστικοί οίκοι συστημάτων ακτινογραφίας με παρουσία στη ελληνική αγορά, διαθέτουν ακτινογραφικά συστήματα με Περιστροφή λυχνίας γύρω από τον άξονα της +/- 120 μοίρες έως +/- 150 μοίρες περίπου με αποτέλεσμα και αυτοί να μην μπορούν να μετάσχουν στο Διαγωνισμό, όπως και η προσφεύγουσα η οποία διαθέτει το ακτινολογικό σύστημα με επιδαπέδιο βραχίονα στήριξης της ακτινολογικής λυχνίας, όπου η Περιστροφή της λυχνίας γύρω από τον άξονα της είναι +180 μοίρες -150 μοίρες, του κατασκευαστικού, τον οποίον εκπροσωπεί στην Ελλάδα, ενώ συγχρόνως δεν δικαιολογείται από κάποια υπαρκτή ιατρική ανάγκη ή κάποιο άλλο θεμιτό όφελος, που να συναρτάται με τη λειτουργία του Νοσοκομείου. γ) ότι η απαίτηση στην προδιαγραφή 5.4, ως προς τον φορητό ψηφιακό ανιχνευτή για την ακτινοδιαγνωστική τράπεζα και Bucky το μέγεθος pixel, όπου απαιτείται να είναι 100μm ή μικρότερο, εν γένει περιορίζει τον ανταγωνισμό, καθώς οι σημαντικότεροι κατασκευαστικοί οίκοι συστημάτων ακτινογραφίας με παρουσία στη ελληνική αγορά (όπως ενδεικτικά,), διαθέτουν ακτινογραφικά συστήματα που χρησιμοποιούν ψηφιακούς ανιχνευτές με μέγεθος pixel 140-150μm, όπως και η προσφεύγουσα η οποία διαθέτει το ακτινολογικό σύστημα που διαθέτει ψηφιακούς ανιχνευτές με μέγεθος pixel 139 μm - 148 μm, του κατασκευαστικού, τον οποίον εκπροσωπεί στην Ελλάδα, ενώ συγχρόνως δεν μπορεί να δικαιολογηθεί με βάση τις υπαρκτές και θεμιτές ανάγκες του Νοσοκομείου. δ) ότι η απαίτηση στην προδιαγραφή 6.4. για τον σταθμό λήψης, αποθήκευσης και επεξεργασίας ψηφιακών εικόνων όπου απαιτείται να

εξασφαλίζεται κατά την επεξεργασία της εικόνας η ρύθμιση πολυπλοκότητας είναι ασαφής και δεν συνάδει με τις ευρέως χρησιμοποιούμενες τεχνικές επεξεργασίας εικόνας, είναι δε πρωτόγνωρη υπό την έννοια ότι δεν έχει απαντηθεί στο παρελθόν σε παρεμφερείς διακηρύξεις. Κατά συνέπεια λόγω της ασάφειας προκαλεί προσκόμματα στη διαδικασία σύνταξης προσφορών και αξιολόγησης των συστημάτων, αφού δεν είναι εκ των προτέρων σαφές τι εννοείται με την ρύθμιση της πολυπλοκότητας και τι συνεπάγεται με αυτή.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ουδέποτε απέστειλε μέχρι την ημερομηνία εξέτασης της τις κατά νόμο προβλεπόμενες απόψεις της επί των αιτιάσεων της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής αν και εκλήθη να το πράξει τούτο νομίμως και εντός των νομίμων προθεσμιών με τη με αρ. 1939/2019 πράξη ορισμού ημερομηνίας εξέτασης της προσφυγής και εισηγητή του Προέδρου του 1ου Κλιμακίου. Εντούτοις, απέστειλε την 14-1-2020 μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού το με αρ. πρωτ. έγγραφο των μελών της επιτροπής, ως απάντηση του με αρ. πρωτ. διαβίβασης προσφυγής το οποίο δεν απευθύνεται στην ΑΕΠΠ. Το έγγραφο αυτό, το οποίο αποτελεί «πρακτικό» μιας επιτροπής της αναθέτουσας αρχής γνωμοδοτικού χαρακτήρα και υπογράφεται από τα μέλη της επιτροπής και όχι από τον κατά Νόμο εκπρόσωπο του Νοσοκομείου, δεν λαμβάνεται υπόψη ως απόψεις της αναθέτουσας αρχής.

10. Επειδή, το άρθρο 365 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1.Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: (α) κοινοποιεί την προσφυγή το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασής του στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 362, και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α' της παραγράφου 1, στους ενδιαφερόμενους

τρίτους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική πράξης.». 2. Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β' της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων. 3. Η ΑΕΠΠ, εφόσον κρίνει ότι η παράλειψη αποστολής των αναφερόμενων στην παράγραφο 1 στοιχείων ή η καθυστερημένη αποστολή τους είναι αδικαιολόγητη, καθιστά, δε, ιδιαιτέρως δυσχερή την ουσιαστική παροχή προδικαστικής Προστασίας, μπορεί, με την απόφαση επί της προσφυγής, σταθμίζοντας τις συντρέχουσες σε κάθε περίπτωση συνθήκες, να επιβάλει αυτεπαγγέλτως χρηματική κύρωση στην αναθέτουσα αρχή. Το ποσό της κύρωσης αυτής μπορεί να ανέρχεται από εκατό (100) μέχρι πεντακόσια (500) ευρώ, κατ' εκτίμηση των περιστάσεων και αναλόγως της βαρύτητας της παράβασης, και καταβάλλεται μία φορά για κάθε στάδιο της διαδικασίας ανάθεσης και αποτελεί έσοδο του Κρατικού Προϋπολογισμού. Μνεία της κύρωσης αυτής γίνεται στον ατομικό φάκελο του υπεύθυνου της καθυστέρησης ή ελλιπούς αποστολής ή μη αποστολής του φακέλου και των απόψεων της υπηρεσίας υπαλλήλου. Με τον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 ορίζεται ο τρόπος και χρόνος κατάθεσης και είσπραξης της χρηματικής κύρωσης, ο τρόπος απόδειξης της είσπραξης της, καθώς και κάθε άλλη αναγκαία λεπτομέρεια».

11. Επειδή, συναφώς η διάταξη του άρθρου 14 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 με τίτλο «Συνέπειες μη αποστολής φακέλου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής» ορίζει ότι: «Σε περίπτωση μη αποστολής στο σχηματισμό της ΑΕΠΠ, που εξετάζει την προδικαστική προσφυγή, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, των απόψεών της και των κωδικών πρόσβασης στα στοιχεία του διαγωνισμού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην περίπτωση β' της παραγράφου 2 του άρθρου 9 του παρόντος Κανονισμού, ο οικείος σχηματισμός

μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. [...]».

12. Επειδή σχετικά με τους λόγους της υπό κρίση προσφυγής γίνονται δεκτά τα κάτωθι. Από την συνδυαστική ερμηνεία της νομολογίας και του υφιστάμενου πλαισίου παροχής έννομης προστασίας του ν. 4412/2016, προκύπτει με σαφήνεια, ότι, αναδεικνύεται ως υψίστης σημασίας για την παροχή έγκαιρης και αποτελεσματικής έννομης προστασίας, η έγκαιρη και ουσιαστική από πλευράς περιεχόμενου αποστολή απόψεων μετά του διοικητικού φάκελου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή ως συντάξασα τους όρους της διακήρυξης, αναδεικνύεται εκ του πλαισίου ως παράγων μείζονος σημασίας προς την επίτευξη και διαμόρφωση της απόφασης εκ μέρους της ΑΕΠΠ αντικρούοντας τις αιτιάσεις της υπό κρίση προσφυγής, ιδίως στην προκείμενη περίπτωση που αυτές αφορούν 1. Σε αιτιάσεις ότι η τιθέμενη τεχνική προδιαγραφή όπου απαιτείται ο επιδαπέδιος βραχίονας στήριξης της ακτινολογικής λυχνίας να εξασφαλίζει «Καθ' ύψος κίνηση της λυχνίας πάνω στο βραχίονα περίπου 170cm» περιορίζει εν γένει τον ανταγωνισμό διότι «στα Ακτινογραφικά συστήματα OL ακτινογραφίες που εκτελούνται με τον ασθενή ξαπλωμένο επί της ακτινογραφικής τράπεζας απαιτούν μέγιστη εστιακή απόσταση 100cm-120cm περίπου. Η διενέργεια σκηνογραφιών εξετάσεων με εστιακή απόσταση 100-120cm μπορεί άνετα να πραγματοποιηθεί με την καθ' ύψος κίνηση της λυχνίας κατά 145cm περίπου[...]Επιπρόσθετα και η διενέργεια ακτινογραφιών με τον ασθενή σε όρθια θέση επί του Όρθιου Bucky μπορεί άνετα να πραγματοποιηθεί με την καθ' ύψος κίνηση της λυχνίας κατά 145cm και την αντίστοιχη καθ' ύψος μετακίνηση του ορθίου Bucky, ακόμα και σε ασθενείς με ύψος 215cm γεγονός εξαιρετικά σπάνιο, όπως μεταξύ άλλων προκύπτει και από το μήκος της ζητούμενης τράπεζας που σύμφωνα με τη Διακήρυξη αρκεί να είναι 200 cm (βλ. προδιαγραφή 3.2). Επίσης, όσον αφορά το είναι απολύτως εφικτή και η διενέργεια ακτινογραφιών κάτω άκρων (π.χ. γονάτου, κνήμης, κλπ) με ελάχιστο ύψος από το έδαφος 23cm περίπου[...]» 2. Σε αιτιάσεις ότι η τιθέμενη Τεχνική Προδιαγραφή όπου απαιτείται ο επιδαπέδιος βραχίονας στήριξης της ακτινολογικής λυχνίας πρέπει να εξασφαλίζει «Περιστροφή λυχνίας γύρω από

τον άξονα της +/-180 μοίρες», δηλαδή καθετή ακτινοβολήση του ταβανιού της ακτινολογικής αίθουσας και κατά τις δυο διευθύνσεις περιστροφής της ακτινολογικής λυχνίας, επιφέρει δραματικό περιορισμό του ανταγωνισμού. εν γένει περιορίζει τον ανταγωνισμό, δεν προσδίδει κάποιο πλεονέκτημα στο μηχάνημα, ούτε αποτελεί μία απαίτηση χωρίς την ικανοποίηση της οποίας δεν καλύπτονται οι υπαρκτές ανάγκες του Νοσοκομείου. 3. Σε αιτιάσεις ότι η τιθέμενη προδιαγραφή ως προς τον φορητό ψηφιακό ανιχνευτή για την ακτινοδιαγνωστική τράπεζα και Bucky όπου το μέγεθος ρixel πρέπει να είναι 100μm ή μικρότερο, δεν έχει κάποιο κλινικό και πρακτικό πλεονέκτημα για την διενέργεια ακτινογραφιών επί της ακτινοδιαγνωστικής τράπεζας ή του όρθιου Bucky., σε σχέση με το προσφερόμενο από την προσφεύγουσα μηχάνημα, όπου τα ρixels στους ψηφιακούς ανιχνευτές είναι 139-148μm εξασφαλίζει τη βέλτιστη απόδοση της λειτουργίας του συστήματος και τη διενέργεια όλων των ακτινογραφικών εξετάσεων τόσο στην Ακτινοδιαγνωστική τράπεζα όσο και στο όρθιο Bucky. 4. Σε αιτιάσεις ότι η τιθέμενη προδιαγραφή όπου απαιτείται για τον σταθμό λήψης, αποθήκευσης και επεξεργασίας ψηφιακών εικόνων να εξασφαλίζεται κατά την επεξεργασία της εικόνας η ρύθμιση πολυπλοκότητας, πρέπει να απαλειφθεί και τούτο διότι είναι αδύνατο να συνταχθεί με αξιόπιστο τρόπο τεχνική προσφορά, καθώς δεν προκύπτει τι τεκμηρίωση πρέπει να παρασχεθεί σχετικά με τη ρύθμιση της πολυπλοκότητας και αφετέρου προκαλείται ασάφεια στην αξιολόγηση, καθώς τα μέλη της επιτροπής αξιολόγησης δεν θα μπορούν με αντικειμενικά κριτήρια να ερμηνεύουν τον εν λόγω όρο και τελικώς να αποφασίσουν ομοιόμορφα και κατά τρόπο εκ των προτέρων προβλέψιμο και εκ των υστέρων ελεγχόμενο περί του εάν πληρούται η εν λόγω προδιαγραφή.

13. Επειδή, όπως έχει γίνει δεκτό από τη νομολογία (ΣτΕ 3719/2011, 1105/2010, Ε.Α. ΣτΕ 676/2011, 77/2011, 1140/2010, 1025/2010, 1024/2010, 691/2009, 434/2008 κ. ά.), η αναθέτουσα αρχή 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. Η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη, των προδιαγραφών που η αναθέτουσα αρχή κρίνει πρόσφορες ή

Αριθμός Απόφασης : 172 /2020

αναγκαίες, για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (ΣΤΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014). Πλην όμως, η παραπάνω ευχέρεια, όπως κάθε μορφή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής ως προς την τυχόν εκ μέρους της κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων ορίων τα οποία όσον αφορά τον καθορισμό όρων διακήρυξης τίθενται στο σημείο εκείνο, όπου δεν θίγεται αδικαιολόγητα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017, 238/2017, 61/2018, 487/2018, 985/2018, 894/2019).

14. Επειδή, εν προκειμένω, ως έγινε δεκτό στη σκέψη 9, η αναθέτουσα αρχή, αν και νόμιμα κλήθηκε να υποβάλλει τις απόψεις της αδικαιολογήτως δεν απέστειλε μέχρι τη συζήτηση της υποθέσεως τον φάκελο με τις απόψεις της επ' αυτής. Η δε παράλειψη αποστολής τους καθιστά ιδιαίτερος δυσχερή την ουσιαστική παροχή προστασίας και τούτο διότι το αρμόδιο προς κρίση Κλιμάκιο δεν δύναται να συνάγει 1. Αν τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά των προσβαλλόμενων προδιαγραφών έχουν πράγματι καθοριστεί σύμφωνα με τις ανάγκες της και σε συνδυασμό με τα αποτελέσματα χρήσης τους και εν τέλει αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (πρβλ. Σ.τ.Ε. 365/2007, ΕΑ 267/2008) Λόγω δε του ιδιαζόντως τεχνικού χαρακτήρα των προσβαλλόμενων ειδικών τεχνικών προδιαγραφών και του γεγονότος ότι η αναθέτουσα αρχή δεν προέβαλλε καμία αντίκρουση επί των ως άνω αιτιάσεων ουδόλως μπορεί να συναχθεί αν οι προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές έχει τεθεί στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη κατόπιν τήρησης της αρχής της ισότιμης πρόσβασης των οικονομικών φορέων στη διαγωνιστική

διαδικασία και αν πράγματι ευνοούνται ή αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή προϊόντα. Η στάση αυτή της αναθέτουσας αρχής, ήτοι η παράλειψη αποστολής εκ μέρους της των απόψεων της, επιτρέπει, συνεπώς, κατά τα προεκτεθέντα, την συναγωγή τεκμηρίου ότι συνομολογεί την ακρίβεια της πραγματικής βάσεως των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 14 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017. Συνεπώς, και ασχέτως των εκ της προσφεύγουσας προτεινόμενων τροποποιήσεων των όρων, σε κάθε περίπτωση, οι ως άνω προδιαγραφές προκύπτουν ως ακυρωτές, κατ' αποδοχή των οικείων ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Σε κάθε δε περίπτωση και αν ακόμη γίνει δεκτό ότι το με αρ. πρωτ. έγγραφο των μελών της επιτροπής το οποίο , ως έγινε δεκτό δεν απευθύνεται στην ΑΕΠΠ αλλά συνιστά εσωτερικό έγγραφο, συνιστά τις νόμιμες απόψεις της αναθέτουσας αρχής, η τελευταία συνομολογεί το βάσιμο των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, εισηγούμενη την τροποποίηση των προσβαλλόμενων με τους τρεις πρώτους λόγους τεχνικών προδιαγραφών και την διαγραφή του προσβαλλόμενου με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής όρου σχετικά με την «ρύθμιση πολυπλοκότητας», προκειμένου να διευρυνθεί ο ανταγωνισμός.

15. Επειδή τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΣτΕ ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, κ.λ.π, σκέψεις 92-95). Ειδικότερα, επειδή η ύπαρξη όρων, που άπτονται των προϋποθέσεων συμμετοχής των οικονομικών φορέων είναι πιθανό να εμπόδισαν τη συμμετοχή και άλλων οικονομικών φορέων, η Διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της, προκειμένου να επαναπροκηρυχθεί μετά από αναπροσαρμογή των όρων που κατά τη σκέψη 14 κρίθηκε ότι πρέπει να ακυρωθούν.

Αριθμός Απόφασης : 172 /2020

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

17. Επειδή, το παράβολο με κωδικό, ποσού 600,00 € που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την υπ' αρ. διακήρυξη ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου διαγωνισμού άνω των ορίων για την «Προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού του εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 314.516,13 ευρώ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), όσον αφορά το είδος ΑΚΤΙΝΟΓΡΑΦΙΚΟ ΣΥΓΚΡΟΤΗΜΑ ΨΗΦΙΑΚΟ DR κατά τα κριθέντα στις σκέψεις 14 και 15 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του με κωδικό παραβόλου, ποσού 600,00 €.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε στις 10 Φεβρουαρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΓΙΩΤΗ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ