

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 2 Ιανουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση, Εισηγήτρια και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 09.12.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1989/28.12.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... «...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία « ...», που εδρεύει ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει α. να της χορηγηθεί αντίγραφο των απόψεων της Αναθέτουσας Αρχής, καθώς και οιοδήποτε συνοδευτικού εγγράφου κατατεθεί από την Αναθέτουσα Αρχή. β. να κληθεί να αναπτύξει και προφορικώς τους προβαλλόμενους λόγους προσφυγής κατά την εξέταση της προσφυγής γ. να γίνει δεκτή η παρούσα προσφυγή ως νόμιμη, βάσιμη και αληθής και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη, άλλως οι αναφερόμενοι στην προσφυγή όροι και προδιαγραφές αυτής.

Με την παρέμβαση η παρεμβαίνουσα επιδιώκει να απορριφθεί η υπό εξέταση προσφυγή και να διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης με αρ. ... διακήρυξης καθώς και να διατηρηθούν σε ισχύ άπαντες οι θιγόμενοι με την υπό εξέταση προσφυγή όροι αυτής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την εισηγήτρια, Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1.Επειδή, με την υπ' αριθμ. ... (αρ. πρωτ. ...) διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε Ανοικτή Διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ για τη Σύμβαση Προμήθειας ενός Μαγνητικού Τομογράφου στα πλαίσια της συμφωνίας Συμβιβασμού μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της Εταιρείας "..." (..., ΦΕΚ τ.Α'164/27-8-12) με εκτιμώμενη αξία 900.000,00 Ευρώ συμπεριλαμβανομένης της πενταετούς συντήρησης και του ΦΠΑ (η εκτιμώμενη αξία άνευ ΦΠΑ ανέρχεται στο ποσό των 725.806,45 ευρώ). Προκήρυξη της σύμβασης με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 23/11/2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και δημοσιεύθηκε στις 27/11/2020. Η διακήρυξη, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) την 01/12/2020 με ΑΔΑΜ: ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..., εξοφληθέν δυνάμει του από 21.12.2020 αποδεικτικού εξόφλησης ..., δεσμευμένο βάσει της εκτύπωσης της επίσημης ιστοσελίδας της ΓΓΠΣ) ύψους 3.630,00€.

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. την 1.12.2020 και η

προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 24.12.2020, η δε, προσφεύγουσα δηλώνει ότι έλαβε γνώση της διακήρυξης στις 17.12.2020. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

5. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή φέρεται να ασκείται κατ' αρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς, ως προβάλλει η προσφεύγουσα, οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, ενώ ως διατείνεται ευνοείται η συμμετοχή της παρεμβαίνουσας.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις 29.12.2020 απέστειλε την προσφυγή μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς «όλους τους συμμετέχοντες», σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και αυθημερόν την ανάρτησε στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

7. Επειδή, η παρεμβαίνουσα άσκησε με κατάθεση στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» (ΕΣΗΔΗΣ) στις 8.1.2021 την παρέμβασή της. Δοθέντος ότι η προσφυγή της κοινοποιήθηκε στις 29.12.2020, η παρέμβαση ασκήθηκε εμπροθέσμως την 8.1.2020, από οικονομικό φορέα, ο οποίος κατονομάζεται στην οικεία προσφυγή, στην οποία μεταξύ άλλων προβάλλεται ο ισχυρισμός ότι οι προσβαλλόμενες απαιτήσεις της τεχνικής περιγραφής φωτογραφίζουν συγκεκριμένο προϊόν του.

8. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 204/7.1.2021 έγγραφο, το οποίο απέστειλε στις 7.1.2021 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί της προσφυγής στην ΑΕΠΠ, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σε «όλους τους συμμετέχοντες» και ανάρτησε στην κεντρική σελίδα του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ). Επί των απόψεων υπέβαλε η προσφεύγουσα εμπροθέσμως κατ' άρθρο 365 του Ν. 4412/2016 στις 25.1.2021 υπόμνημα.

9. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα προβάλλει τα εξής « Στη διακήρυξη του διαγωνισμού (άρθρο 1.2) ορίζεται ότι :

«Χρηματοδότηση της σύμβασης

Η παρούσα σύμβαση χρηματοδοτείται από την υπ' αριθμ .../27-8-2-12 (ΦΕΚ Α164 /12) ΣΥΜΒΑΣΗ - Συμφωνία συμβιβασμού μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και της ..., σύμφωνα με την οποία η κάλυψη της συγκεκριμένης δαπάνης θα γίνει κατά τον ανωτέρω τρόπο»

Με την «Συμφωνία Συμβιβασμού μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και της ...» (ΦΕΚ Α 164/27.8.2012) συμφωνήθηκε μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και των εταιρειών ... και ... η πλήρης και οριστική επίλυση όλων των διαφορών μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και της Στο άρθρο III παρ.1 στοιχ. 2 αριθμ. 5 της ανωτέρω συμφωνίας προβλέφθηκε ότι η εταιρεία ... όφειλε να διαθέσει για περίοδο πέντε (5) ετών από την ημερομηνία έναρξης της συμφωνίας (27/8/2012), ήτοι μέχρι την 27/8/2017 ποσό 90.000.000 ευρώ για την: «Παροχή ιατρικού εξοπλισμού (συμπεριλαμβανομένης της παράδοσης, εγκατάστασης και συντήρησης του εξοπλισμού αυτού) που θα ζητηθεί για Δημόσια Νοσοκομεία, με έμφαση στα Παιδιατρικά Νοσοκομεία, της ΕΔ, μετά από εκτίμηση των σχετικών αναγκών από το Υπουργείο Υγείας, σε συνεννόηση με την Επιτροπή Εποπτείας, και σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία.»

Στη συμφωνία ρητώς αναφέρεται (Άρθρο II Ορισμοί) ότι η συμφωνία καταλαμβάνει και την εταιρεία ... («Ο όρος ... νοείται ότι περιλαμβάνει τη ... και τις θυγατρικές της εταιρείες στην Ελλάδα, καθώς και τη ...».)

Η εταιρεία ... είναι θυγατρική της εταιρείας ... και μέσω αυτής ο κατασκευαστικός οίκος ... συμμετέχει σε δημόσιους διαγωνισμούς και διαθέτει ιατρικά μηχανήματα και άλλα ιατρικά προϊόντα στην Ελλάδα. Στα ιατρικά μηχανήματα που διαθέτει στην Ελληνική αγορά περιλαμβάνονται και οι Μαγνητικοί τομογράφοι ... 1,5 (....) όπως αυτός που περιγράφεται και ζητείται από τη διακήρυξη του διαγωνισμού.

Ο όρος της διακήρυξης ότι η πληρωμή του προμηθευτή θα γίνει στο πλαίσιο συμφωνίας του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ..., από την

εταιρεία ..., σε διαγωνισμό που αυτή δύναται να συμμετέχει δια της θυγατρικής της εταιρείας στην Ελλάδα ... είναι παράνομος για τους εξής λόγους :

α. Ο όρος αυτός της διακήρυξης προκαλεί στρέβλωση του ανταγωνισμού και προσδίδει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην εταιρεία Με τον όρο αυτό προσβάλλεται η αρχή της ισότητας των διαγωνιζομένων, αφού η εταιρεία ... σε οιοδήποτε ποσό και αν της κατακυρωθεί ο διαγωνισμός ωφελείται (η ίδια ή η εταιρεία ..., της οποίας είναι θυγατρική). Ακόμα και αν εισπράξει από την προμήθεια ποσό ίσο με το πραγματικό κόστος κατασκευής του μηχανήματος ή και ακόμα χαμηλότερα, θα είναι απολύτως ωφελημένη, εκείνη ή η μητρική της εταιρεία, αφού θα μειωθεί το οφειλόμενο από τη συμφωνία συμβιβασμού ποσό περισσότερο από ότι αν κατέβαλλε το ίδιο ποσό για αγορά (σε εκτέλεση της συμφωνίας) άλλου ιατρικού μηχανήματος που δεν εμπορεύεται η ίδια.

Η εταιρεία δηλαδή θα είναι απολύτως ωφελημένη αν εισπράξει οιοδήποτε ποσό πάνω από το κόστος του μηχανήματος, αφού η πληρωμή από την ... και η είσπραξη από την ... θα αποτελούν ουσιαστικά προς ωφέλειά της λογιστικές εγγραφές και όχι πραγματική πληρωμή.

β. Με τον όρο αυτό καταστρατηγείται η «Συμφωνία Συμβιβασμού», η οποία αναφέρεται στη διακήρυξη και περιλαμβάνεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού. (βλ. σελ. 8 της διακήρυξης Ειδικό Κανονιστικό πλαίσιο που διέπει την παρούσα Διακήρυξη - Η Συμφωνία συμβιβασμού μεταξύ Ελληνικής Δημοκρατίας και της εταιρείας ... (ΦΕΚ 164/Α' 27-8-2012)

Με την συμφωνία συμβιβασμού η ... όφειλε να καταβάλλει στο ελληνικό δημόσιο συνολικό ποσό 90.000.000 ευρώ. Αν η προμήθεια κατακυρωθεί στην θυγατρική της, η οποία ρητώς αναφέρεται και καταλαμβάνεται από τη συμφωνία, θα καταβάλλει στο Ελληνικό Δημόσιο τελικά σίγουρα μικρότερο ποσό, ωφελούμενη τουλάχιστον τη διαφορά κατακυρωθέντος τιμήματος μείον το πραγματικό κόστος, και πολύ περισσότερο αν συνυπολογιστούν τα ανταλλακτικά και η 5ετής σύμβαση συντήρησης του μηχανήματος.

Από τα ανωτέρω σαφώς προκύπτει ότι ο όρος πληρωμής του τιμήματος διαγωνισμού μέσω της συμφωνίας συμβιβασμού ΕΔ - ... για προμήθεια στην

οποία μπορεί η δεύτερη να συμμετέχει, η ίδια ή μέσω θυγατρικής της, είναι μη νόμιμος αφού αφενός μεν της προσδίδει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα, αφετέρου δε παραβιάζει την ίδια την συμφωνία συμβιβασμού που περιλαμβάνεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού.

Η παραβίαση της αρχής της ισοτιμίας και η νόθευση του ανταγωνισμού καθίστανται αφόρητες για τον πρόσθετο λόγο ότι στην διακήρυξη περιέχονται τουλάχιστον δύο τεχνικές προδιαγραφές που καλύπτονται μόνο από προϊόντα του κατασκευαστικού οίκου ... και αποκλείουν την υποβολή προσφοράς τόσο στην εταιρεία μας, όσο και στην εταιρεία ... και άλλες πέντε που αποκλείουν όλα τα προϊόντα της εταιρείας μας από τον διαγωνισμό (βλ. αμέσως παρακάτω κεφάλαιο 5 - Β' λόγος προσφυγής).». Περαιτέρω, με το υπόμνημά της επισημαίνει, έτι περαιτέρω, τα εξής «1. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗ ΧΡΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗ ΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΑΠΟ ΤΗ

Η αναθέτουσα αρχή δεν απάντησε στον προβαλλόμενο λόγο ακύρωσης της προσφυγής μας, αναφέροντας μόνο ότι έχουν διεξαχθεί και άλλοι διαγωνισμοί με τον ίδιο τρόπο.

Η απάντηση αυτή δεν συνιστά νόμιμη αιτιολογία αλλά υπεκφυγή απάντησης της ουσίας του ισχυρισμού μας ότι: νοθεύεται ο ανταγωνισμός όταν σε ένα διαγωνισμό συμμετέχει ως υποψήφιος ανάδοχος η εταιρεία (ή θυγατρική της) που θα κληθεί να πληρώσει το τίμημα της προμήθειας. Η αρχή της αυτοτέλειας της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν επιτρέπει να θεωρηθεί ότι η αναθέτουσα αρχή απάντησε με πλήρη, ειδική, σαφή και εμπειριστατωμένη αιτιολογία και δια αυτό το λόγο η απάντηση της είναι μη νόμιμη.

Περαιτέρω η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι ο σχετικός ισχυρισμός έχει κριθεί από την Αρχή σας σε προηγούμενη απόφαση (ΑΕΠΠ 824/2020) της επί προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας μας κατά διακήρυξης άλλου διαγωνισμού.

Στην αναφερόμενη απόφαση της ΑΕΠΠ δεν κρίθηκε η ουσιαστική βασιμότητα του όμοιου ισχυρισμού μας, αλλά αυτός απορρίφθηκε με την αιτιολογία ότι:

«...η προσφεύγουσα απαραδέκτως προβάλλει την ακυρότητα του όρου της Διακήρυξης σχετικά με τον τρόπο πληρωμής του αναδόχου καθώς δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει ούτε ενδεχόμενη βλάβη εκ του ως άνω όρου ως προς τη δυνατότητα συμμετοχής της στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία ή σύνταξης και υποβολής της προσφοράς της, τη διαδικασία επιλογής της ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή της κριτήρια ενώ, κατ' ουσίαν, αναφέρεται στην πληρωμή του αναδόχου, ήτοι παραδέχεται ότι ο εν λόγω όρος αφορά στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης και όχι ανάθεσης αυτής καθώς και τις δυσμενείς περιστάσεις που ενδεχομένως αντιμετωπίσει μελλοντικά ο ανάδοχος της σύμβασης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα δεν προσδιόρισε, κατά τρόπο συγκεκριμένο, ότι από τον πληττόμενο όρο υφίσταται βλάβη εξικνούμενη μέχρι του σημείου αδυναμίας ή ουσιώδους δυσχέρειας υποβολής προσφοράς, έστω με επιφύλαξη, μη θεμελιώνοντας ειδικώς το έννομο συμφέρον της (βλ. και ΔΕφΠατρών Ν25/2019). Επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος.

Η αιτιολογία αυτή απόρριψης του σχετικού ισχυρισμού είναι εσφαλμένη διότι στην απόφαση υπολαμβάνεται ότι ο σχετικός όρος α) εμποδίζει την συμμετοχή της εταιρείας ή την σύνταξη προσφοράς και β) ότι αφορά την πληρωμή του αναδόχου στο στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης. Σημειώνουμε ότι η αναφερόμενη απόφαση της Αρχής Σας ακύρωσε τελικά την προσβαλλόμενη διακήρυξη κάνοντας δεκτό άλλο λόγο της προσφυγής μας. Για το λόγο αυτό ο σχετικός ισχυρισμός δεν οδηγήθηκε στο αρμόδιο δικαστήριο και δεν υπάρχει δικαστική κρίση επ' αυτού.

Ο ισχυρισμός της εταιρείας μας όμως δεν είναι ότι ο σχετικός όρος εμποδίζει την υποβολή προσφοράς ή ότι σχετίζεται με το πώς θα γίνει η πληρωμή της, αλλά ότι ο όρος αυτός ΠΡΟΣΔΙΔΕΙ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΤΙΚΟ ΠΛΕΟΝΕΚΤΗΜΑ στην εταιρεία ..., αφού όπως αναφέρουμε στην προσφυγή μας:

«... σε οιοδήποτε ποσό και αν της κατακυρωθεί ο διαγωνισμός ωφελείται (η ίδια ή η εταιρεία ..., της οποίας είναι θυγατρική). Ακόμα και αν εισπράξει από την προμήθεια ποσό ίσο με το πραγματικό κόστος κατασκευής του μηχανήματος

ή και ακόμα χαμηλότερα, θα είναι απολύτως ωφελημένη, εκείνη ή η μητρική της εταιρεία, αφού θα μειωθεί το οφειλόμενο από τη συμφωνία συμβιβασμού ποσό περισσότερο από ότι αν κατέβαλλε το ίδιο ποσό για αγορά (σε εκτέλεση της συμφωνίας) άλλου ιατρικού μηχανήματος που δεν εμπορεύεται η ίδια. Η εταιρεία δηλαδή θα είναι απολύτως ωφελημένη αν εισπράξει οιοδήποτε ποσό πάνω από το κόστος του μηχανήματος, αφού η πληρωμή από την ... και η είσπραξη από την ... θα αποτελούν ουσιαστικά προς ωφέλειά της λογιστικές εγγραφές και όχι πραγματική πληρωμή.»

Το ανταγωνιστικό αυτό πλεονέκτημα που αποκτά η εταιρεία ... βεβαίως και δεν εμποδίζει την εταιρεία μας στην υποβολή προσφοράς αλλά επηρεάζει τη διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς μας, αφού θα είναι αδύνατο να ανταγωνιστούμε την προσφορά της εταιρείας ..., η οποία θα είναι ωφελημένη ακόμα και αν υποβάλλει προσφορά ίση με το κόστος του μηχανήματος.

Όπως έχει κριθεί, όρος Διακήρυξης που αφορά στον τρόπο πληρωμής του προμηθευτή προβάλλεται με έννομο συμφέρον καθ' όσον οι όροι πληρωμής του προμηθευτή για τα υπό προμήθεια είδη, τιθέμενοι κατά τρόπο δεσμευτικό στη διακήρυξη, επηρεάζουν τη διαμόρφωση της οικονομικής του προσφοράς και επομένως, κατά τούτο, συνδέονται και με την διαδικασία αναθέσεως της συμβάσεως (βλ. ΣτΕ 590/2011, πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 551/2009, 663/2007 και εξ αντιδιαστολής ΣτΕ 923/2016, σκ. 7, ΕΑ ΣτΕ 123/2015, σκ. 5-6, ad hoc ΣτΕ 4100/2010, σκ. 11, ΔΕφίωανν 10/2013, σκ. 10 και ΑΕΠΠ 619/2018 και 930/2019).

Ο προσβαλλόμενος με την προσφυγή μας όρος της διακήρυξης σαφώς και επηρεάζει τη διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας μας και σαφώς συνδέεται με την διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης και όχι με τη διαδικασία πληρωμής/εκτέλεσης, όπως έκρινε η αναφερόμενη απόφαση της Αρχής σας. Επιπλέον σύμφωνα με την απόφαση της Αρχή σας (ΑΕΠΠ7μελής 3/2018 σκ.11)

Επειδή, στην περίπτωση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο ενδιαφερόμενος προβάλλει συγκεκριμένο ισχυρισμό του με έννομο συμφέρον, οφείλει να επικαλείται βλάβη

από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό (πρβλ ΕΑ ΣτΕ 129,130,131,146,147,148/2016 Ολομ., ΕΑ 415/2014, 9,124,189/2015,1258,1316/2008, 342, 670/2009 κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προσφυγής ειδικά κατά της διακήρυξης απαιτείται τόσο κατά την υποβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης όσο και κατά την προβολή λόγων που πλήττουν την εν γένει νομιμότητα αυτής, ενώ εξάλλου ο προσφεύγων δύναται παραδεκτώς να προβάλει και ισχυρισμούς κατά όρων διακήρυξης, οι οποίοι καθιστούν ιδιαιτέρως δυσχερή την εκ μέρους του κατάρτιση ορθής, παραδεκτής και σύμφωνης με τους όρους της διακήρυξης προσφοράς (πράγμα που προϋποθέτει σαφήνεια και μονοσήμαντο χαρακτήρα των απαιτήσεων), διακινδυνεύουν την ισότιμη μεταχείρισή του κατά την όλη διαδικασία προετοιμασίας, υποβολής και αξιολόγησης έως και αποδοχής προσφορών και ανάδειξης αναδόχου, καθιστούν ασαφή τον τρόπο επιλογής αναδόχου και αποδοχής προσφορών παραβιάζουν τυχόν τα πάσης φύσης δικαιώματά του ως μετέχοντος εντός της διαδικασίας, θεσπίζουν όρους περί της εκτέλεσης, οι οποίοι όμως θα ενσωματωθούν στη μετέπειτα σύμβαση και παραβιάζουν ή διακινδυνεύουν ήδη εκ της νυν διατύπωσής τους εντός του κανονιστικού περιεχομένου της διακήρυξης, τη θέση και τα δικαιώματά του ως τυχόν αναδόχου ή επάγονται ευρεία και ανέλεγκτη ευχέρεια, ως και κίνδυνο αυθαιρεσιών από την αναθέτουσα κατά την αξιολόγηση των προσφορών με συνακόλουθο αποτέλεσμα την έλλειψη προβλεψιμότητας και εκ μέρους του ελέγχου επί της διαδικασίας, καθώς και βλάβη στη δυνατότητά του να καταρτίσει την προσφορά του με τον βέλτιστο δυνατό».

Από τα ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι η εταιρεία μας ειδικώς αναφέρει και τεκμηριώνει την βλάβη, την οποία υφίσταται από τον προσβαλλόμενο όρο της διακήρυξης και με έννομο συμφέρον προβάλλει το συγκεκριμένο λόγο ακύρωσης, αφού λόγω αυτού όχι μόνο διακινδυνεύεται αλλά πλήττεται βάνανυσα

η ισότιμη μεταχείριση των διαγωνιζομένων και δη στο στάδιο υποβολής και αξιολόγησης των προσφορών και όχι στην εκτέλεση/πληρωμή της σύμβασης.

Η εταιρεία μας με έννομο συμφέρον και με ειδική επίκληση βλάβης προσβάλλει το συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης και το Κλιμάκιο σας πρέπει να εξετάσει κατ' ουσία τον προβαλλόμενο ισχυρισμό, όπως αυτός αναπτύσσεται στην προσφυγή μας. ».

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις προβάλλει σχετικώς τα εξής « 1. ΩΣ ΠΡΟΣ ΤΗ ΧΡΗΜΑΤΟΔΟΤΗΣΗ ΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΑΠΟ ΤΗ ...:

α) Η χρηματοδότηση δημοσίων διαγωνισμών από την εταιρία ... έχει γίνει κατόπιν συμφωνίας με το Ελληνικό Δημόσιο. Συγκεκριμένα, έχει δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως (Α'164/27-08-2012) μέσω την «Αριθμ. ... Σύμβαση μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της Εταιρείας «...», σύμφωνα με την εξουσιοδότηση που παρείχε στον Υπουργό Οικονομικών η διάταξη της παραγράφου 2, του άρθρου 324, του ν. 4072/2012.»

β) Σημαντικός αριθμός διαγωνισμών έχει διεξαχθεί υπό το ως άνω πλαίσιο χρηματοδότησης χωρίς να έχει προκύψει θέμα επί της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ενδεικτικά αναφέρουμε:

(1) Αρ. διακ. ... για την προμήθεια ενός αξονικού τομογράφου 128 τομών και άνω προς κάλυψη αναγκών του ... που προκήρυξε το ..., όπου προβλεπόταν ότι η δαπάνη βαρύνει τη σύμβαση μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας Μάλιστα, ο εν λόγω διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην

(2) Αρ. διακ. ... για την Προμήθεια Ενός (1) Αξονικού Τομογράφου 256 Τομών για Κάλυψη Αναγκών ... στο Πλαίσιο Συμφωνίας Συμβιβασμού μεταξύ Ελληνικού Δημοσίου - ... - ... που προκήρυξε το ... (...) - ... (...), όπου προβλεπόταν ότι η δαπάνη βαρύνει τη σύμβαση μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας

Μάλιστα, ο εν λόγω διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην

Επομένως, η εταιρεία ..., μέσω της συμμετοχής της και την κατακύρωσή της στους ως άνω διαγωνισμούς, ουσιαστικά εμπιστεύθηκε τους όρους της συμφωνίας του Ελληνικού Δημοσίου με την

γ) Η ΑΕΠΠ στην υπ' αριθ. 824/2020 Απόφασή της έχει επεξεργαστεί αντίστοιχη προσφυγή της».

11. Επειδή, η παρεμβαίνουσα προβάλλει ως προς το συγκεκριμένο λόγο προσφυγής τα εξής «(α) Έγκυρος και νόμιμος όρος πληρωμής/χρηματοδότησης βάσει της Συμφωνίας Συμβιβασμού μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και των εταιρειών ... και - Ίδια συμμετοχή της προσφεύγουσας σε διαγωνιστικές διαδικασίες με ίδιο τρόπο πληρωμής, ανάδειξης της ως αναδόχου, εκτέλεσης συμβάσεων και εξόφλησης της από τον ίδιο τρόπο πληρωμής που ορίζει η σχετική διακήρυξη που νυν προσβάλλει.

Επί του πρώτου λόγου που προβάλλει η προσφεύγουσα επί σκοπώ ακύρωσης της διακήρυξης, ότι δηλαδή στον ειδικό όρο εκτέλεσης της σύμβασης του άρθρου 1.2 ορίζεται ότι η πληρωμή του Προμηθευτή θα γίνει στο πλαίσιο συμφωνίας του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ... (ΦΕΚ 164Α/27-8-2012), κι ότι ο Όρος της διακήρυξης ότι η πληρωμή του προμηθευτή θα γίνει στο πλαίσιο συμφωνίας του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ..., από την εταιρεία ..., σε διαγωνισμό που αυτή δύναται να συμμετέχει δια της θυγατρικής της εταιρείας στην Ελλάδα ...

Πιο συγκεκριμένα, στην προσφυγή της η ... υποστηρίζει ότι «ο όρος της διακήρυξης ότι η πληρωμή του προμηθευτή θα γίνει στο πλαίσιο της συμφωνίας του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ..., από την εταιρεία ..., σε διαγωνισμό που αυτή δύναται να συμμετέχει δια της θυγατρικής της εταιρείας στην Ελλάδα ... είναι παράνομος για τους εξής λόγους:

α. Ο όρος αυτός της διακήρυξης προκαλεί στρέβλωση του ανταγωνισμού και προσδίδει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην εταιρεία Με τον όρο αυτό προσβάλλεται η αρχή της ισότητας των διαγωνιζομένων, αφού η εταιρεία ... σε οιοδήποτε ποσό και αν της κατακυρωθεί ο διαγωνισμός ωφελείται (η ίδια ή η εταιρεία ..., της οποίας είναι θυγατρική). Ακόμα και αν εισπράξει από την

προμήθεια ποσό ίσο με το πραγματικό κόστος κατασκευής του μηχανήματος ή και ακόμα χαμηλότερα, θα είναι απολύτως ωφελημένη, εκείνη ή η μητρική της εταιρεία, αφού θα μειωθεί το οφειλόμενο από τη συμφωνία συμβιβασμού ποσό περισσότερο από ότι αν κατέβαλλε το ίδιο ποσό για αγορά (σε εκτέλεση της συμφωνίας) άλλου ιατρικού μηχανήματος που δεν εμπορεύεται η ίδια.

Η εταιρεία δηλαδή θα είναι απολύτως ωφελημένη αν εισπράξει οιοδήποτε ποσό πάνω από το κόστος του μηχανήματος, αφού η πληρωμή από την ... και η είσπραξη από την ... θα αποτελούν ουσιαστικά προς ωφέλειά της λογιστικές εγγραφές και όχι πραγματική πληρωμή.

β. Με τον όρο αυτό καταστρατηγείται η «Συμφωνία Συμβιβασμού», η οποία αναφέρεται στη διακήρυξη και περιλαμβάνεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού. (βλ σελ 8 της 13 διακήρυξης Ειδικό Κανονιστικό πλαίσιο που διέπει την παρούσα Διακήρυξη - Η Συμφωνία συμβιβασμού μεταξύ Ελληνικής Δημοκρατίας και της εταιρείας ... (ΦΕΚ 164/Α' 27-8- 2012)

Με την συμφωνία συμβιβασμού η ... όφειλε να καταβάλλει στο ελληνικό δημόσιο συνολικό ποσό 90.000.000 ευρώ. Αν η προμήθεια κατακυρωθεί στην θυγατρική της, η οποία ρητώς αναφέρεται και καταλαμβάνεται από τη συμφωνία, θα καταβάλλει στο Ελληνικό Δημόσιο τελικά σίγουρα μικρότερο ποσό, ωφελούμενη τουλάχιστον τη διαφορά κατακυρωθέντος τιμήματος μείον το πραγματικό κόστος, και πολύ περισσότερο αν συνυπολογιστούν τα ανταλλακτικά και η 5ετής σύμβαση συντήρησης του μηχανήματος.

Από τα ανωτέρω σαφώς προκύπτει ότι ο όρος πληρωμής του τιμήματος διαγωνισμού μέσω της συμφωνίας συμβιβασμού ΕΔ - ... για προμήθεια στην οποία μπορεί η δεύτερη να συμμετέχει, η ίδια ή μέσω θυγατρικής της, είναι μη νόμιμος αφού αφενός μεν της προσδίδει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα, αφετέρου δε παραβιάζει την ίδια την συμφωνία συμβιβασμού που περιλαμβάνεται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού».

Όλοι οι ως άνω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι ανυπόστατοι, αυθαίρετοι και παράνομοι και προς απάντηση σε αυτούς λεκτέα είναι τα εξής:

Με το άρθρο 324 - Νόμος 4072/2012- Έγκριση του Σχεδίου Συμφωνίας Συμβιβασμού μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και των εταιρειών ... και, εγκρίθηκε το Σχέδιο Συμφωνίας Συμβιβασμού μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και των εταιρειών ... και, όπως αυτό με τα συνημμένα παραρτήματά του στην αγγλική γλώσσα και σε μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα προσαρτάται στον σχετικό νόμο ως Παράρτημα ΧΙ και παρασχέθηκε στον Υπουργό Οικονομικών η εξουσιοδότηση να εκπροσωπήσει την Ελληνική Δημοκρατία και να υπογράψει την, σύμφωνα με την παράγραφο 1 του άρθρου αυτού, Συμφωνία Συμβιβασμού. Η υπογεγραμμένη συμφωνία δημοσιεύτηκε στο ΦΕΚ 164/Α' 27-8-2012. Σύμφωνα με την Συμφωνία Συμβιβασμού, τα Μέρη συμφώνησαν ότι, προς πλήρη και οριστική διευθέτηση όλων των απαιτήσεων που προκύπτουν με βάση το Αστικό και Διοικητικό Δίκαιο και που έχουν σχέση με την Υπόθεση, η ... αναλαμβάνει απέναντι στην ΕΔ μεταξύ λοιπών υποχρεώσεων ως περιγράφονται στο εδάφιο ΙΙΙ. ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΙΣ ΤΗΣ ... και την υποχρέωση διάθεσης παροχής ύψους 90 εκατομμυρίων Ευρώ για μια περίοδο πέντε (5) ετών από την Ημερομηνία Έναρξης ισχύος της παρούσας Συμφωνίας για την υποστήριξη των κατωτέρω φορέων και δραστηριοτήτων της ΕΔ:

(1) Φορέων που υπηρετούν το δημόσιο συμφέρον και έχουν ως σκοπό την καταπολέμηση της διαφθοράς, της απάτης και του ξεπλύματος χρήματος στην ΕΔ.

(2) Σχεδίων και προγραμμάτων, περιλαμβανομένων προγραμμάτων εκπαίδευσης και κατάρτισης, που στοχεύουν στην καταπολέμηση της διαφθοράς, της απάτης και του ξεπλύματος χρήματος στην ΕΔ.

(3) Πανεπιστημιακών και άλλων επιστημονικών ερευνητικών προγραμμάτων στην ΕΔ, που αποσκοπούν να βελτιώσουν την γνώση και την εξειδίκευση στους τομείς της ενέργειας, της υγείας, της βιομηχανίας, των υποδομών και της αστικής ανάπτυξης.

(4) Προγραμμάτων υποτροφιών για μεταπτυχιακές σπουδές στους τομείς της ενέργειας, της υγείας, της βιομηχανίας, των υποδομών και της αστικής ανάπτυξης μέσω του Ιδρύματος Κρατικών Υποτροφιών (ΓΚΥ) της ΕΔ.

Κάθε έτος θα εξασφαλισθεί η δυνατότητα παροχής μέχρι 100 τέτοιων υποτροφιών.

(5) Παροχή ιατρικού εξοπλισμού (συμπεριλαμβανομένης της παράδοσης εγκατάστασης και συντήρησης του εξοπλισμού αυτού) που θα ζητηθεί για Δημόσια Νοσοκομεία, με έμφαση στα Παιδιατρικά Νοσοκομεία, της ΕΔ, μετά από εκτίμηση των σχετικών αναγκών από το Υπουργείο Υγείας, σε συνεννόηση με την Επιτροπή Εποπτείας, και σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία.

Σύμφωνα με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ 3: ΕΠΙΤΡΟΠΗ ΕΠΟΠΤΕΙΑΣ, ορίζεται ότι η Επιτροπή Εποπτείας θα ασκεί τις αρμοδιότητες που προβλέπονται στην παρούσα Συμφωνία και όποιες άλλες αρμοδιότητες ενδέχεται να της αναθέσουν τα Μέρη με γραπτή συμφωνία, ενώ στο άρθρο 4. Ετήσιο Πρόγραμμα Εργασιών και Επιλογή Έργων και Προγραμμάτων, Χρηματοδοτήσεις ορίζεται ότι : 'Κατά τη διάρκεια της θητείας της Επιτροπής Εποπτείας και κάθε χρόνο η ΕΔ θα υποβάλλει στην Επιτροπή Εποπτείας προς αξιολόγηση κατ' έγκριση ένα ετήσιο πρόγραμμα εργασιών με την προτεινόμενη κατανομή προγραμμάτων και πρωτοβουλιών στο πλαίσιο της Παροχής των 90 Εκατομμυρίων. Κάθε Μέρος δύναται να προτείνει έργα ή αλλαγές στο ετήσιο πρόγραμμα εργασιών. Κάθε μέλος της Επιτροπής Εποπτείας έχει δικαιώματα εποπτείας και ελέγχου, όσον αφορά στην επιλογή έργων και τη χρήση των σχετικών χρηματοδοτήσεων. Η χρηματοδότηση κάθε ετήσιου προγράμματος εργασιών δεν θα υπερβαίνει κατ' έτος το 20% της Παροχής των 90 Εκατομμυρίων καθώς και επίσης εάν οι χρηματοδοτήσεις δεν απορροφηθούν σε ένα δεδομένο έτος, δύνανται να προστεθούν στα επόμενα έτη....'

Σημειώνεται ότι η Επιτροπή Εποπτείας σύμφωνα με το Παράρτημα 3 συντίθεται ως ακολούθως: Σε σύνολο επτά μελών της Επιτροπής Εποπτείας, τρία ορίζονται από την ΕΔ και άλλα τρία από τη ..., ενώ προεδρεύει ο Επίτροπος Εταιρικής Συμμόρφωσης, ο οποίος θα παραμένει με την ιδιότητα του Προέδρου ακόμα και μετά την λήξη της Επιτροπείας. Ο όρος "ΕΔ" νοείται ότι περιλαμβάνει την Ελληνική Δημοκρατία, τις Δημόσιες Υπηρεσίες, τις Δημόσιες Αρχές, τα ΝΠΔΔ, και όλες εκείνες τις επιχειρήσεις, στις οποίες το Ελληνικό Δημόσιο κατέχει το σύνολο των μετοχών συμμετοχής στο εταιρικό κεφάλαιο.

Όλα τα παραπάνω εκθέτουμε προκειμένου να γίνει αντιληπτό το πλαίσιο λήψεως αποφάσεων, τα εμπλεκόμενα όργανα και η πολυπλοκότητα της σχετικής συμφωνίας συμβιβασμού που η ανάπτυξη της δεν δύναται να αποτελέσει αντικείμενο της παρούσας, πολύ περισσότερο δε, δεν δύναται να ερμηνευθεί κατά το δοκούν και αυθαίρετως προκειμένου η προσφεύγουσα εταιρία να προσκομίσει όφελος.

Η προσφεύγουσα μάλιστα φέρεται σκοπίμως να μην κάνει αναφορά στο Ειδικό Κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη σχετική Διακήρυξη και στο οποίο αναφέρονται επακριβώς οι ακόλουθες πράξεις που ελήφθησαν υπόψη για την εν λόγω χρηματοδότηση:

- Η Συμφωνία συμβιβασμού μεταξύ Ελληνικής Δημοκρατίας και της εταιρείας ... ΑΕ (ΦΕΚ 164/Α' 27-8-2012),
- Τις διατάξεις της παρ.2 του άρθρου 324 του Ν.4072/2012 (ΦΕΚ 86/Α'/2012) «Έγκριση του Σχεδίου Συμφωνίας Συμβιβασμού μεταξύ Ελληνικής Δημοκρατίας και των εταιρειών ... και ...»,
- με αριθμό πρωτ. ... 858/26-7-2018, έγγραφο του Υπουργείου Οικονομικών,
- Το με αριθμό πρωτ. 1639/9-8-2018 και 3287/15-11-2018 έγγραφα του ... περί παροχής ιατρικού εξοπλισμού στο πλαίσιο Συμφωνίας συμβιβασμού μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ...,
- Την εγκεκριμένη από την Επιτροπή Εποπτείας λίστα του ... με τις μονάδες υγείας για τις οποίες εγκρίθηκε η αναγκαιότητα προμήθειας ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού,
- Την υπ' αριθ. Απόφαση 420/16457/20-11-2020 του Διοικητή του Νοσοκομείου με θέμα: «1) Έγκριση τεχνικών προδιαγραφών και 2) έγκριση προσχεδίου διακήρυξης του διαγωνισμού για την προμήθεια ενός συστήματος Μαγνητικής Τομογραφίας, στο πλαίσιο Συμφωνίας συμβιβασμού μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ..., προϋπολογισθείσας δαπάνης 900.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και της πενταετούς συντήρησης.

Η προσφεύγουσα ουδόλως θίγει ούτε αμφισβητεί το Ειδικό Κανονιστικό πλαίσιο που διέπει τη σχετική Διακήρυξη και σε κάθε περίπτωση δεν αποδεικνύει/τεκμηριώνει ουδεμία ενδεχόμενη παράβαση ή παρανομία έκδοσης των προαναγραφόμενων πράξεων με αριθμό πρωτ. ... 858/26-7-2018 του Υπουργείου Οικονομικών και με αριθμό πρωτ. 1639/9-8-2018 και 3287/15-11-2018 του ..., προκειμένου να μπορέσει να αιτιολογήσει το βάσιμο του ισχυρισμού της.

Επιπροσθέτως, αξίζει να ειπωθεί ότι η ΑΕΠΠ, άλλωστε, στην υπ' αριθ. 824/2020 Απόφασή της έχει αποφανθεί επί του ζητήματος αυτού επί προσφυγής πάλι της ... και έχει απορρίψει όλους τους σχετικούς ισχυρισμούς της αναφορικά με τον συγκεκριμένο λόγο που προτείνει. Παραθέτουμε, τα αντίστοιχα αποσπάσματα από τη συγκεκριμένη απόφαση: [...]Εκ των ως άνω καθίσταται σαφές ότι ο ισχυρισμός της Προσφεύγουσας- ότι ο όρος της διακήρυξης, περί χρηματοδότησης του εν λόγω διαγωνισμού από την εταιρία ..., στα πλαίσια της συμφωνίας συμβιβασμού μεταξύ αυτής και του Ελληνικού Δημοσίου, είναι παράνομος για το λόγο ότι ενόψει της συμμετοχής της εταιρίας μας στο διαγωνισμό θα έχουμε μόνο όφελος ακόμα και αν η οικονομική προσφορά μας ανέλθει στην αξία του κόστους του μηχανήματος- είναι ανυπόστατος για το λόγο ότι η εταιρία μας δεν έχει αποκλειστεί από τους δημόσιους διαγωνισμούς, οι οποίοι χρηματοδοτούνται από τη Επίσης, ο ισχυρισμός αυτός προβάλλεται αλυσιτελώς και είναι αβάσιμος καθότι η ίδια η ... στο παρελθόν έχει συμμετάσχει σε μεγάλο αριθμό διαγωνισμών που έχουν χρηματοδοτηθεί υπό αυτό το καθεστώς και σε πολλούς μάλιστα εξ αυτών έχει ανακηρυχτεί η ίδια ως μειοδότρια. Ενδεικτικά αναφέρουμε κάτωθι δημόσιους διαγωνισμούς στους οποίους συμμετείχε η προσφεύγουσα και σκοπίμως δεν αναφέρει στο κείμενο της προσφυγής προκειμένου να παραπλανήσει την ΑΕΠΠ. Συγκεκριμένα η ...:

(α) Δέχθηκε να συμμετέχει αναντίρρητα στον με αρ. διακ ... (αρ. συστ. ...) ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την προμήθεια δύο συστημάτων υπερηχοτομογραφίας προϋπολογισμού 100.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ που προκήρυξε το ... με ημερομηνία διενέργειας (ηλεκτρονικής αποσφράγισης προσφορών) την 25/09/2017 όπου προβλεπόταν ότι η δαπάνη

βαρύνει τη σύμβαση μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας Μάλιστα, ο εν λόγω διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην προσφεύγουσα, υπογράφηκε η με αριθμό 44/16.04.2018 σύμβαση στο άρθρο 3 της οποίας επίσης προβλέπεται ρητώς ότι η δαπάνη βαρύνει τη σύμβαση μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ... και η πληρωμή θα γίνει από την παραπάνω εταιρεία και τέλος πιθανολογούμε ότι η ανάδοχος εξοφλήθηκε ή αναμένεται μετά βεβαιότητας να εξοφληθεί.

(β) Δέχθηκε να συμμετέχει αναντίρρητα στον με αρ. διακ. ... (αρ. συστ. ...) ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την προμήθεια ενός αξονικού τομογράφου 128 τομών και άνω προς κάλυψη αναγκών του ... προϋπολογισμού 887.096,77€ συμπεριλαμβανομένων των κρατήσεων πλέον ΦΠΑ που προκήρυξε το ... με ημερομηνία διενέργειας (ηλεκτρονικής αποσφράγισης προσφορών) την 25/09/2017 όπου προβλεπόταν ότι η δαπάνη βαρύνει τη σύμβαση μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας Μάλιστα, ο εν λόγω διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην προσφεύγουσα, υπογράφηκε η με αριθμό 0038P/28.08.2018 σύμβαση στο άρθρο 5 της οποίας επίσης προβλέπεται ρητώς ότι η δαπάνη θα καταβληθεί από τη ... στην ανάδοχο εταιρεία ... και τέλος πιθανολογούμε ότι η ανάδοχος εξοφλήθηκε ή αναμένεται μετά βεβαιότητας να εξοφληθεί.

(γ) Δέχθηκε να συμμετέχει αναντίρρητα στον με αρ. διακ ... (αρ. συστ. ...) ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την προμήθεια μίας Γ-κάμερας προς κάλυψη αναγκών του Τμήματος Πυρινικής Ιατρικής προϋπολογισμού 443.548,39€ συμπεριλαμβανομένων των κρατήσεων πλέον ΦΠΑ που προκήρυξε το ... με ημερομηνία διενέργειας (ηλεκτρονικής αποσφράγισης προσφορών) την 22/09/2017 όπου προβλεπόταν ότι η δαπάνη βαρύνει τη σύμβαση μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας Μάλιστα, ο εν λόγω διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην προσφεύγουσα, υπογράφηκε η με αριθμό 0054P/17.10.2018 σύμβαση στο άρθρο 5 της οποίας επίσης προβλέπεται ρητώς ότι η δαπάνη θα καταβληθεί από τη ... στην ανάδοχο εταιρεία ... και τέλος πιθανολογούμε ότι η ανάδοχος εξοφλήθηκε ή αναμένεται μετά βεβαιότητας να εξοφληθεί.

(δ) Δέχθηκε να συμμετέχει αναντίρρητα στον με αρ. διακ. ... (αρ. συστ. ...) Ηλεκτρονικό Ανοικτό Διαγωνισμό για την Προμήθεια Ενός (1) Αξονικού Τομογράφου 256 Τομών για Κάλυψη Αναγκών ... στο Πλαίσιο Συμφωνίας Συμβιβασμού μεταξύ Ελληνικού Δημοσίου - ... - ... που προκήρυξε το ... (...) - ... (...) προϋπολογισμού 1.488.000,00€ συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων και ΦΠΑ με ημερομηνία διενέργειας (ηλεκτρονικής αποσφράγισης προσφορών) την 05/10/2017 όπου προβλεπόταν ότι η δαπάνη βαρύνει τη σύμβαση μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας Μάλιστα, ο εν λόγω διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην προσφεύγουσα, υπογράφηκε η με αριθμό 21/14.06.2018 σύμβαση στο άρθρο 4 της οποίας επίσης προβλέπεται ρητώς ότι η δαπάνη βαρύνει την εταιρεία ... βάσει της σύμβασης μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ... και τέλος πιθανολογούμε ότι η ανάδοχος εξοφλήθηκε ή αναμένεται μετά βεβαιότητας να εξοφληθεί.

(ε) Δέχθηκε να συμμετέχει αναντίρρητα στον με αρ. διακ. ... (αρ. συστ. ...) Διεθνές Ηλεκτρονικό Ανοικτό Διαγωνισμό για την Προμήθεια Αξονικού Τομογράφου 16 Τομών που προκήρυξε το ... προϋπολογισμού 300.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ με ημερομηνία διενέργειας (ηλεκτρονικής αποσφράγισης προσφορών) την 07/05/2019 όπου προβλεπόταν ότι η Χρηματοδότηση της σύμβασης θα γίνει με την με αριθ. ΥΠΟΙΚ ... (ΦΕΚ Α' 164/12) Σύμβαση μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας σύμφωνα με την οποία και σε εκτέλεση του όρου ΙΠ.2 (1) αυτής, η κάλυψη της συγκεκριμένης δαπάνης θα γίνει από την ανωτέρω εταιρεία. Μάλιστα, ο εν λόγω διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην προσφεύγουσα, υπογράφηκε η με αριθμό 139/19.09.2019 σύμβαση στο προοίμιο της οποίας επίσης λαμβάνεται υπόψη η με αριθ. ΥΠΟΙΚ ... (ΦΕΚ Α' 164/12) Σύμβαση μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας Ομοίως πιθανολογούμε ότι η ανάδοχος εξοφλήθηκε ή αναμένεται μετά βεβαιότητας να εξοφληθεί.

Πλήθος άλλων συμβάσεων δημόσιων διαγωνιστικών διαδικασιών εξακολουθούν να κατακυρώνονται σε αναδόχους και οι τελευταίοι να εξοφλούνται μέχρι σήμερα κανονικά - χωρίς καμία ανωμαλία και άπαντα τα

σχετικά στοιχεία δύνανται ως δημοσιευτές στο ΚΗΜΔΗΣ πράξεις να εξακριβωθούν περί της αλήθειας τους.

Απαντα τα παραπάνω αναγκαζόμαστε να εκθέσουμε στη παρούσα παρέμβαση προκειμένου να καταδείξουμε τον καταφανώς καταχρηστικά προβαλλόμενο και συνάμα παρελκυστικό ισχυρισμό της προσφεύγουσας, τον οποίον επικαλείται ως πρώτο λόγο προσφυγής της επί σκοπώ ακύρωσης της διακήρυξης του σχετικού διαγωνισμού. Το γεγονός ότι η ίδια η προσφεύγουσα έχει συμμετέχει σε διαγωνιστικές διαδικασίες των οποίων η χρηματοδότηση προβλέπεται να εξοφληθεί από τη Συμφωνία μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας, χωρίς να προβάλλει οποιαδήποτε ένσταση επί του όρου πληρωμής, διαγωνιστικές διαδικασίες οι οποίες κατέληξαν σε κατακύρωση στην προσφεύγουσα και ανάδειξη της ως αναδόχου, ακολούθως δε υπεγράφησαν συμβάσεις, εκτελέσθηκε το αντικείμενο τους από την ανάδοχο-νυν προσφεύγουσα και εξοφλήθηκε ή αναμένεται να εξοφληθεί μετά βεβαιότητας η τελευταία ΚΑΙ ΔΗ ΑΠΟ ΤΗ ... από τη δαπάνη που αποτελεί τη συμφωνία Συμβιβασμού μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και των εταιρειών ... και ..., αποδεικνύει αδιαμφισβήτητα ότι ο παρών λόγος προσφυγής της είναι καταφανώς αβάσιμος, κατ' ελάχιστον προκλητικός και καταρρίπτει στην ολότητα του το αναληθές επιχείρημα της προσφεύγουσας περί δήθεν παράνομης πρόβλεψης στη διακήρυξη του όρου πληρωμής της προμήθειας από δαπάνη που βαρύνει τη συμφωνία Συμβιβασμού μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και των εταιρειών ... και ...

Τέλος, πέραν της ουσιαστικής αβασιμότητας, ο ως άνω λόγος της προσφεύγουσας προβάλλεται καταχρηστικά και παρελκυστικά σε πλήρη αντίθεση με τα όρια που επιβάλλει η καλή πίστη και τα χρηστά ήθη κατ' άρθρο ..., καθώς από τις ίδιες τις προηγούμενες πράξεις της η ..., ήτοι δια της αναντίρρητης συμμετοχής της στους ως άνω διαγωνισμούς, κατακυρώσεώς τους σε αυτή και κατόπιν εκτελέσεως και μετά βεβαιότητας πληρωμής ή αναμονής πληρωμής της, ουσιαστικά εμπιστεύθηκε την συμφωνία του ΕΔ με την ... και εμπιστεύθηκε τους όρους της σχετικής συμφωνίας, ερχόμενη μετά σε πλήρη αντίθεση με την προηγούμενη συμπεριφορά της να αμφισβητήσει...,

προφανώς επειδή πιθανολογεί ότι μερικοί άλλοι όροι από τους όρους της διακηρύξεως δεν την συμφέρουν, ή είναι εκτός εμπορικής της πολιτικής.

Τέλος, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι καταστρατηγείται η συμφωνία μεταξύ Ελληνικού δημοσίου και ..., σύμφωνα με την οποία η τελευταία έχει υποχρέωση να καταβάλει στο πρώτο 90.000.000,00€, στην περίπτωση που μειοδότη εταιρία στο διαγωνισμό αυτό αναδειχθεί η εταιρία μας είναι πάλι ανίσχυρος και μπορούμε να πούμε «άσχετος» με το αντικείμενο του περιεχομένου μιας προσφυγής κατά όρων της διακήρυξης. Η ΑΕΠΠ, όπως αναλυτικά εκθέσαμε και πιο πάνω, έχει ως αρμοδιότητα να ελέγξει τυχόν παράβαση όρων της διακήρυξης ως προς την κείμενη εθνική και ευρωπαϊκή νομοθεσία. Η εν λόγω συμφωνία συμβιβασμού αποτελεί μέρος του κανονιστικού δικαίου, έχει δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, έχει διεξαχθεί πληθώρα δημόσιων διαγωνισμών υπό αυτό το καθεστώς χρηματοδότησης (σε πολλούς μάλιστα με συμμετοχή της ... και κατακύρωσης σε αυτή) και ουδέποτε διαπιστώθηκε η έλλειψη ισχύος της και η έλλειψη νομιμότητας της. Επιπλέον, η προσφεύγουσα λανθάνει σκοπίμως αναφερόμενη ότι η συμφωνία συμβιβασμού ΕΛ- ... προβλέπει την καταβολή εκ μέρους της τελευταίας ποσού 90.000.000,00€, καθότι η συμφωνία δεν αναφέρει «καταβολή χρηματικού ποσού», αλλά μεταξύ άλλων προβλέπει «Παροχή ιατρικού εξοπλισμού (συμπεριλαμβανομένης της παράδοσης εγκατάστασης και συντήρησης του εξοπλισμού αυτού) που θα ζητηθεί για Δημόσια Νοσοκομεία, με έμφαση στα Παιδιατρικά Νοσοκομεία, της ΕΔ, μετά από εκτίμηση των σχετικών αναγκών από το Υπουργείο Υγείας, σε συνεννόηση με την Επιτροπή Εποπτείας, και σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία». Επομένως, η χρηματοδότηση δημόσιων διαγωνισμών με σκοπό την προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού σε δημόσια νοσοκομεία εντάσσεται προφανώς στα πλαίσια της συμφωνίας αυτής.

Προφανώς και ο λόγος που για μία ακόμη φορά η ... βάλλει κατά του συγκεκριμένου όρου διακήρυξης δημόσιου διαγωνισμού, είναι η βεβαιότητά της ότι το υπό προσφορά από αυτή μηχανήμα δεν μπορεί να ανταποκριθεί στις τεχνικές προδιαγραφές του παρόντος διαγωνισμού και προσπαθεί,

προβάλλοντας ανίσχυρους και παράνομους ισχυρισμούς, να επιτύχει μεταξύ άλλων την ακύρωση της διακήρυξης».

12. Επειδή, η επίκληση του τρόπου χρηματοδότησης της σύμβασης, η οποία ερείδεται στην συμφωνία συμβιβασμού μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και της ..., (ΦΕΚ Α' 164/12) αν και εντάσσεται στον τρόπο πληρωμής της οικείας διακήρυξης, ουδόλως καταδεικνύει κάποιον συγκεκριμένο τρόπο πληρωμής, ο οποίος να συναρτάται άνευ ετέρου με τον τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς από τον προσφέροντα κατά τρόπο που να τον επηρεάζει πασίδηλα στη διαμόρφωση της προσφοράς του ή/και τυχόν στην απόφασή του περί συμμετοχής στον επίμαχο διαγωνισμό. Ειδικότερα, στο άρθρο 5.1.1. της διακήρυξης που αφορά τον τρόπο πληρωμής αναφέρεται ρητώς *«Η πληρωμή του Προμηθευτή κα γίνει στο πλαίσιο συμφωνίας του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ... ΑΕ (ΦΕΚ 164Α/27-8-2012, σε εκτέλεση του όρου ΙΙΙ.2(5))».*

13. Επειδή, τόσο η θεωρία όσο και η νομολογία δέχονται την εφαρμογή στην διοικητική δίκη του βάρους απόδειξης από αντικειμενική άποψη (βάρος απόδειξης «υπό αντικειμενική έννοια»), δοθέντος ότι η εφαρμογή του έχει πάντοτε ως αφετηρία τη λειτουργία του κανόνα δικαίου. Το αντικειμενικό βάρος αποδείξεως δίνει διέξοδο όταν, παρά τη διεξαγωγή της αποδεικτικής διαδικασίας, παραμένουν αμφιβολίες ως προς την αλήθεια των πραγματικών περιστατικών, και συνεπώς κάποιος από τους διαδίκους πρέπει να φέρει τον κίνδυνο του non liquet, δηλαδή του γνωστικού αδιεξόδου του δικαστή. Δεδομένου, δε, ότι δικαστής (ο εφαρμοστής του δικαίου) δεν επιτρέπεται να αρνηθεί την έκδοση απόφασης, η δικαστική του διάγνωση στηρίζεται τότε στους κανόνες του αντικειμενικού βάρους αποδείξεως, εκδίδει δηλ. μια απόφαση σύμφωνα με το βάρος αποδείξεως (Beweislastentcheidung). Οπότε η περίπτωση του non liquet εξομοιώνεται κατά πλάσμα δικαίου με την περίπτωση της μη αποδείξεως του ισχυρισμού (Δημήτριος Γ. Ράικος, «Τα γνωσιολογικά θεμέλια της απόφασης του διοικητικού δικαστή», Ανάτυπο από το περιοδικό «Διοικητική Δίκη», τόμος ΙΖ', τεύχος 3ο, 2015, Εκδόσεις Σάκκουλας, σελ. 583 επ.).

14. Επειδή, αν και με την προσφυγή της η προσφεύγουσα επικαλείται τη δυνητική ωφέλεια της εάν κατακυρωθεί η σύμβαση στη θυγατρική της στην Ελλάδα, καθώς και ότι τουλάχιστον δύο προδιαγραφές της υπό εξέταση διακήρυξης φωτογραφίζουν προϊόντα του κατασκευαστικού οίκου ..., δεν υποδεικνύει τίνι τρόπο παραβιάζεται η συμφωνία συμβιβασμού, η οποία δεν απαγορεύει την συμμετοχή σε αντίστοιχες διαγωνιστικές διαδικασίες της, ούτε αναφέρει κάποια εμπλοκή της ... στη διαμόρφωση των τεχνικών προδιαγραφών, πολλώ δε μάλλον δεν αποδεικνύει κάποια πλημμέλεια στην διαδικασία λήψης των αποφάσεων διαμόρφωσης των θιγόμενων προδιαγραφών και προκήρυξης του εν θέματι διαγωνισμού ή/ και στους όρους πληρωμής του άρθρου 5.1 της διακήρυξης, που να συνδέεται άρρηκτα με την χρηματοδότηση αυτής.

15. Επειδή το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο, και ατομικό /προσωπικό, με την έννοια ότι πρέπει να αφορά τον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων. Όσον αφορά τις κανονιστικές πράξεις «η προϋπόθεση για τη συνδρομή του προσωπικού εννόμου συμφέροντος συντρέχει όταν η προσβαλλόμενη κανονιστική ρύθμιση, θίγει συγκεκριμένες ελευθερίες ή δικαιώματα του αιτούντος, τα οποία κατοχυρώνονται από το Σύνταγμα και τους νόμους και των οποίων την πραγμάτωση επιδιώκει να αποκαταστήσει ο αιτών με την έκδοση της ακυρωτικής απόφασης» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ. 4, σελ 847). Περαιτέρω, κατά τη θεωρία και νομολογία το έννομο συμφέρον θα πρέπει να είναι και άμεσο από την άποψη ότι το προβαλλόμενο προσωπικό συμφέρον πρέπει να συνδέεται αιτιωδώς με το πρόσωπο του προσφεύγοντος, χωρίς να παρεμβάλλεται συμφέρον τρίτου, και ενεστώς, δηλαδή να είναι υπαρκτό και όχι μελλοντικό (Π. Δαγτόγλου, Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2014). Πρέπει, επομένως, να υπάρχει συρροή των κάτωθι : α) η προσβαλλόμενη πράξη έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική, και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προσβαλλόμενης βλάβης (ΣτΕ 7μ. 1898/2016), ήτοι μια ειδική έννομη σχέση

του προσφεύγοντα με την προσβαλλόμενη πράξη (Σπ. Βλαχόπουλος, Όψεις της δικαστικής προστασίας ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας – το παράδειγμα του ν. 2522/1997 για τα δημόσια έργα, 1998, σελ 199, Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Εκδ. ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 745 επ.) άλλως να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία διακήρυξη (ΣτΕ 880/2016 7μ. σκ. 13, 1844/2013 7μ. σκ. 15, 2973/1989), άλλως, ως ενδιαφερομένου μεν να συμμετάσχει σ’ αυτήν, αλλά αποκλεισμένου δυνάμει ρήτρας της προκηρύξεως (ΣτΕ 4606/2012, 1982-1985, 1987/2011) και δεν αρκεί το γενικό δημόσιο ενδιαφέρον του κάθε πολίτη για την σύλληψη διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων (ΣτΕ 4391/2011 7μ., 2446/1992 7μ.). Περαιτέρω, δέον είναι το έννομο συμφέρον να είναι και ενεστώς, ήτοι η βλάβη που προκαλείται στον ενδιαφερόμενο να έχει ήδη επέλθει ή να είναι βέβαιο ότι θα επέλθει κατά το χρόνο άσκησης της προσφυγής (ΣτΕ 1442/97 ΔΔικ 1997/1136) και να υφίσταται σωρευτικά τόσο κατά την έκδοση της προσβαλλόμενης, όσο και κατά την άσκηση της προσφυγής και την εξέταση αυτής (παρ. ενδεικτικά ΣτΕ 956/95 ΔΔικ 1995/577, ΣτΕ Ολομ. 280/96 ΔΔικ 1996/844, ΔτΕ 416/2002λ 2239/2003, Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», ΔιοικΔ, 2010, τ.4, σελ 846-7). Δεν νομιμοποιείται επομένως όποιος θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του σε μελλοντικά και αβέβαια γεγονότα, τα οποία δεν αποτελούν αναγκαία συνέπεια της ακύρωσης της πράξης (ΣτΕ 1425/93).

16. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει, δηλαδή, ο Προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣτΕ 3905/2004).

17. Επειδή σε κάθε περίπτωση, το έννομο συμφέρον ελέγχεται αυτεπαγγέλτως από την αρμόδια κατά περίπτωση σύνθεση εξέτασης της προσφυγής ως και από τον δικαστή (βλ. ΣτΕ 2080/2016, 5/2006, 3078/2005, 1461/2003, κα). Εξετάζεται, δε, η ύπαρξη του εννόμου συμφέροντος με βάση τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς του Προσφεύγοντος και τα στοιχεία του

φακέλου που προσκομίστηκαν (ΣΤΕ 928/2004) υπό την έννοια ότι δεν δύναται το αρμόδιο όργανο να συμπληρώσει τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος καθόσον το βάρος απόδειξης για την ύπαρξη εννόμου συμφέροντος φέρει ο τελευταίος (ΣΤΕ 4524/2009, 3900/2006) και μόνο προαποδεικτικώς (ΣΤΕ 1898/2016, 7μελής), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον Ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος.

18. Επειδή η προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος δεν καθιστά δυσχερή την πρόσβαση του ενδιαφερόμενου στο δικαστήριο ή εν γένει στην προσήκουσα παροχή έννομης προστασίας (άρθρο 20 παρ. 1 του Συντ.) ούτε δημιουργεί (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017) αντίθεση προς το άρθρο 6 παρ. 1 της ΕΣΔΑ (ΣΤΕ 2980/2013). Μόνη, δε, εξαίρεση στην άνω αναφερθείσα υποχρέωση προαπόδειξης είναι να προκύπτει σαφώς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας από τις *ad hoc* ειδικές συνθήκες ότι θίγονται τα επαγγελματικά και οικονομικά συμφέροντα του Προσφεύγοντος (ΣΤΕ 2521/2004).

19. Επειδή σε κάθε περίπτωση οι προβαλλόμενοι από τον Προσφεύγοντα λόγοι ακύρωσης περί υπάρξεως πλημμελειών κατά τη διοικητική διαδικασία ή περί παράβασης νόμου, όσο σοβαρές και εάν είναι οι πλημμέλειες αυτές και όσο κατάφωρη η παράβαση νόμου, δεν μπορούν να θεμελιώσουν έννομο συμφέρον για τον προσφεύγοντα, αφού άλλωστε η εξέτασή τους ανάγεται στο βάσιμο της αιτήσεως και όχι στο παραδεκτό αυτής (Δημήτριος Θ. Πυργάκης, Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 48-49).

20. Επειδή το έννομο συμφέρον αφορά κάθε νομική ή πραγματική κατάσταση που αναγνωρίζεται από το δίκαιο και από την οποία ο αιτών βάσει ενός ιδιαίτερου δεσμού αντλεί ωφέλεια, η οποία θίγεται από την προσβαλλόμενη πράξη ή παράλειψη (Γλυκερία Π. Σιούτη, Το έννομο συμφέρον στην αίτηση ακύρωσης, Εκδόσεις Αντ. Ν. Σάκκουλα, 1998, σελ. 23). Ειδικότερα,

όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

21. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, προβάλλεται αορίστως εάν ο όρος που προσβάλλει η προσφεύγουσα είναι η χρηματοδότηση της επίμαχης σύμβασης, υπολαμβάνοντας ότι αντιβαίνει στο δημόσιο συμφέρον, παραβιάζοντας και τη σχετική συμφωνία συμβιβασμού ή η παράλειψη αποκλεισμού της εταιρείας ... από την συμμετοχή στο συγκεκριμένο διαγωνισμό. Εν πάση περιπτώσει, εάν ήθελε υποτεθεί ότι προσβαλλόμενος όρος είναι ο τρόπος πληρωμής βάσει της συμφωνίας συμβιβασμού με την ..., ουδόλως προσδιόρισε η προσφεύγουσα κατά τρόπο συγκεκριμένο ότι από τον εν λόγω πληττόμενο όρο υφίσταται βλάβη λόγω νόθευσης του ανταγωνισμού εξικνούμενη μέχρι του σημείου αδυναμίας ή ουσιώδους δυσχέρειας υποβολής προσφοράς, έστω με επιφύλαξη, μη θεμελιώνοντας ειδικώς το έννομο συμφέρον της (βλ. ΑΕΠ 824/2020, ΔΕφΠατ Ν25/2019). Ακόμη, ωστόσο, και εάν ήθελε γίνει δεκτό ότι με το υπόμνημά της δύναται να συμπληρώσει καταρχήν αόριστο ισχυρισμό προσφυγής η προσφεύγουσα ή/και εν γένει να θεμελιώσει επαρκέστερα το έννομο συμφέρον της (quod non) η επίκληση με το υπόμνημα της εικαζόμενης δυνατότητας παροχής μεγαλύτερης έκπτωσης από τη ... δεν συνιστά απόδειξη της βλάβης της, καθόσον έχει αναδειχθεί ανάδοχος αντίστοιχων διαγωνισμών – κατά τα βασίμως προβαλλόμενα προεχόντως από την αναθέτουσα αρχή – με χρηματοδότηση της Επομένως, ο πρώτος λόγος απορρίπτεται ως απαράδεκτος.

22. Επειδή, όπως έχει νομολογιακά κριθεί, η αναθέτουσα Αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως για την ανάθεση της συμβάσεως, καθορίζοντας τις τεχνικές

προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, η δε θέσπιση, με τη διακήρυξη, των προδιαγραφών που 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 στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων των οποίων η προσφορά δεν πληροί τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των προσώπων που δύνανται να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό, η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό [πρβλ. ΕπΑνΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014]. Ελέγχονται, όμως, οι τεχνικές προδιαγραφές και οι σχετικοί όροι της διακηρύξεως εάν τηρούν την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως των διαγωνιζομένων και της απαγορεύσεως των διακρίσεων, καθώς και την αρχή της αναλογικότητας [πρβλ. ΕπΑνΣΤΕ 189/2015, 124/2015, 9/2015, 354/2014].

23. Επειδή, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση, δε, 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. Επ. Αν. 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 τους δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, βάσει δικών του εκτιμήσεων, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, αυτοί οι λόγοι είναι απορριπτέοι ως απaráδεκτοι (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 307/2007, Δ.Εφ. Πειραιά 80/2020).

24.Επειδή, συνεπώς, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια να καθορίσει τις τεχνικές προδιαγραφές, σύμφωνα με το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο, του διαγωνισμού με δύο βασικούς περιορισμούς: (α) να μην περιορίζεται ο ελεύθερος και ανόθευτος ανταγωνισμός και η ευρεία συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες μέσω της επιβολής προδιαγραφών που συρρικνώνουν την ελεύθερη αγορά και (β) να τίθενται κατά τέτοιο τρόπο στο κείμενο της διακήρυξης, ώστε να είναι αρκετά ακριβείς και να μην καταλείπεται οιαδήποτε αμφιβολία στους προσφέροντες ως προς την κατανόηση και τον προσδιορισμό του αντικειμένου και των απαιτήσεων της διακήρυξης. Επιπρόσθετα, κάθε αναθέτουσα αρχή στις περιπτώσεις αυτές πρέπει να λαμβάνει υπόψη το κριτήριο της αναλογικότητας υπό την έννοια ότι τυχόν περιοριστικά μέτρα που τίθενται με τους όρους της διακήρυξης μπορούν να θεωρηθούν ότι συμβιβάζονται με τον ενωσιακό δίκαιο μόνον εάν μπορεί να αποδειχθεί ότι: (α) έχουν οριστεί για την εξυπηρέτηση θεμιτού σκοπού δημόσιας τάξης που έχει τεθεί προς το γενικό συμφέρον, (β) εφαρμόζονται κατά τρόπο που δεν δημιουργεί διακρίσεις, (γ) είναι κατάλληλα για την επίτευξη αυτού του επιδιωκόμενου σκοπού και (δ) δεν είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού (βλ. ΔΕΚ απόφαση της 3η Φεβρουαρίου 1993 Vereniging Veronica Omroep Organisatie κατά Commissariaat voor de Media, C-148/91, σκ. 9, Dieter Kraus κατά Land Baden-Wurtemberg, C-19/92, σκ. 32). Με άλλα λόγια η αναθέτουσα αρχή είναι εκείνη που καθορίζει τις ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες, όμως και πρέπει να συνδέονται και να τελούν σε αναλογία προς το αντικείμενο της σύμβασης και να δικαιολογούνται από τη φύση και το σκοπό της συγκεκριμένης σύμβασης. Επίσης, ως παγίως γίνεται δεκτό, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να επιδιώκουν το ευρύτερο δυνατό άνοιγμα της αγοράς στον ανταγωνισμό με σκοπό την προσέλκυση ευρύτερου φάσματος δυνητικών υποψηφίων. Συνεπώς, προς διασφάλιση των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να θεσπίζουν κριτήρια που είναι αμερόληπτα, σαφή και πλήρη, και να αποφεύγουν την πρόβλεψη τυχόν περιορισμών συμμετοχής που δεν σχετίζονται με την καταλληλότητα του

οικονομικού φορέα, καθόσον έτσι θεσπίζονται αυθαίρετοι και μη συναρτώμενοι προς τις συνθήκες και το είδος της σύμβασης φραγμοί (βλ. απόφαση του ΔΕΕ της 19ης Μαΐου 2009 στην υπόθεση C-53/07, Assitur Srl κατά Camera di Commeráo, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, σκ. 16).

25. Επειδή, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει τα εξής «Οι αναφερόμενες στο κεφάλαιο αυτό τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης περιορίζουν ανατιολόγητα το διαγωνισμό, αφού θέτουν όρους και αριθμητικές τιμές οι οποίες:

α) θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας συγκεκριμένα προϊόντα και συγκεκριμένους κατασκευαστικούς οίκους έναντι αυτών της εταιρείας μας.

β) δεν είναι οι συνήθειες, δεν έχουν ιδιαίτερη τεχνολογική αξία, δεν τεκμηριώνεται επιστημονικά η αναγκαιότητα τους, προσβάλλοντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της αναλογικότητας.

γ) δεν είναι οι ελάχιστες αναγκαίες, αφού δεν κινούνται στο επίπεδο εκείνο στο οποίο το προϊόν/υπηρεσία είναι απλώς επαρκές και κατάλληλο για τον σκοπό για τον οποίο προορίζεται.

δ) δεν επιτρέπουν την υποβολή προσφοράς συστημάτων που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με άλλη μέθοδο ή τρόπο.

Συγκεκριμένα:

5.1. Προδιαγραφή 3 ΕΞΕΤΑΣΤΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ

Η διακήρυξη απαιτεί:

«Να περιλαμβάνεται ειδική τροχήλατη, αποσπώμενη από το Gantry εξεταστική τράπεζα με ενσωματωμένο το πηνίο της σπονδυλικής στήλης για την εύκολη προετοιμασία του εξεταζόμενου εκτός του χώρου του μαγνητικού τομογράφου. Η διαδικασία απομάκρυνσης και επανασύνδεσης της εξεταστικής τράπεζας με το gantry να γίνεται με ευκολία»

Η προδιαγραφή δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεσης σύμβασης, αφού δεν συνιστά

χαρακτηριστικό απολύτως αναγκαίο για το λειτουργικό σκοπό που καλύπτει και αποκλείει τη συμμετοχή της εταιρείας μας.

Η εταιρεία μας δεν διαθέτει κανένα σύστημα στην κατηγορία που προδιαγράφεται. Η εξεταστική τράπεζα που διαθέτουν τα προϊόντα μας έχουν ενσωματωμένο το πηνίο σπονδυλικής στήλης αλλά δεν είναι τροχήλατη και αποσπώμενη.

Συγκεκριμένα η απαίτηση της προδιαγραφής «για προσφορά ειδικής τροχήλατης, αποσπώμενης εξεταστικής τράπεζας με ενσωματωμένο το πηνίο της σπονδυλικής στήλης» δεν είναι αναγκαία αφού ο ίδιος σκοπός μπορεί να επιτευχθεί με ισοδύναμη λύση με ακριβώς το ίδιο αποτέλεσμα. Συγκεκριμένα η ζητούμενη λειτουργικότητά της μπορεί να επιτευχθεί αν αντί για αποσπώμενη εξεταστική τράπεζα χρησιμοποιηθεί ισοδύναμη λύση όπως η χρήση ειδικού φορείου μεταφοράς και προετοιμασίας του εξεταζόμενου συμβατού με χρήση σε περιβάλλον μαγνητικού τομογράφου. Η πρακτική αυτή είναι η συνήθης και ακολουθείται στη πλειοψηφία των τμημάτων μαγνητικής τομογραφίας.

Η προδιαγραφή συνεπώς προσβάλλει την αρχή της αναλογικότητας, περιορίζει αναίτια τον ανταγωνισμό συνδυάζοντας χωρίς να υπάρχει κανένας λόγος ή αιτιολογία την ανάγκη προετοιμασίας και μεταφοράς στον μαγνητικό τομογράφο ενός εξεταζόμενου με την ύπαρξη αποσπώμενης εξεταστικής τράπεζας με ενσωματωμένο εξεταστικό πηνίο.

Προκειμένου η προδιαγραφή να καλύψει την κλινική ανάγκη που είναι η προετοιμασία του εξεταζόμενου εκτός του χώρου του μαγνητικού τομογράφου και η μεταφορά του εντός του χώρου, μπορούσε να ζητήσει ισοδύναμο τρόπο δηλ. την προσφορά συμβατού φορείου μεταφοράς (αντί για ειδική αποσπώμενη τροχήλατη εξεταστική τράπεζα με ενσωματωμένο το πηνίο σπονδυλικής στήλης).

Η προδιαγραφή αυτή:

α) θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας τα προϊόντα της εταιρείας τα οποία διαθέτουν αποσπώμενη τροχήλατη εξεταστική τράπεζα με ενσωματωμένο πηνίο σπονδυλικής στήλης

β) δεν είναι συνήθης και δεν έχει ιδιαίτερη τεχνολογική αξία, δεν τεκμηριώνεται επιστημονικά η αναγκαιότητά της, προσβάλλοντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της αναλογικότητας, γιατί η επιδιωκόμενη λειτουργικότητα μπορεί να προσφερθεί και με εναλλακτικούς τρόπους που θα επέτρεπαν τη διεύρυνση του ανταγωνισμού.

γ) δεν είναι η ελάχιστη αναγκαία, αφού δεν κινείται στο επίπεδο εκείνο στο οποίο το προϊόν/υπηρεσία είναι απλώς επαρκές και κατάλληλο για τον σκοπό για τον οποίο προορίζεται (και το υπερβάλλον θα αποτυπωθεί στη βαθμολογία),

δ) δεν επιτρέπει την υποβολή προσφοράς συστημάτων που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με άλλη μέθοδο ή τρόπο.». Έτι περαιτέρω, προσθέτει με το υπόμνημά της τα κάτωθι «Προδιαγραφή 3 ΕΞΕΤΑΣΤΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ

Η απάντηση του Νοσοκομείου δεν αναιρεί τον ισχυρισμό της εταιρείας μας.

Το ότι υπάρχει μοντέλο μαγνητικού τομογράφου της εταιρείας μας που διαθέτει αποσπώμενη εξεταστική τράπεζα δεν καθιστά την προδιαγραφή αναγκαία. Ειδικότερα η χρήση της αποσπώμενης εξεταστικής τράπεζας για το Νοσοκομείο εξυπηρετεί τις κάτωθι ανάγκες όπως το Νοσοκομείο τις περιγράφει στην απάντησή του:

- Εύκολη τοποθέτηση των παιδιών εκτός του χώρου εξέτασης του μαγνητικού τομογράφου
- Πιθανή αναισθησία και ανάνηψη
- Άμεση μεταφορά επειγόντων περιστατικών
- Υποστήριξη από συνοδούς γονείς
- Μείωση των μετακινήσεων του εξεταζόμενου.

Όλες αυτές οι ανάγκες εξυπηρετούνται εξίσου με την προσφορά συμβατού φορείου μεταφοράς.

Η τοποθέτηση του παιδιού πάνω στο εξεταστικό τραπέζι αναπόφευκτα θα πραγματοποιηθεί σε κάποιο στάδιο της διαδικασίας για να καταστεί δυνατή η

εξέτασή του με τον μαγνητικό τομογράφο. Η τοποθέτηση εκτός ή εντός της εξεταστικής αίθουσας δεν αλλάζει όμως την ευκολία της διαχείρισής του.

Επιπλέον, επειδή ο χώρος εξέτασης με μαγνητικό τομογράφο είναι ελεγχόμενος για ασύμβατα υλικά με τις σχετικές σημάνσεις να τοποθετούνται τυπικά πάνω στην πόρτα του και με τους αντίστοιχους ελέγχους να πραγματοποιούνται αμέσως πριν την εισαγωγή στην εξεταστική αίθουσα η διαδικασία καθίσταται ασφαλέστερη αν ο εξεταζόμενος προετοιμαστεί σε εγγύτητα με το ελεγχόμενο περιβάλλον με υλικά συμβατά τα οποίο φυλάσσονται στο τμήμα μαγνητικής τομογραφίας.

Η ειδικότερη προετοιμασία του εξεταζόμενου όταν αυτή απαιτείται και η ανάνηψη, επίσης γίνονται εκτός του εξεταστικού χώρου για να μειωθεί στο ελάχιστο δυνατό ο χρόνος κατά τον οποίο ο μαγνητικός τομογράφος δεν είναι σε χρήση, όπως άλλωστε για παράδειγμα συμβαίνει και στις χειρουργικές επεμβάσεις, όπου η χειρουργική αίθουσα δεν χρησιμοποιείται και ως χώρος προετοιμασίας ή ανάνηψης.

Ο μαγνητικός τομογράφος δεν θεωρείται επείγουσα εξέταση και η μεταφορά σε αυτόν δεν γίνεται με διαδικασία επείγοντος περιστατικού. Η ταχύτητα της μεταφοράς όμως του όποιου περιστατικού προφανώς δεν εξαρτάται από την ύπαρξη αποσπώμενης τροχήλατης τράπεζας και καθίσταται ασύγκριτα ευκολότερη με ένα κατά πολύ ελαφρύτερο συμβατό φορείο. Να σημειώσουμε ότι μια εξεταστική τράπεζα με ενσωματωμένο πηνίο έχει βάρος που υπερβαίνει τα 200 κιλά, χωρίς να υπολογίζεται το βάρος του εξεταζομένου.

Η ψυχολογική υποστήριξη των παιδιατρικών εξεταζόμενων όταν αυτή κρίνεται απαραίτητη επίσης δεν εξαρτάται από την ύπαρξη ή μη αποσπώμενης εξεταστικής τράπεζας. Η μαγνητική τομογραφία δεν χρησιμοποιεί ιονίζουσα ακτινοβολία και η παρουσία του συνοδού ακόμα και καθ' όλη τη διάρκεια της εξέτασης είναι αποδεκτή και συνήθης, ειδικότερα σε περιπτώσεις παιδιατρικών εξετάσεων χωρίς νάρκωση.

Για εσωτερικούς μη περιπατητικούς εξεταζόμενους η μεταφορά με φορείο είναι προφανώς αναγκαία. Η εξεταστική τράπεζα δεν χρησιμοποιείται όμως ποτέ

για τη μεταφορά του εξεταζόμενου από το δωμάτιο νοσηλείας του καθώς αυτό θα σήμαινε ότι ο τομογράφος δεν θα μπορεί να χρησιμοποιείται για το διάστημα της μεταφοράς και ως εκ τούτου η εξεταστική τράπεζα δεν αποτελεί μέσο που εξυπηρετεί μετακινήσεις μεγάλης απόστασης. Συνεπώς και στις δυο περιπτώσεις, (σταθερής ή αποσπώμενης εξεταστικής τράπεζας) θα απαιτηθούν δυο μετακινήσεις του εξεταζόμενου, από το κρεβάτι νοσηλείας του σε φορείο μεταφοράς και από αυτό στην εξεταστική τράπεζα. Η μόνη διαφορά θα είναι το μέρος το οποίο θα πραγματοποιηθεί η δεύτερη μεταφορά (εντός ή εκτός της εξεταστικής αίθουσας). Για εξωτερικούς ή περιπατητικούς εξεταζόμενους προφανώς δεν απαιτείται ούτε η χρήση φορείου ούτε αποσπώμενης εξεταστικής τράπεζας.

Η αποσπώμενη εξεταστική τράπεζα σε ένα μαγνητικό τομογράφο είναι απαραίτητη σε ειδικές χρήσεις που δεν αποτελούν αντικείμενο του Νοσοκομείου (Intra operative MRI, MR Guided Focused Ultrasound treatment κ.α) και για αυτές τις χρήσεις υπάρχουν άλλα μοντέλα με αποσπώμενη τράπεζα.».

26. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αναφέρει συναφώς ότι «Προδιαγραφή 3
ΕΞΕΤΑΣΤΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ

Η διακήρυξη απαιτεί:

«Να περιλαμβάνεται ειδική τροχήλατη, αποσπώμενη από το Gantry εξεταστική τράπεζα με ενσωματωμένο το πηνίο της σπονδυλικής στήλης για την εύκολη προετοιμασία του εξεταζόμενου εκτός του χώρου του μαγνητικού τομογράφου.

Η διαδικασία απομάκρυνσης και επανασύνδεσης της εξεταστικής τράπεζας με το gantry να γίνεται με ευκολία.»

Αποψη[.].

Απάντηση Νοσοκομείου

Η ... δεν αποκλείεται του διαγωνισμού όπως εσφαλμένα ισχυρίζεται. Η ανωτέρω προδιαγραφή περιγράφει την κλινική απαίτηση του Νοσοκομείου η οποία καλύπτεται με το μοντέλο ... το οποίο περιλαμβάνει το ζητούμενο χαρακτηριστικό. Με την ζητούμενη αποσπώμενη τράπεζα γίνεται πιο εύκολη η

τοποθέτηση των παιδιών εκτός του χώρου εξέτασης του μαγνητικού τομογράφου, η πιθανή αναισθησία και ανάνηψη, όπως επίσης και η άμεση μεταφορά επειγόντων περιστατικών στον χώρο εξέτασης, χωρίς να απαιτείται η διπλή μετακίνηση από φορείο μεταφοράς στην εξεταστική τράπεζα του μαγνητικού τομογράφου. Είναι προφανές ότι η λύση αυτή εξυπηρετεί την λειτουργία και την παραγωγικότητα του τμήματος λόγω της ιδιαιτερότητας των εξεταζόμενων, όπου οι γονείς πολλές φορές καλούνται να βρίσκονται δίπλα στα παιδιά κατά την τοποθέτησή τους στην εξεταστική τράπεζα, η προετοιμασία τους γίνεται με μεγαλύτερη ευκολία και ασφάλεια αφού πραγματοποιείται εκτός του μαγνητικού πεδίου και ταυτόχρονα μειώνονται οι μετακινήσεις του εξεταζόμενου.

Οπότε η ... εσκεμμένα προσπαθεί να μειώσει προδιαγραφές προσφέροντας υποδεέστερο μοντέλο των προδιαγραφών.

...».

27. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ως προς τον συγκεκριμένο λόγο ότι «Η εταιρία ..., στην προσφυγή της υποστηρίζει ότι συγκεκριμένοι όροι της διακήρυξης ... του ... «...», που αφορούν τις τεχνικές προδιαγραφές του Μαγνητικού Τομογράφου «α) θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας συγκεκριμένα προϊόντα και συγκεκριμένους κατασκευαστικούς οίκους (προφανώς εννοεί την εταιρία μας, όπως προκύπτει σαφώς από το περιεχόμενο της προσφυγής) έναντι αυτών της ..., β) δεν είναι οι συνήθεις, δεν έχουν ιδιαίτερη τεχνολογική αξία, δεν τεκμηριώνεται επιστημονικά η αναγκαιότητά τους, προσβάλλοντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της αναλογικότητας. γ) δεν είναι οι ελάχιστες αναγκαίες, αφού δεν κινούνται στο επίπεδο εκείνο στο οποίο το προϊόν / υπηρεσία είναι απλώς επαρκές και κατάλληλο για τον σκοπό για τον οποίο προορίζεται, δ) δεν επιτρέπουν την υποβολή προσφοράς συστημάτων που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με άλλη μέθοδο ή τρόπο.»

Εν συνεχεία, η προσφεύγουσα παραθέτει 4 τεχνικές προδιαγραφές - όπως αυτές αναγράφονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι - Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης, ΜΕΡΟΣ Α- ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ- ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ-, οι οποίες όπως υποστηρίζει «δεν συνιστούν

ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, αφού δεν συνιστούν χαρακτηριστικό απολύτως αναγκαίο για το λειτουργικό σκοπό που καλύπτει και αποκλείουν τη συμμετοχή της»

Συγκεκριμένα:

(α) ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 3: ΕΞΕΤΑΣΤΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ, «Να περιλαμβάνεται ειδική τροχήλατη, αποσπώμενη από το Gantry εξεταστική τράπεζα με ενσωματωμένο το πηνίο της σπονδυλικής στήλης για την εύκολη προετοιμασία του εξεταζόμενου εκτός του χώρου του μαγνητικού τομογράφου. Η διαδικασία απομάκρυνσης και επανασύνδεσης της εξεταστικής τράπεζας με το gantry να γίνεται με ευκολία»

Επί των αιτιάσεων της προσφεύγουσας ότι η παραπάνω προδιαγραφή δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεσης σύμβασης, αφού δεν συνιστά χαρακτηριστικό απολύτως αναγκαίο για το λειτουργικό σκοπό και ότι θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας τα μηχανήματα της εταιρίας ..., κι επί του συνόλου των ισχυρισμών της, λεκτέα τα ακόλουθα:

Η ... υποστηρίζει στην προσφυγή της ότι: «εταιρεία μας δεν διαθέτει κανένα σύστημα στην κατηγορία που προδιαγράφεται. Η εξεταστική τράπεζα που διαθέτουν τα προϊόντα μας έχουν ενσωματωμένο το πηνίο σπονδυλικής στήλης αλλά δεν είναι τροχήλατη και αποσπώμενη.. Συγκεκριμένα η απαίτηση της προδιαγραφής «για προσφορά ειδικής τροχήλατης, αποσπώμενης εξεταστικής τράπεζας με ενσωματωμένο το πηνίο της σπονδυλικής στήλης» δεν είναι αναγκαία αφού ο ίδιος σκοπός μπορεί να επιτευχθεί με ισοδύναμη λύση με ακριβώς το ίδιο αποτέλεσμα. Συγκεκριμένα η ζητούμενη λειτουργικότητά της μπορεί να επιτευχθεί αν αντί για αποσπώμενη εξεταστική τράπεζα χρησιμοποιηθεί ισοδύναμη λύση όπως η χρήση ειδικού φορείου μεταφοράς και προετοιμασίας του εξεταζόμενου συμβατού με χρήση σε περιβάλλον μαγνητικού τομογράφου. Η πρακτική αυτή είναι η συνήθης και ακολουθείται στη πλειοψηφία των τμημάτων μαγνητικής τομογραφίας.

Η προδιαγραφή συνεπώς προσβάλλει την αρχή της αναλογικότητας, περιορίζει αναίτια τον ανταγωνισμό συνδυάζοντας χωρίς να υπάρχει κανένας λόγος ή αιτιολογία την ανάγκη προετοιμασίας και μεταφοράς στον μαγνητικό τομογράφο ενός εξεταζόμενου με την ύπαρξη αποσπώμενης εξεταστικής τράπεζας με ενσωματωμένο εξεταστικό πηνίο.

Προκειμένου η προδιαγραφή να καλύψει την κλινική ανάγκη που είναι η προετοιμασία του εξεταζόμενου εκτός του χώρου του μαγνητικού τομογράφου και η μεταφορά του εντός του χώρου, μπορούσε να ζητήσει ισοδύναμο τρόπο δηλ την προσφορά συμβατού φορείου μεταφοράς (αντί για ειδική αποσπώμενη τροχήλατη εξεταστική τράπεζα με ενσωματωμένο το πηνίο σπονδυλικής στήλης).

Λαμβάνοντας υπόψιν ότι το συγκεκριμένο σύστημα μαγνητικού τομογράφου πρόκειται να εγκατασταθεί σε παιδιατρικό Νοσοκομείο όπου απαιτείται ειδική προετοιμασία του εξεταζόμενου και πιθανή αναισθησία θα πρέπει να προδιαγραφεί ένα σύγχρονο σύστημα Μαγνητικού τομογράφου το οποίο θα περιλαμβάνει όλα εκείνα τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά για την ασφαλή, ταχεία και ταυτόχρονα υψηλής ποιότητας εξέταση. Η αποσπώμενη εξεταστική τράπεζα είναι ένα απ' αυτά. Έτσι η προετοιμασία των παιδιών γίνεται πολύ πιο εύκολα και γρήγορα εκτός του χώρου του μαγνητικού τομογράφου, δηλαδή εκτός του μαγνητικού πεδίου, με μεγαλύτερη άνεση και ασφάλεια, παρουσία των οικείων του, (η οποία κρίνεται απαραίτητη ειδικά εάν λάβουμε υπόψιν μας την μικρή ηλικία των παιδιών), αφού δεν απαιτούνται οι ιδιαίτερες προφυλάξεις που λαμβάνονται εντός του χώρου εξέτασης λόγω του μαγνητικού πεδίου. Επιπροσθέτως, η μεταφορά επειγόντων περιστατικών στον χώρο εξέτασης γίνεται απευθείας με την αποσπώμενη εξεταστική τράπεζα, χωρίς να απαιτείται η μεταφορά από φορείο μεταφοράς στην εξεταστική τράπεζα του μαγνητικού τομογράφου. Επομένως, η ειδική τροχήλατη-αποσπώμενη εξεταστική τράπεζα όχι μόνο δεν αποτελεί επουσιώδες χαρακτηριστικό ενός μαγνητικού τομογράφου, αλλά καθίσταται και απαραίτητη ειδικά για ένα Νοσοκομείο Παίδων, το οποίο απευθύνεται σε άτομα πολύ νεαρής ηλικίας, των οποίων η σωματική και οργανική ανάπτυξη είναι ακόμα σε εξέλιξη και για το λόγο αυτό κρίνεται αναγκαίο η παραμονή τους εντός του Μαγνητικού Τομογράφου να περιορίζεται

στο ελάχιστο. Συνεπώς, από την ιδιαιτερότητα αυτών των εξεταζομένων παιδιών, καθίσταται απαραίτητο χαρακτηριστικό του προσφερόμενου συστήματος η αποσπώμενη εξεταστική τράπεζα λόγω μείωσης τόσο του χρόνου προετοιμασίας της εξέτασης, όσο και περιορισμού της ακτινοβολίας εντός του χώρου αυτής. Παράλληλα η προδιαγραφή αυτή συντελεί στο να επιτυγχάνεται η μείωση του χρόνου προετοιμασίας προς διενέργεια της εξέτασης και ως εκ τούτου η πραγματοποίηση περισσότερων εξετάσεων σε μικρότερο χρονικό διάστημα, κάτι που είναι προς όφελος, τόσο των εξεταζομένων, όσο και του ιδίου του Νοσοκομείου. Από τα ανωτέρω είναι προφανές ότι η λειτουργικότητα και η παραγωγικότητα του τμήματος αυξάνεται και ταυτόχρονα διασφαλίζεται η καλύτερη, ταχύτερη και ασφαλέστερη τοποθέτηση των εξεταζόμενων για την εξέταση.

Η τεχνολογία αυτή παρέχεται και από την εταιρία ... με το μοντέλο ..., το οποίο πληροί τη συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή. Παραθέτουμε, χαρακτηριστικά, link από το επίσημο site της προσφεύγουσας όπου παρουσιάζεται το ... με αποσπώμενη εξεταστική τράπεζα

...

ΠΑΡΑΤΙΘΕΤΑΙ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗ

Είναι προφανές, επομένως, πως η ... δεν αποκλείεται από τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό όπως εσφαλμένα ισχυρίζεται, καθότι διαθέτει το μοντέλο ..., το οποίο πληροί τη συγκεκριμένη προδιαγραφή. Προφανώς, η προσφεύγουσα προσπαθεί να επιτύχει μείωση των ελάχιστων τεχνικών προδιαγραφών, προκειμένου να προσφέρει υποδεέστερο μοντέλο αποσκοπώντας σε ίδιον οικονομικό όφελος!

Συνεπώς αβάσιμος και απορριπτέος κρίνεται ο παραπάνω λόγος.».

28. Επειδή, καταρχήν από τους προβαλλόμενους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής και παρεμβαίνουσας προκύπτει ότι η προσφεύγουσα διαθέτει μαγνητικό τομογράφο, με την θιγόμενη προδιαγραφή, γεγονός που συνομολογεί και η ίδια με το υπόμνημά της ανασκευάζοντας αντίθετη δήλωσή της με την ασκηθείσα προσφυγή. Ως εκ τούτου, καθόσον εκλείπει η αδυναμία

πλήρωσης με συγκεκριμένο μηχάνημα της εν θέματι προδιαγραφής, δεν θεμελιώνεται και το έννομο συμφέρον της να την προσβάλει, εφόσον δεν υφίσταται ζημία και ειδικότερα δεν προκύπτει ότι αποκλείεται η συμμετοχή της. Επομένως, ο δεύτερος λόγος προσφυγής απορρίπτεται ως απαράδεκτος.

29. Επειδή, όλως επικουρικώς, η αναθέτουσα αρχή τεκμηριώνει κατά τρόπο εναργή και επαρκή την ανάγκη που καλύπτει η συγκεκριμένη προδιαγραφή κι επομένως την σκοπιμότητα θέσπισής της, στον σκληρό «πυρήνα» της οποίας δεν δύναται να υπεισέλθει η ΑΕΠΠ. Ειδικότερα, η ΑΕΠΠ δύναται κατά τον έλεγχο ουσίας να κρίνει τις τεχνικές κρίσεις που έχει ήδη διατυπώσει η αναθέτουσα αρχή εκτός της σκοπιμότητας θέσπισης των οικείων τεχνικών προδιαγραφών (καθόσον, ως παγίως γίνεται αποδεκτό, η αναθέτουσα αρχή γνωρίζει καλύτερα τις ανάγκες της) και να ελέγχει την ενδεχόμενη υπέρβαση των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής να θεσπίζει αυτές, και το κατά πόσο συνάδουν με τις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της αναλογικότητας, με γνώμονα το ότι η υγεία και η ζωή των ανθρώπων κατέχουν πρωταρχική θέση μεταξύ των προστατευόμενων από τη Συνθήκη ΛΕΕ αγαθών και συμφερόντων και του Συντάγματος (βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 11ης Σεπτεμβρίου 2008, Επιτροπή κατά Γερμανίας, C-141/07, EU:C:2008:492, σκέψη 51, της 19ης Μαΐου 2009, Apothekerkammer des Saarlandes κ.λπ., C-171/07 και C-172/07, EU:C:2009:316, σκέψη 19, της 21ης Ιουνίου 2012, Susisalo κ.λπ., C-84/11, EU:C:2012:374, σκέψη 28, της 5ης Δεκεμβρίου 2013, Venturini κ.λπ., C-159/12 έως C-161/12, EU:C:2013:791, σκέψη 59, και της 19ης Οκτωβρίου 2016, Deutsche Parkinson Vereinigung, C-148/15, EU:C:2016:776, σκέψη 30, C-296/15, Medisanus d.o.o. της 8ης Ιουνίου 2017, σκ. 82). Προκειμένου, ωστόσο, να καταστεί δυνατός ο έλεγχος αυτός θα πρέπει η αναθέτουσα αρχή να αιτιολογεί τις επιλογές της σε σχέση με τις ανάγκες της και τον σκοπό που καλούνται αυτές να υπηρετήσουν ώστε να μπορεί να δικαιολογηθούν οι επίμαχοι όροι μόνον εφόσον είναι πρόσφοροι για την επίτευξη του επιδιωκόμενου θεμιτού σκοπού και δεν υπερβαίνουν το αναγκαίο για την επίτευξη του σκοπού αυτού μέτρο, γεγονός που πληρούται εν προκειμένω με

την παρασχεθείσα αιτιολογία. Επισημαίνεται, δε, όλως επικουρικώς, ότι η έννοια του ισοδυνάμου αφορά την αναφορά σε συγκεκριμένο προϊόν ή εμπορικό σήμα και δεν δύναται να αποτελέσει θεμέλιο αμφισβήτησης της αιτιολογημένα σκοπούμενης ειδικότερης προδιαγραφής, επί τω τέλει κάλυψης των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, καθόσον το ισοδύναμο αφορμάται από την απαιτούμενη χρήση και τις εξειδικευμένες ανάγκες που καλείται συγκεκριμένο προϊόν να καλύψει κατά περίπτωση.

30. Επειδή, με τον τρίτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει τα εξής «5.2. Προδιαγραφή 7 ΠΗΝΙΑ

Η διακήρυξη απαιτεί:

«Συνολικός αριθμός στοιχείων πηνίων (Coil elements) που μπορούν ταυτόχρονα να συνδεθούν στο προσφερόμενο σύστημα. >128»

Η προδιαγραφή δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεσης σύμβασης, αφού δεν συνιστά χαρακτηριστικό απολύτως αναγκαίο για το λειτουργικό σκοπό που καλύπτει.

Η προδιαγραφή χρησιμοποιεί έναν αυθαίρετο αριθμό για να περιγράψει μια κλινική ανάγκη, αυτή της ταυτόχρονης σύνδεσης πηνίων. Επιπλέον ο αριθμός που επιλέχθηκε δεν συνάδει με τις λοιπές προδιαγραφές των πηνίων που ζητούνται.

Η ύπαρξη ενός οποιουδήποτε αριθμού στοιχείων πηνίων που μπορούν ταυτόχρονα να συνδεθούν σε ένα σύστημα μαγνητικής τομογραφίας δεν υποδηλώνει κανένα χρήσιμο χαρακτηριστικό για τη λειτουργικότητά του. Ένας μαγνητικός τομογράφος εξοπλίζεται με πηνία για δεδομένες ανατομικές περιοχές και στρατηγικές εξετάσεων. Το καθένα από αυτά τα πηνία απαιτεί ελάχιστο αριθμό συνδέσεων με το σύστημα μαγνητικής τομογραφίας που ισούται με τον αριθμό ανεξαρτήτων καναλιών του. Οι δυνατοί συνδυασμοί πηνίων δεν δηλώνονται από τον αριθμό στοιχείων που μπορούν να συνδεθούν ταυτόχρονα καθώς εξαρτώνται από τη συμβατότητα των πηνίων αυτών μεταξύ τους.

Η πραγματική κλινική ανάγκη είναι η ταυτόχρονη χρήση πηνίων για συγκεκριμένες στρατηγικές εξετάσεων που συνδυάζουν διαφορετικές ανατομικές

περιοχές και απαιτούν για συγκεκριμένους λόγους που επιβάλλει το εξεταστικό πρωτόκολλο την πραγματοποίησή τους χωρίς την παύση της εξέτασης για επανατοποθέτηση του εξεταζόμενου ή του πηνίου.

Σύμφωνα με την προδιαγραφή οι μόνοι πραγματικοί συνδυασμοί πηνίων που μπορούν να πραγματοποιηθούν επί τη βάσει υπαρκτού εξεταστικού πρωτοκόλλου είναι αυτοί των πηνίων κεφαλής αυχένα, σπονδυλικής στήλης και θώρακα, άνω & κάτω κοιλίας. Δεν υφίσταται κανένα εξεταστικό πρωτόκολλο που να επιβάλλει τη συνδυαστική χρήση πηνίων μυοσκελετικού ή παιδιατρικών εφαρμογών. Ο συνολικός αριθμός στοιχείων των ανωτέρω πηνίων σύμφωνα με τις προδιαγραφές είναι 68.

Η προδιαγραφή αυτή:

α) θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας τα προϊόντα της εταιρείας τα οποία λόγω της τεχνολογικής τους προσέγγισης διαθέτουν έναν μεγάλο αριθμό ταυτόχρονα συνδεδεμένων στοιχείων πηνίων που όμως δεν προσφέρει κανένα ουσιαστικό κλινικά πλεονέκτημα. Στην προδιαγραφή έπρεπε να περιγράφεται η πραγματική κλινική ανάγκη δηλ. ο αριθμός των ταυτόχρονα συνδεδεμένων και συνεργαζόμενων πηνίων επί πραγματικών εξεταστικών σεναρίων. Επιπλέον, η αυθαίρετη τιμή 128 πηνίων δεν σχετίζεται με τις απαιτήσεις που δημιουργούν τα προδιαγραφόμενα πηνία καθώς θα έπρεπε να υπάρχει κλινικό σενάριο που θα απαιτούσε την ταυτόχρονη εξέταση κεφαλής/ αυχένα, σπονδυλικής στήλης, κοιλίας, αρθρώσεως του γόνατος, καθώς και άλλων αρθρώσεων το οποίο και δεν υπάρχει αλλά και το άθροισμα των στοιχείων όλων αυτών των πηνίων δεν φτάνει τον αριθμό 128. β) δεν είναι συνήθης και δεν έχει ιδιαίτερη τεχνολογική αξία, δεν τεκμηριώνεται επιστημονικά η αναγκαιότητα της, προσβάλλοντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της αναλογικότητας, όπως αναφέρεται ανωτέρω στο στοιχείο α γ) δεν είναι η ελάχιστη αναγκαία, αφού δεν κινείται στο επίπεδο εκείνο στο οποίο το προϊόν/υπηρεσία είναι απλώς επαρκές και κατάλληλο για τον σκοπό για τον οποίο προορίζεται (και το υπερβάλλον θα αποτυπωθεί στη βαθμολογία),

δ) δεν επιτρέπει την υποβολή προσφοράς συστημάτων που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με άλλη μέθοδο ή τρόπο». Περαιτέρω, με το υπόμνημά της αναφέρει τα κάτωθι «ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 7 ΠΗΝΙΑ

Το Νοσοκομείο στην απάντησή του συγχέει δυο διαφορετικές προδιαγραφές που σχετίζονται με το σύστημα ραδιοσυχνοτήτων και τον αριθμό καναλιών αυτού.

Η προδιαγραφή 6 περιγράφει τον αριθμό ανεξάρτητων καναλιών λήψης ο οποίος απαιτείται να ισούται κατ' ελάχιστο με 30. Ο αριθμός αυτός περιγράφει τον αριθμό καναλιών που το σύστημα μπορεί να χρησιμοποιήσει ταυτόχρονα στην παραγωγή μιας μοναδικής εικόνας. Όσο μεγαλύτερος ο αριθμός αυτός τόσο ισχυρότερο θεωρείται το σύστημα μαγνητικής τομογραφίας. Σε κάθε περίπτωση ο αριθμός αυτός θα πρέπει να υπερκαλύπτει τον ζητούμενο αριθμό καναλιών κάθε πηνίου ή συνδυασμού αυτών που μπορεί να χρησιμοποιηθεί σε ένα απεικονιστικό πεδίο.

Η προδιαγραφή 7 περιγράφει το συνολικό αριθμό στοιχείων πηνίων (coil elements) που μπορούν ταυτόχρονα να συνδεθούν στο προσφερόμενο σύστημα. Προφανώς ο αριθμός αυτός είναι κατ' ελάχιστο ίσος με τον αριθμό ανεξάρτητων καναλιών της προδιαγραφής 6. Δύναται επίσης να είναι μεγαλύτερος για να επιτρέψει την σύνδεση περισσότερων του ενός πηνίων, όχι για την εξέταση μιας μόνο ανατομικής περιοχής (όπου εκεί δεν μπορούν να χρησιμοποιηθούν περισσότερα κανάλια από τα ανεξάρτητα) αλλά για συνδυαστικές εξετάσεις περισσότερων ανατομικών περιοχών, για παράδειγμα εξετάσεις εγκεφάλου, αυχενικής και θωρακικής μοίρας της σπονδυλικής στήλης που απαιτείται συχνά σε ασθενείς με σκλήρυνση κατά πλάκας (συνδυασμός πηνίων εγκεφάλου - αυχένα και σπονδυλικής στήλης).

Στην προσφυγή μας ζητήσαμε να αντικατασταθεί ο ελάχιστος αριθμός ταυτόχρονα συνδεόμενων στοιχείων πηνίων με έναν ελάχιστο αριθμό ταυτόχρονα συνδεόμενων πηνίων καθώς ο δεύτερος σχετίζεται ορθότερα με την κλινική ανάγκη που η προδιαγραφή προσπαθεί να περιγράψει. Επισημάναμε επίσης ότι ο αριθμός 128 που έχει επιλεγεί δεν αντιστοιχεί στους αριθμούς καναλιών των πηνίων που ζητείται να προσφερθούν με το σύστημα.

Το Νοσοκομείο φαίνεται ότι συγχέει δυο διαφορετικές παραμέτρους καθώς σύνδεση πηνίων με περισσότερα από τα προδιαγραφόμενα κανάλια ως αντικείμενο μελλοντικής αναβάθμισης υλικού θα απαιτούσε αναβάθμιση του αριθμού ανεξάρτητων καναλιών της προδιαγραφής 6 και όχι αυτού της προδιαγραφής 7. Δηλαδή μελλοντική προσφορά ενός πηνίου κοιλίας 60 καναλιών που υπάρχει και σήμερα στην αγορά, απαιτεί κατ' ελάχιστο 60 ανεξάρτητα κανάλια και όχι 128 ταυτόχρονα συνδεόμενα στοιχεία πηνίων και συνεπώς η συμβατότητά του με το σύστημα θα απαιτούσε αναβάθμιση του αριθμού ανεξάρτητων καναλιών της προδιαγραφής 6 από 30 σε 60. Καθώς το Νοσοκομείο αναφέρει ότι αποτελεί σημαντική παράμετρο η μελλοντική αναβάθμιση του συστήματος στο σύστημα ραδιοσυχνοτήτων και πηνίων, προτείνουμε για να εξασφαλιστεί σχετικά με τη διαθεσιμότητά της, να τη συμπεριλάβει στις προδιαγραφές.

Επίσης ο αριθμός 128 που υποδεικνύει το Νοσοκομείο για τον τομογράφο ... είναι ο αριθμός ανεξάρτητων καναλιών του εν λόγω συστήματος και αποτελεί το υψηλότερο επίπεδο στην τεχνολογία ραδιοσυχνοτήτων μαγνητικής τομογραφίας σήμερα σε τομογράφους 1.5 Δηλαδή το Νοσοκομείο ζητά να προσφέρουμε έναν τομογράφο 128 ανεξάρτητων καναλιών λήψης (που προορίζεται για άλλη χρήση) ως ισοδύναμο με τον ζητούμενο των 30 ανεξάρτητων καναλιών λήψης μόνο και μόνο επειδή στην προδιαγραφή 7 χρησιμοποιεί έναν αριθμό που ευνοεί συστήματα άλλης εταιρείας, αντί ενός αριθμού ταυτόχρονα συνδεόμενων πηνίων που είναι αναγκαίος για να εξυπηρετήσει τις εξετάσεις που συνδυάζουν περισσότερες της μιας ανατομικές περιοχές».

31. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει με τις απόψεις της τα εξής
«Προδιαγραφή 7 ΠΗΝΙΑ

Η διακήρυξη απαιτεί:

«Συνολικός αριθμός στοιχείων πηνίων (Coilelements) που μπορούν ταυτόχρονα να συνδεθούν στο προσφερόμενο σύστημα. >128»

Αποψη[.] Απάντηση Νοσοκομείου

Λαμβάνοντας υπόψη ότι ο Μαγνητικός τομογράφος που θα εγκατασταθεί στο Νοσοκομείο μας θα παραμείνει για ένα μεγάλο χρονικό διάστημα και θα πρέπει να είναι έτοιμος να δεχθεί μελλοντικές αναβαθμίσεις σε υλικό αλλά και λογισμικό, η προσφερόμενη πλατφόρμα θα πρέπει να είναι έτοιμη να δεχθεί τις αναβαθμίσεις αυτές χωρίς επιπρόσθετο κόστος αναβάθμισης. Άλλωστε ο προδιαγραφόμενος αριθμός καναλιών των πηνίων είναι ο ελάχιστος ζητούμενος και το σύστημα θα πρέπει να είναι έτοιμο να δεχθεί πηνία με ακόμα περισσότερα κανάλια.

Και σε αυτό το σημείο η ... προσπαθεί να μειώσει τις προδιαγραφές του ζητούμενου μαγνητικού τομογράφου.

Παραθέτουμε ακολούθως απόσπασμα από το ... του ... όπου γίνεται σαφή αναφορά σε 128 κανάλια.

...

ΠΑΡΑΤΙΘΕΤΑΙ ΑΠΟΣΠΑΣΜΑ ΣΤΗΝ ΑΓΓΛΙΚΗ».

32. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει συναφώς τα κάτωθι «Και για την προδιαγραφή αυτή όπως και στην προηγούμενη η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεσης σύμβασης, αφού δεν συνιστά χαρακτηριστικό απολύτως αναγκαίο για το λειτουργικό σκοπό και ότι θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας τα μηχανήματα της εταιρίας Επί του συνόλου των ισχυρισμών της, λεκτέα τα ακόλουθα:

Πιο συγκεκριμένα η ... υποστηρίζει ότι: «Η προδιαγραφή χρησιμοποιεί έναν αυθαίρετο αριθμό για να περιγράψει μια κλινική ανάγκη, αυτή της ταυτόχρονης σύνδεσης πηνίων. Επιπλέον ο αριθμός που επιλέχθηκε δεν συνάδει με τις λοιπές προδιαγραφές των πηνίων που ζητούνται.

Η ύπαρξη ενός οποιουδήποτε αριθμού στοιχείων πηνίων που μπορούν ταυτόχρονα να συνδεθούν σε ένα σύστημα μαγνητικής τομογραφίας δεν υποδηλώνει κανένα χρήσιμο χαρακτηριστικό για τη λειτουργικότητά του. Ένας μαγνητικός τομογράφος εξοπλίζεται με πηνία για δεδομένες ανατομικές περιοχές και στρατηγικές εξετάσεων. Το καθένα από αυτά τα πηνία απαιτεί ελάχιστο

αριθμό συνδέσεων με το σύστημα μαγνητικής τομογραφίας που ισούται με τον αριθμό ανεξαρτήτων καναλιών του. Οι δυνατοί συνδυασμοί πηνίων δεν δηλώνονται από τον αριθμό στοιχείων που μπορούν να συνδεθούν ταυτόχρονα καθώς εξαρτώνται από τη συμβατότητα των πηνίων αυτών μεταξύ τους.

Η πραγματική κλινική ανάγκη είναι η ταυτόχρονη χρήση πηνίων για συγκεκριμένες στρατηγικές εξετάσεων που συνδυάζουν διαφορετικές ανατομικές περιοχές και απαιτούν για συγκεκριμένους λόγους που επιβάλλει το εξεταστικό πρωτόκολλο την πραγματοποίησή τους χωρίς την παύση της εξέτασης για επανατοποθέτηση του εξεταζόμενου ή του πηνίου. Σύμφωνα με την προδιαγραφή οι μόνοι πραγματικοί συνδυασμοί πηνίων που μπορούν να πραγματοποιηθούν επί τη βάση υπαρκτού εξεταστικού πρωτοκόλλου είναι αυτοί των πηνίων κεφαλής αυχένα, σπονδυλικής στήλης και θώρακα, άνω & κάτω κοιλίας. Δεν υφίσταται κανένα εξεταστικό πρωτόκολλο που να επιβάλλει τη συνδυαστική χρήση πηνίων μυοσκελετικού ή παιδιατρικών εφαρμογών. Ο συνολικός αριθμός στοιχείων των ανωτέρω πηνίων σύμφωνα με τις προδιαγραφές είναι 68.»

Οι ανωτέρω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι ανίσχυροι διότι όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω οι προδιαγραφές του Νοσοκομείου προσπαθούν να καλύψουν τις ειδικές ανάγκες ενός εξειδικευμένου παιδιατρικού Νοσοκομείου, αλλά ταυτόχρονα το σύστημα που θα εγκατασταθεί να μπορεί να υποστηρίξει μελλοντικά πολυκάναλα πηνία χωρίς να απαιτηθεί επιπρόσθετο κόστος αναβάθμισης του Μαγνητικού Τομογράφου πάρα μόνο η εγκατάσταση νέων πηνίων. Ειδικότερα η απαίτηση αυτή κρίνεται απαραίτητη καθώς αφορά την δυνατότητα του συστήματος να πραγματοποιεί ολόσωμη μαγνητική τομογραφία όχι μόνο με τα ελάχιστα ζητούμενα κριτήρια για τα πηνία, αλλά και για μελλοντική αναβάθμιση του συστήματος με πολυκάναλα πηνία, δεδομένου ότι το σύστημα θα παραμένει για μεγάλο χρονικό διάστημα στην υπηρεσία του νοσοκομείου.

Το σκεπτικό της ... ότι: "Ο συνολικός αριθμός στοιχείων των ανωτέρω πηνίων σύμφωνα με τις προδιαγραφές είναι 68" είναι αβάσιμο καθώς ο προδιαγραφόμενος από την διακήρυξη αριθμός καναλιών των πηνίων είναι ο

ελάχιστος ζητούμενος καθότι το σύστημα θα πρέπει να είναι έτοιμο να δεχθεί πηνία με ακόμη περισσότερα κανάλια.

Στο σημείο αυτό πρέπει να σημειωθεί, εκ νέου, ότι η ... διαθέτει το μοντέλο ... το οποίο πληροί και αυτή την τεχνική προδιαγραφή καθότι διαθέτει συνολικό αριθμό πηνίων, που μπορούν να συνδεθούν ταυτόχρονα στο σύστημα, 128.

Χαρακτηριστικά αναφέρουμε ότι στον επίσημο ιστότοπο της ...

...αναφέρεται ευκρινώς ότι το σύστημα διαθέτει έως 128 RF κανάλια. Αυτό έρχεται σε αντίφαση με όσα αναγράφονται από την ... στην προσφυγή της στην συγκεκριμένη παράγραφο. Παραθέτουμε κάτωθι το αντίστοιχο χαρακτηριστικό απόσπασμα από το site της ... που καταρρίπτει τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας:

"Total Digital Imaging (TDI)

The ... offers startling advances in imaging and a total imaging win with TDI.

... 's Direct Digital Interface (DDI) employs an independent analog-to-digital converter to digitize inputs from each of up to 128 RF channels, eliminating unnecessary noise enhancement."

Μετάφραση

Ολική ψηφιακή απεικόνιση (TDI)

Το ...TM προσφέρει εκπληκτικές προόδους στην απεικόνιση και μια συνολική νίκη απεικόνισης με το TDI.

Η άμεση ψηφιακή διασύνδεση (DDI) της ... χρησιμοποιεί έναν ανεξάρτητο μετατροπέα αναλογικού σε ψηφιακό για να ψηφιοποιεί εισόδους από καθένα από έως και 128 κανάλια EP, εξαλείφοντας την περιττή βελτίωση του θορύβου."

Επομένως, είναι προφανές ότι παρόλο που η προσφεύγουσα πληροί ΚΑΙ αυτή την τεχνική προδιαγραφή, το αποκρύπτει ισχυριζόμενη το αντίθετο, και άρα δεν αποκλείεται, όπως υποστηρίζει, από τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Προφανώς, προσπαθεί να επιτύχει μείωση των ελάχιστων τεχνικών προδιαγραφών. προκειμένου να προσφέρει υποδεέστερο μοντέλο αποσκοπώντας σε ίδιον οικονομικό όφελος! ».

33. Επειδή, από το σύνολο των εκατέρωθεν αιτιάσεων προκύπτει καταρχήν ότι ισχύουν *mutatis mutandis* τα κριθέντα υπό σκέψη 28 ως προς την έλλειψη εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας καθόσον καταρχήν καλύπτει την εν λόγω προδιαγραφή. Σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή, αιτιολογώντας την θέσπισή της, εστιάζει στην δυνατότητα αναβαθμίσεων που πρέπει να εξασφαλιστεί προεχόντως λόγω του γεγονότος ότι πρόκειται για νοσοκομείο παιδών. Και όντως, το πλήθος των πηνίων που δύνανται να συνδεθούν όπως και το πλήθος των καναλιών μετάδοσης ραδιοπαλμού συνδέονται με τις μελλοντικές αναβαθμίσεις του μαγνητικού τομογράφου, υπό την έννοια της δυνατότητας προσαρμογής περισσότερων πηνίων. Περαιτέρω, το πλήθος των πηνίων αυξάνει την τιμή του λόγου σήματος προς θόρυβο (SNR) διευρύνοντας το πλήθος των περιοχών του ανθρωπίνου σώματος προς εξέταση, με αποτέλεσμα την επίτευξη μεγαλύτερης ευκρίνειας στις απεικονίσεις παιδιών και κυρίως νεογνών (βλ. Τεχνική Έκθεση Ειδικού Επιστήμονα ΑΕΠΠ Δρ. Η. Χατζηλία). Επομένως, η αιτιολογία της αναθέτουσας αρχής παρίσταται επαρκής και καταρχήν σύμφωνη με την σχετική επιστημονική βιβλιογραφία. Συνεπώς, δευτερευόντως, ο προβαλλόμενος λόγος απορρίπτεται και ως αβάσιμος.

34. Επειδή, με τον τέταρτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει τα εξής «5.3. Προδιαγραφή 7 ΠΗΝΙΑ

Η διακήρυξη απαιτεί:

«Εξειδικευμένο πηνίο για βρέφη για εξετάσεις κεφαλής / αυχένα. Αριθμός ανεξάρτητων καναλιών: >15»

Η προδιαγραφή δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεσης σύμβασης, αφού δεν συνιστά χαρακτηριστικό απολύτως αναγκαίο για το λειτουργικό σκοπό που καλύπτει.

Τα προϊόντα της εταιρείας μας δεν διαθέτουν εξειδικευμένο πηνίο για βρέφη για εξετάσεις κεφαλής αυχένα.

Η μονοδιάστατη απαίτηση για «εξειδικευμένο» πηνίο δεν επιτρέπει την προσφορά ισοδύναμων λύσεων, όπως γίνεται για όλα τα υπόλοιπα ζητούμενα πηνία.

Με απλά λόγια το πηνίο είναι μια συσκευή συλλογής σήματος, η οποία πρέπει να προσαρμόζεται στις ιδιαιτερότητες και διαστάσεις της εξεταζόμενης περιοχής και χαρακτηρίζεται τεχνικά και από τον αριθμό ανεξάρτητων καναλιών που διαθέτει.

Η σημερινή τεχνολογία πηνίων επιβάλλει την συνδυαστική χρήση διάφορων τέτοιων συσκευών για την επίτευξη της κλινικής εφαρμογής. Τα εξειδικευμένα πηνία για μία και μόνο εξεταστική εφαρμογή ήταν μέρος της παλαιότερης και σήμερα αναχρονιστικής τεχνολογίας μαγνητικής τομογραφίας (εξειδικευμένα πηνία θώρακα, άνω και κάτω κοιλίας, κεφαλής, σπονδυλικής στήλης κ.α.) που δεν συνεργάζονταν μεταξύ τους για την επίτευξη μια συνδυαστικής εφαρμογής όπως ολόκληρου του κεντρικού νευρικού συστήματος, ολοσωματικής απεικόνισης κ.α).

Τα προϊόντα της εταιρείας μας διαθέτουν ειδική συσκευή τοποθέτησης βρεφών η οποία προσφέρει την επιπλέον δυνατότητα προσαρμογής της στο μέγεθος του βρέφους / παιδιού. Αυτό είναι σημαντικό πλεονέκτημα αφού τα τυπικά «εξειδικευμένα» πηνία είναι πηνία σκληρού κελύφους χωρίς μεταβλητότητα στις διαστάσεις τους. Επιπλέον με την συσκευή αυτή συνεργάζονται εύκαμπτα πηνία αυξημένης προσαρμοστικότητας στην ανατομία που προσφέρουν 16 ανεξάρτητα κανάλια λήψης υπερκαλύπτοντας αυτή την απαίτηση της προδιαγραφής.

Συνεπώς η προδιαγραφή λόγω της διατύπωσής της μας αποκλείει όλα τα προϊόντα της εταιρείας μας από το διαγωνισμό χωρίς να προσφέρει καμία επιπλέον κλινική δυνατότητα στο σύστημα. Αντίθετα περιορίζει τη χρησικότητά του καθώς απαγορεύει την προσφορά λύσεων ισοδύναμων και πιο ευπροσάρμοστων στις μεταβαλλόμενες ανατομικές διαστάσεις των βρεφών.

Να σημειώσουμε επιπλέον ότι η ίδια απαίτηση εξειδίκευσης του πηνίου δεν υπάρχει στην προδιαγραφή του πηνίου για εξετάσεις κοιλίας

νεογνών/βρεφών. Στην περίπτωση που οι εξετάσεις αυτής της ηλικιακής ομάδας επέβαλαν για κάποιο λόγο την εξειδίκευση του χρησιμοποιούμενου πηνίου, θα έπρεπε και το πηνίο για εξετάσεις κοιλίας νεογνών/βρεφών να περιγραφεί ως «εξειδικευμένο» αφού η ηλικιακή ομάδα στην οποία απευθύνεται ταυτίζεται με αυτή της προδιαγραφής του εξειδικευμένου πηνίου για βρέφη για εξετάσεις κεφαλής / αυχένα.

Συνεπώς χωρίς καμία αιτιολογία μόνο ένα από τα ζητούμενα πηνία που αφορούν βρέφη περιγράφεται ως εξειδικευμένο.

Η προδιαγραφή αυτή:

α) θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας τα προϊόντα της εταιρείας τα οποία προσφέρουν αυτό το εξειδικευμένο πηνίο με αριθμό ανεξάρτητων καναλιών μεγαλύτερου ή ίσου με 15, αποκλείοντας όλα τα προϊόντα όλων των υπολοίπων εταιρειών

β) δεν είναι συνήθης και δεν έχει ιδιαίτερη τεχνολογική αξία, δεν τεκμηριώνεται επιστημονικά η αναγκαιότητα της, προσβάλλοντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της αναλογικότητας, καθώς όχι μόνο δεν προσδίδει κανένα απεικονιστικό πλεονέκτημα, αλλά αντιθέτως παρουσιάζει μειωμένη προσαρμοστικότητα στο μέγεθος της ανατομίας.

γ) δεν είναι η ελάχιστη αναγκαία, αφού δεν κινείται στο επίπεδο εκείνο στο οποίο το προϊόν/υπηρεσία είναι απλώς επαρκές και κατάλληλο για τον σκοπό για τον οποίο προορίζεται (και το υπερβάλλον θα αποτυπωθεί στη βαθμολογία),

δ) δεν επιτρέπει την υποβολή προσφοράς συστημάτων που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με άλλη μέθοδο ή τρόπο.». Επίσης, με το υπόμνημά της υποστηρίζει προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής τα εξής «ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 7 (ΕΞΕΙΔΙΚΕΥΜΕΝΟ ΠΗΝΙΟ ΓΙΑ ΒΡΕΦΗ)

Το Νοσοκομείο απαντάει ότι η προδιαγραφή καλύπτεται από την εταιρεία μας, αναφέροντας σχετικά:

Σχετικά με το ζητούμενο πηνίο για εξετάσεις κεφαλής /αυχένα, από την στιγμή που διατίθεται από την ... ειδική - εξειδικευμένη συσκευή τοποθέτησης

βρεφών σε συνδυασμό με εύκαμπτα πηνία αυξημένης προσαρμοστικότητας στην ανατομία που προσφέρουν 16 ανεξάρτητα κανάλια λήψης, η ανωτέρω προδιαγραφή πληρείται αφού ο συνδυασμός αυτός επιτυγχάνει το ζητούμενο δηλαδή το "εξειδικευμένο πηνίο". Συνεπώς η εταιρεία ... δεν τίθεται εκτός από την συγκεκριμένη προδιαγραφή.

Η απάντηση αυτή επιβεβαιώνει τον ισχυρισμό μας ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε στο σχετικό όρο να προσθέσει τη λέξη ισοδύναμο αφού με την υπάρχουσα διατύπωση όπως αναφέραμε στην προσφυγή μας η προδιαγραφή «δ) δεν επιτρέπει την υποβολή προφοράς συστημάτων που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με άλλη μέθοδο ή τρόπο. »

Η διακήρυξη ρητώς απαιτεί εξειδικευμένο πηνίο για βρέφη και όχι πηνίο που θα επιτυγχάνει ισοδύναμο αποτέλεσμα με την προσθήκη της συσκευής τοποθέτησης βρεφών ή άλλο τρόπο. Ο όρος εξειδικευμένο πηνίο για βρέφη είναι συγκεκριμένος και παραπέμπει σε μοντέλο αποκλειστικά για βρέφη. Η ερμηνεία της αναθέτουσας αρχής ότι αρκεί και η ισοδύναμη λύση που διαθέτει η εταιρεία μας έρχεται σε αντίθεση με την γραμματική ερμηνεία του όρου. Επομένως είναι αναγκαία η ακύρωση της προδιαγραφής και η επαναδιατύπωσή της με την προσθήκη της φράσης ή ισοδύναμο τρόπο, ώστε να καλύπτονται και άλλες λύσεις που καλύπτουν την ανάγκη του Νοσοκομείου, όπως ρητώς αυτό συνομολογεί.».

35. Επειδή, η αναθέτουσα αναφέρει ως προς τον συγκεκριμένο λόγο προσφυγής τα εξής «Προδιαγραφή 7 ΠΗΝΙΑ

Η διακήρυξη απαιτεί:

«Εξειδικευμένο πηνίο για βρέφη για εξετάσεις κεφαλής / αυχένα. Αριθμός ανεξάρτητων καναλιών: >15»

Αποψη[.]

Απάντηση Νοσοκομείου

Είναι προφανές ότι στο ... Νοσοκομείο λόγω της εξειδίκευσής του για εξετάσεις παιδιών θα πρέπει, ο προδιαγραφόμενος μαγνητικός τομογράφος, να

περιλαμβάνει και αντίστοιχα πηνία με την υψηλότερη δυνατή ποιότητα εικόνας και ταχύτητα στην εξέταση.

Αναφορικά με την εξειδίκευση των πηνίων, σε όλα τα σύγχρονα συστήματα Μαγνητικών τομογράφων υπάρχουν εξειδικευμένα πηνία π.χ. κεφαλής, ώμου, γονάτου, πηχεορκαπικής, ποδοκνημικής, κ.λ.π. και εσφαλμένα και παραπλανητικά διατυπώνεται η άποψη ότι αναφερόμαστε σε παλαιότερης αναχρονιστικής τεχνολογίας συστήματα μαγνητικής τομογραφίας. Χαρακτηριστικά αναφερόμενοι στην Εταιρεία ... και αυτή προσφέρει εξειδικευμένα πηνία Headcoil, KneeCoil, FootAnkleCoil, Shouldercoil, κ.λ.π. οπότε τα συγκροτήματα τους θα πρέπει να χαρακτηριστούν αναχρονιστικά?

Σχετικά με το ζητούμενο πηνίο για εξετάσεις κεφαλής /αυχένα, από την στιγμή που διατίθεται από την ... ειδική - εξειδικευμένη συσκευή τοποθέτησης βρεφών σε συνδυασμό με εύκαμπτα πηνία αυξημένης προσαρμοστικότητας στην ανατομία που προσφέρουν 16 ανεξάρτητα κανάλια λήψης, η ανωτέρω προδιαγραφή πληρείται αφού ο συνδυασμός αυτός επιτυγχάνει το ζητούμενο δηλαδή το "εξειδικευμένο πηνίο". Συνεπώς η εταιρεία ... δεν τίθεται εκτός από την συγκεκριμένη προδιαγραφή».

36. Επειδή, η παρεμβαίνουσα με την παρέμβασή της υποστηρίζει « γ) ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 7 ΠΗΝΕΙΑ «Εξειδικευμένο πηνίο για βρέφη για εξετάσεις κεφαλής / αυχένα. Αριθμός ανεξάρτητων καναλιών: >15»

Και για την προδιαγραφεί αυτή όπως και στις προηγούμενες η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεσης σύμβασης, αφού δεν συνιστά χαρακτηριστικό απολύτως αναγκαίο για το λειτουργικό σκοπό και ότι θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας τα μηχανήματα της εταιρίας Επί του συνόλου των ισχυρισμών της, λεκτέα τα ακόλουθα:

Συγκεκριμένα, η ... στην προσφυγή της αναφέρει: «Η προδιαγραφή δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεσης σύμβασης, αφού δεν συνιστά χαρακτηριστικό απολύτως αναγκαίο για

το λειτουργικό σκοπό που καλύπτει. Τα προϊόντα της εταιρείας μας δεν διαθέτουν εξειδικευμένο πηνίο για βρέφη για εξετάσεις κεφαλής αυχένα.

Η μονοδιάστατη απαίτηση για «εξειδικευμένο» πηνίο δεν επιτρέπει την προσφορά ισοδύναμων λύσεων, όπως γίνεται για όλα τα υπόλοιπα ζητούμενα πηνία. Με απλά λόγια το πηνίο είναι μια συσκευή συλλογής σήματος, η οποία πρέπει να προσαρμόζεται στις ιδιαιτερότητες και διαστάσεις της εξεταζόμενης περιοχής και χαρακτηρίζεται τεχνικά και από τον αριθμό ανεξάρτητων καναλιών που διαθέτει.

Η σημερινή τεχνολογία πηνίων επιβάλλει την συνδυαστική χρήση διάφορων τέτοιων συσκευών για την επίτευξη της κλινικής εφαρμογής. Τα εξειδικευμένα πηνία για μία και μόνο εξεταστική εφαρμογή ήταν μέρος της παλαιότερης και σήμερα αναχρονιστικής τεχνολογίας μαγνητικής τομογραφίας (εξειδικευμένα πηνία θώρακα, άνω και κάτω κοιλίας, κεφαλής, σπονδυλικής στήλης κ.α.) που δεν συνεργάζονταν μεταξύ τους για την επίτευξη μια συνδυαστικής εφαρμογής όπως ολόκληρου του κεντρικού νευρικού συστήματος, ολοσωματικής απεικόνισης κ.α).

Τα προϊόντα της εταιρείας μας διαθέτουν ειδική συσκευή τοποθέτησης βρεφών η οποία προσφέρει την επιπλέον δυνατότητα προσαρμογής της στο μέγεθος του βρέφους / παιδιού. Αυτό είναι σημαντικό πλεονέκτημα αφού τα τυπικά «εξειδικευμένα» πηνία είναι πηνία σκληρού κελύφους χωρίς μεταβλητότητα στις διαστάσεις τους. Επιπλέον με την συσκευή αυτή συνεργάζονται εύκαμπτα πηνία αυξημένης προσαρμοστικότητας στην ανατομία που προσφέρουν 16 ανεξάρτητα κανάλια λήψης υπερκαλύπτοντας αυτή την απαίτηση της προδιαγραφής.

Συνεπώς η προδιαγραφή λόγω της διατύπωσής της μας αποκλείει όλα τα προϊόντα της εταιρείας μας από το διαγωνισμό χωρίς να προσφέρει καμία επιπλέον κλινική δυνατότητα στο σύστημα. Αντίθετα περιορίζει τη χρηστικότητά του καθώς απαγορεύει την προσφορά λύσεων ισοδύναμων και πιο ευπροσάρμοστων στις μεταβαλλόμενες ανατομικές διαστάσεις των βρεφών.»

Οι ως άνω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι ανίσχυροι και ανυπόστατοι διότι είναι προφανές ότι το ... Νοσοκομείο λόγω της εξειδίκευσής του για εξετάσεις παιδιών και ιδίως βρεφών θα πρέπει, ο προδιαγραφόμενος μαγνητικός τομογράφος, να περιλαμβάνει και αντίστοιχο πηνίο με την υψηλότερη δυνατή ποιότητα εικόνας και ταχύτητα στην εξέταση. Το πηνίο αυτό θα πρέπει να είναι ειδικό για την ακινητοποίηση βρεφών και ταυτόχρονα να είναι πολυκάναλο και σύγχρονης τεχνολογίας για την άριστη απεικόνιση. Θα πρέπει επίσης να ληφθεί υπόψη ότι η πλειονότητα των εξετάσεων σε βρέφη γίνεται στο κεφάλι. Συνεπώς, κρίνεται αναγκαία η ύπαρξη της εν λόγω τεχνικής προδιαγραφής.

Σχετικά με το ζητούμενο πηνίο για εξετάσεις κεφαλής /αυχένα, από την στιγμή που διατίθεται από την ... ειδική - εξειδικευμένη συσκευή τοποθέτησης βρεφών σε συνδυασμό με εύκαμπτα πηνία αυξημένης προσαρμοστικότητας στην ανατομία που προσφέρουν 16 ανεξάρτητα κανάλια λήψης, η ανωτέρω προδιαγραφή πληρείται αφού ο συνδυασμός αυτός επιτυγχάνει το ζητούμενο από τη διακήρυξη, δηλαδή το "εξειδικευμένο πηνίο" και επομένως δεν αποκλείεται από τη διαγωνιστική διαδικασία.

Σχετικά με την διατύπωση ότι τα εξειδικευμένα πηνία για μία και μόνο εξεταστική εφαρμογή ήταν μέρος της παλαιότερης και σήμερα αναχρονιστικής τεχνολογίας μαγνητικής τομογραφίας, χαρακτηριστικά αναφέρουμε ότι η εταιρία ... προσφέρει εξειδικευμένα πηνία 16channelShoulder και T/RKneecoils, οπότε ο ισχυρισμός της αυτός έρχεται σε αντίθεση με τα αναγραφόμενα. Προς απόδειξη των ισχυρισμών μας παραπέμπουμε στο site της ..., όπου παρουσιάζονται τα προαναφερθέντα εξειδικευμένα πηνία: ...

Επιπροσθέτως, στο site ... Όπου βρίσκεται το ... του ... και συγκεκριμένα στην σελίδα 3-148, αναφέρεται το εξειδικευμένο πηνίο ποδιού/αστραγάλου όπως επίσης και το πηνίο PVA (PeripheralVascularArray - περιφερικής αγγειογραφίας) όπως απεικονίζεται κατωτέρω:

[...]

Επομένως, είναι προφανές ότι παρόλο που η προσφεύγουσα πληροί ΚΑΙ αυτή την τεχνική προδιαγραφή, το αποκρύπτει ισχυριζόμενη το αντίθετο, και άρα δεν αποκλείεται, όπως υποστηρίζει, από τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Προφανώς, προσπαθεί να επιτύχει μείωση των ελάχιστων τεχνικών προδιαγραφών, προκειμένου να προσφέρει υποδεέστερο μοντέλο αποσκοπώντας σε ίδιον οικονομικό όφελος!».

37. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη τα ανωτέρω, προκύπτει ότι υφίσταται εξειδίκευση ως προς τα πηνία που προορίζονται για εξετάσεις βρεφών και παιδιών, με σκοπό την αποτελεσματική ολοκλήρωση της μαγνητικής τομογραφίας με ταχύτητα - εφόσον τα παιδιά δεν είναι εφικτό να παραμείνουν ακίνητα επί μακρόν – και με την βέλτιστη ποιότητας ευκρίνειας της απεικόνισης (βλ. Τεχνική Έκθεση Ειδικού Επιστήμονα ΑΕΠΠ Δρ. Η. Χατζηλία). Ωστόσο, η σκοπιμότητα που περιγράφεται στην προδιαγραφή και υποστηρίζεται συμπληρωματικά με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, δεν συντείνει στο ότι ως εξειδικευμένο πηνίο θεωρείται μόνο το πηνίο «σκληρού κελύφους» αλλά αυτό που βάσει των προδιαγραφών του, υποστηρίζει την δυνατότητα εξέτασης της κεφαλής και του αυχένα παιδιών και βρεφών κι επομένως, σε κάθε περίπτωση, εννοιολογικά καλύπτεται και το προσφερόμενο από την προσφεύγουσα προϊόν, ενώ προκύπτει ότι ο τιθέμενος όρος είναι πρόσφορος, επαρκώς αιτιολογημένος και δεν περιορίζει υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, ώστε να είναι αναγκαία η ακύρωσή του. Επομένως, παρίσταται νόμιμη η αιτιολογία της προσβαλλόμενης και απορριπτέας ως αβάσιμος ο σχετικός λόγος προσφυγής, ενώ δεδομένης της διάθεσης κατά τα προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή εξειδικευμένου πηνίου υπό την ανωτέρω εννοιολογική προσέγγιση από την προσφεύγουσα, ο συγκεκριμένος λόγος προεχόντως προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος κι επομένως απαραδέκτως.

38. Επειδή, με τον τελευταίο λόγο της προσφυγής προβάλλονται τα κάτωθι « 5.4. Προδιαγραφή 8 ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗΣ/ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΑ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗΣ

Η διακήρυξη απαιτεί:

«Να περιλαμβάνεται η τεχνική ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών για τη μείωση του χρόνου εξέτασης. Η τεχνική αυτή να εφαρμόζεται τουλάχιστο σε TSE, και Diffusion μελέτες. Να αναφερθεί ο μέγιστος παράγοντας επιτάχυνσης.»

Η προδιαγραφή δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεσης σύμβασης, αφού δεν συνιστά χαρακτηριστικό απολύτως αναγκαίο για το λειτουργικό σκοπό που καλύπτει και αποκλείει όλα τα προϊόντα της εταιρείας

Τα προϊόντα της εταιρείας μας δεν διαθέτουν τεχνική ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών με εφαρμογή σε TSE τεχνικές.

Η εταιρεία μας προσφέρει την τεχνική αυτή κατά ισοδύναμο τρόπο με εφαρμογή σε μελέτες Τανυστή διάχυσης, fMRI και Diffusion. Σε εφαρμογές TSE (FSE) εφαρμόζουμε άλλες τεχνολογίες επιτάχυνσης (ASSET, ARC) πετυχαίνοντας εξαιρετικούς χρόνους λήψης, ισοδύναμους με τους προσδοκώμενους από την τεχνική ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών. Επιπλέον προσφέρουμε και άλλες τεχνικές επιτάχυνσης της λήψης με εφαρμογή σε τυπικά χρονοβόρες μελέτες με αποτέλεσμα την συνολικότερη αναβάθμιση της παραγωγικότητας του συστήματος (Compressed Sensing). Η απαίτηση της προδιαγραφής για εφαρμογή της τεχνικής ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών σε αυθαίρετα δυο από το πλήθος των τεχνικών που ζητούνται στις προδιαγραφές 8 ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗΣ/ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΑ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗΣ, αποκλείει αναίτια την εταιρεία μας από το διαγωνισμό.

Η προδιαγραφή αυτή:

α) θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας τα προϊόντα της εταιρείας τα οποία διαθέτουν αυτή τη συμβατότητα, αποκλείοντας όλα τα προϊόντα όλων των υπολοίπων εταιρειών

β) δεν είναι συνήθης και δεν έχει ιδιαίτερη τεχνολογική αξία, δεν τεκμηριώνεται επιστημονικά η αναγκαιότητα της, προσβάλλοντας τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της απαγόρευσης των διακρίσεων και της αναλογικότητας,

γιατί πρόκειται για μια τεχνική που δεν καθιστά δυνατή οποιαδήποτε μελέτη που χωρίς αυτή θα ήταν αδύνατο να πραγματοποιηθεί αλλά προσφέρει ένα τρόπο επιτάχυνσής της

γ) δεν είναι η ελάχιστη αναγκαία, αφού δεν κινείται στο επίπεδο εκείνο στο οποίο το προϊόν/υπηρεσία είναι απλώς επαρκές και κατάλληλο για τον σκοπό για τον οποίο προορίζεται (και το υπερβάλλον θα αποτυπωθεί στη βαθμολογία),

δ) δεν επιτρέπει την υποβολή προσφοράς συστημάτων που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με άλλη μέθοδο ή τρόπο.». Επίσης, με το υπόμνημα προστίθεται η κάτωθι αναφορά «Τα ανωτέρω ισχύουν και για αυτόν το προσβαλλόμενο όρο. Το Νοσοκομείο αποδέχεται ότι «οι τεχνικές ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών με εφαρμογή σε TSE τεχνικές», δεν είναι απαραίτητες αλλά «Από την στιγμή που διατίθενται τεχνικές *compressed sensing* για την κάλυψη της ανωτέρω απαίτησης TSE, η ... δεν αποκλείεται του διαγωνισμού».

Η ανωτέρω παραδοχή συνιστά συνομολόγηση του ισχυρισμού μας και είναι αναγκαία η ακύρωση της προδιαγραφής και η επαναδιατύπωσή της με την προσθήκη της φράσης ή ισοδύναμο τρόπο, ώστε να καλύπτονται και οι άλλες λύσεις που καλύπτουν την ανάγκη του Νοσοκομείου, όπως ρητώς αυτό συνομολογεί».

39. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει συναφώς τα εξής «Προδιαγραφή 8 ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗΣ/ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΑ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗΣ

Η διακήρυξη απαιτεί:

«Να περιλαμβάνεται η τεχνική ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών για τη μείωση του χρόνου εξέτασης. Η τεχνική αυτή να εφαρμόζεται τουλάχιστο σε TSE, και *Diffusion* μελέτες. Να αναφερθεί ο μέγιστος παράγοντας επιτάχυνσης.»

Αποψη[...]

Απάντηση Νοσοκομείου

Είναι σημαντικό για τις εξετάσεις παιδιών, όπου απαιτείται ταχεία απεικόνιση, να περιλαμβάνονται σύγχρονες τεχνικές λήψης οι οποίες μειώνουν τον χρόνο εξέτασης με ταυτόχρονη διατήρηση της ποιότητας εικόνας.

Όπως αναφέρεται και ανωτέρω, η Εταιρεία ... διαθέτει σύγχρονες τεχνικές επιτάχυνσης της λήψης με αποτέλεσμα την συνολικότερη αναβάθμιση της παραγωγικότητας του συστήματος (*Compressed Sensing*) .

Οι ανωτέρω αναφερόμενες τεχνικές ASSET, ARC δεν είναι ισοδύναμες της ζητούμενης τεχνικής ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών ή της τεχνικής *compressed sensing*. Είναι τεχνικές παράλληλης απεικόνισης PAT (βλέπε σελίδα 3-47 του *operator manual*) και όχι *iterative reconstruction* τεχνική. (βλέπε σελίδα 6-602 του *operator manual*).

Από την στιγμή που διατίθενται τεχνικές *compressed sensing* για την κάλυψη της ανωτέρω απαίτησης TSE, η ... δεν αποκλείεται του διαγωνισμού.

Χαρακτηριστικά η ... διαθέτει τεχνική *Hyper Sense* με την ακολουθία CUBE η οποία είναι 3DTSE τεχνική με μεταβλητό *Flipangle*.

...

[...]

Στη βάση όσων προαναφέρθηκαν, καθίσταται σαφές ότι οι τεχνικές ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών, ή ισοδύναμη τεχνική (*iterative reconstruction- Compressed Sensing*) για τη μείωση του χρόνου εξέτασης, είναι συμβατές με τις τεθείσες στη διακήρυξη προδιαγραφές».

40. Επειδή, η παρεμβαίνουσα με την παρέμβασή της υποστηρίζει συναφώς τα εξής «ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 8 ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗΣ/ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΑ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗΣ

Η διακήρυξη απαιτεί: «Να περιλαμβάνεται η τεχνική ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών για τη μείωση του χρόνου εξέτασης. Η τεχνική αυτή να εφαρμόζεται τουλάχιστο σε TSE, και *Diffusion* μελέτες. Να αναφερθεί ο μέγιστος παράγοντας επιτάχυνσης.»

Και για την προδιαγραφή αυτή όπως και στις τρεις προηγούμενες, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνει

τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεσης σύμβασης, αφού δεν συνιστά χαρακτηριστικό απολύτως αναγκαίο για το λειτουργικό σκοπό και ότι θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας τα μηχανήματα της εταιρίας Επί του συνόλου των ισχυρισμών της, λεκτέα τα ακόλουθα:

Συγκεκριμένα, η ... στην προσφυγή της αναφέρει:

«Η προδιαγραφή δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεσης σύμβασης, αφού δεν συνιστά χαρακτηριστικό απολύτως αναγκαίο για το λειτουργικό σκοπό που καλύπτει και αποκλείει όλα τα προϊόντα της εταιρίας Τα προϊόντα της εταιρείας μας δεν διαθέτουν τεχνική ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών με εφαρμογή σε TSE τεχνικές.

Η εταιρεία μας προσφέρει την τεχνική αυτή κατά ισοδύναμο τρόπο με εφαρμογή σε μελέτες Τανυστή διάχυσης, fMRI και Diffusion. Σε εφαρμογές TSE (FSE) εφαρμόζουμε άλλες τεχνολογίες επιτάχυνσης (ASSET, ARC) πετυχαίνοντας εξαιρετικούς χρόνους λήψης, ισοδύναμους με τους προσδοκώμενους από την τεχνική ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών. Επιπλέον προσφέρουμε και άλλες τεχνικές επιτάχυνσης της λήψης με εφαρμογή σε τυπικά χρονοβόρες μελέτες με αποτέλεσμα την συνολικότερη αναβάθμιση της παραγωγικότητας του συστήματος (Compressed Sensing). Η απαίτηση της προδιαγραφής για εφαρμογή της τεχνικής ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών σε αυθαίρετα δυο από το πλήθος των τεχνικών που ζητούνται στις προδιαγραφές 8 ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗΣ/ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΑ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗΣ, αποκλείει αναίτια την εταιρεία μας από το διαγωνισμό.»

Οι ως άνω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι ανίσχυροι και ανυπόστατοι διότι όπως αναφέρθηκε και ανωτέρω το προδιαγραφόμενο συγκρότημα επειδή πρόκειται να εγκατασταθεί σε παιδιατρικό Νοσοκομείο θα πρέπει να περιλαμβάνει σύγχρονες τεχνικές ταχείας λήψης, με ταυτόχρονη διατήρηση της ποιότητας εικόνας, ώστε ο εξεταζόμενος να βρίσκεται το μικρότερο δυνατόν χρονικό διάστημα στην εξεταστική τράπεζα και να λαμβάνει την λιγότερη δυνατή αναισθησία, όταν αυτό απαιτείται. Επιπροσθέτως, με τις

σύγχρονες τεχνικές ταχείας λήψης αυξάνεται σημαντικά η παραγωγικότητά του συγκεκριμένου τμήματος του νοσοκομείου αφού θα εξετάζονται περισσότερα παιδιά στο ίδιο χρονικό διάστημα.

Ενημερωτικά, αναφέρουμε ότι οι ακολουθίες TSE και Diffusion είναι οι ακολουθίες που γίνονται καθημερινά σε μεγάλο εύρος εξετάσεων και η επιτάχυνση σε αυτές τις εξετάσεις είναι μείζονος σημασίας για την συντόμευση της εξέτασης.

Η Εταιρεία ... προσπαθεί να εξασφαλίσει την οικονομικότερη δυνατή προσφορά στο Νοσοκομείο αναφέροντας ότι οι τεχνολογίες επιτάχυνσης ASSET, ARC είναι ισοδύναμες της ζητούμενης τεχνικής ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών. Αντιθέτως, σύγχρονες τεχνικές λήψης που διαθέτει η ... είναι οι τεχνικές Hyperband και Hypersense.

Οι τεχνικές ASSET, ARC όπως αναγράφεται στην σελ 3-51 του operator manual του ... <https://customer-doc.doud....healthcare.com/#/cdp/dashboard>) είναι τεχνικές παράλληλης απεικόνισης και δεν σχετίζονται με τις σύγχρονες τεχνικές Hyperband ή Hypersense που διαθέτει η Συγκεκριμένα, η Hyperband "είναι μια τεχνική ανακατασκευής που επιτρέπει την ταυτόχρονη διέγερση πολλαπλών τομών σε πολλαπλές θέσεις, ώστε να επιταχυνθεί η λήψη απεικόνισης ή να αυξηθεί η κάλυψη τομών χωρίς να αυξηθεί ο χρόνος σάρωσης" (operator manual σελ 6-661). Αναλυτικότερα η τεχνική αυτή θα μπορούσε να παρομοιαστεί με του πολυτομικούς αξονικούς όπου σε μια περιστροφή σαρώνονται πολλές τομές και έτσι καλύπτεται ταχύτερα η υπό εξέταση ανατομική περιοχή.

Hypersense είναι "μια τεχνική επιτάχυνσης που βασίζεται σε διάσπαρτη δειγματοληψία δεδομένων και επαναληπτική ανακατασκευή, που επιτρέπει στους χρήστες να μειώσουν τους χρόνους σάρωσης ή να αυξήσουν την ανάλυση σάρωσης" όπως χαρακτηριστικά αναφέρεται στην σελ. 6-665 του operator manual.

Αξίζει να σημειώσουμε ότι η ... αναφέρει στην Προσφυγή της ότι διαθέτει την τεχνική επιτάχυνσης "Compressed Sensing", η οποία θεωρείται ισοδύναμη

της TSE και επομένως δεν αποκλείεται από τη συμμετοχή της στο συγκεκριμένο διαγωνισμό.

Δεν θα πρέπει να διαφύγει της προσοχής Σας ότι στις απόψεις του Νοσοκομείου υποστηρίζεται ότι από την στιγμή που η ... διαθέτει την τεχνική *compressed sensing* για την κάλυψη της απαίτησης TSE, δεν αποκλείεται από τον διαγωνισμό.

Προς ενίσχυση των ισχυρισμών μας παραθέτουμε άρθρο του Kevin King, Senior Scientist της ...» (ΣΧΕΤ. 1), όπου αναφέρεται χαρακτηριστικά:

"Compressed sensing is the next dimension in ima... acceleration," Dr. Graves says. "Parallel imaging has been refined over the last few years, and using ASSET and ARC we can obtain very good results. However, there is a limitation in how far you can push these conventional techniques." HyperSense opens up new opportunities to further reduce scan time without a substantial impact on ima... quality, he adds. "

Μετάφραση

Compressed Sensing είναι η επόμενη διάσταση στην επιτάχυνση της εικόνας», λέει ArGraves. «Η παράλληλη απεικόνιση έχει βελτιωθεί τα τελευταία χρόνια, κα χρησιμοποιώντας το ASSET και το ARC μπορούμε να έχουμε πολύ καλά αποτελέσματα. Ωστόσο, υπάρχει ένας περιορισμός στο πόσο μακριά μπορείτε να προωθήσετε αυτές τις συμβατικές τεχνικές». "Το HyperSense ανοίγει νέες ευκαιρίες για περαιτέρω μείωση το χρόνου σάρωσης χωρίς ουσιαστικό αντίκτυπο στην ποιότητα της εικόνας, προσθέτει."

Επομένως, είναι προφανές ότι παρόλο που η προσφεύγουσα πληροί ΚΑΙ αυτή την τεχνική προδιαγραφή, το αποκρύπτει σκοπίμως ισχυριζόμενη το αντίθετο, και άρα δεν αποκλείεται, όπως αβάσιμα υποστηρίζει, από τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Προφανώς, στην περίπτωση αυτή προσπαθεί εντέχνως να υποβαθμίσει τα απαιτούμενα και αναγκαία χαρακτηριστικά που θέτει το νοσοκομείο στη Διακήρυξη ... καθότι θεωρεί ότι δεν διαθέτει μηχανήματα με τα συγκεκριμένα χαρακτηριστικά και επομένως επιδιώκει την τροποποίηση της διακήρυξης προκειμένου να συμμετάσχει στο διαγωνισμό αυτό

με συγκεκριμένο μηχάνημα παρεμφερών η υποδεέστερων τεχνικών χαρακτηριστικών.

Εκ των ως άνω αναλυτικώς αναφερομένων, είναι προφανές ότι όλοι οι λόγοι προσφυγής της εταιρίας ... καταρρίπτονται ως αβάσιμοι, ανίσχυροι και παράνομοι. Η προσφεύγουσα προσβάλλει τη διακήρυξη με αριθμό ... του ... «...», ισχυριζόμενη ότι ορισμένοι όροι της που αφορούν σε τεχνικές προδιαγραφές του υπό προμήθεια μαγνητικού τομογράφου, είναι παράνομοι, περιορίζουν τον υγιή ανταγωνισμό, δεν είναι αναγκαίοι προς τον σκοπό του διαγωνισμού και επιπλέον ότι είναι φωτογραφικοί για την εταιρία Όπως αναλυτικώς παραθέσαμε πιο πάνω, η ... βάζει κατά των συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών αποβλέποντας σε ίδιον οικονομικό όφελος, προβάλλοντας αβάσιμους ισχυρισμούς. Η προσφεύγουσα, μολονότι σκοπίμως υποστηρίζει το αντίθετο, έχει τη δυνατότητα να συμμετάσχει κανονικά στον εν λόγω διαγωνισμό καθότι διαθέτει μηχανήματα που μπορούν να ανταποκριθούν στις απαιτήσεις της διακήρυξης. Παρ' ο Αυτά, με την προσφυγή της η ... επιδιώκει να αποπροσανατολίσει την ΑΕΠΠ υποστηρίζοντας ότι η διακήρυξη καταρτίστηκε με τέτοιον τρόπο ώστε να περιοριστεί ο ανταγωνισμός και ουσιαστικά να συμμετάσχει μόνο η

Δέον να ειπωθεί ότι μολονότι η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι συγκεκριμένοι όροι της διακήρυξης είναι παράνομοι και ουσιαστικά φωτογραφίζουν το προϊόν μια συγκεκριμένης εταιρίας, οι ισχυρισμοί της αυτοί δεν ευσταθούν διότι όπως προελέχθη η ... μπορεί να συμμετάσχει στο διαγωνισμό αυτό με τα μηχανήματα που διαθέτει. Περαιτέρω υπάρχει πληθώρα αποφάσεων τόσο Δικαστηρίων όσο και της ΑΕΠΠ που καταρρίπτουν τους ισχυρισμούς ότι εκ μόνου του γεγονότος ότι μια εταιρία που (στην προκείμενη περίπτωση δεν ισχύει δεν πληροί τις προδιαγραφές μιας διακήρυξης, αυτομάτως οι όροι της διακήρυξης αυτής είναι φωτογραφικοί. Στο σημείο αυτό παραθέτουμε αποσπάσματα ορισμένων τέτοιων αποφάσεων προς ενίσχυση και τεκμηρίωση των λεγομένων μας: ΠΑΡΑΤΙΘΕΝΤΑΙ ΑΠΟΣΠΑΣΜΑΤΑ ΤΩΝ ΑΠΟΦΑΣΕΩΝ ΑΕΠΠ 568/2020, 1323/2019 και 43/2020..[..] Συμπερασματικά, η προσφεύγουσα αναφέρεται απαραδέκτως στην σκοπιμότητα επιλογής των επίμαχων όρων από

την οικεία αναθέτουσα αρχή καθόσον η συμπερίληψη στη Διακήρυξη όρων αναγκαίων, κατά την αιτιολογημένη εκτίμηση της Αναθέτουσας Αρχής τους οποίους, όμως, είναι ενδεχόμενο να μην μπορεί να εκπληρώσει η προσφεύγουσα μπορεί μεν να συνεπάγονται την αδυναμία συμμετοχής της στον Διαγωνισμό, όμως, δεν παραβιάζουν, άνευ ετέρου, τους κανόνες του ανταγωνισμού, ούτε δημιουργούν συνθήκες μονοπωλίου/ολιγοπωλίου, δεδομένου ότι από την φύση τους οι τεθέντες όροι περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων».

41. Επειδή, η απαιτούμενη προδιαγραφή τεχνικής ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών (για την μείωση του χρόνου εξέτασης) συνιστά λειτουργική απαίτηση υπό την έννοια του άρθρου 54 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές». Επισημαίνεται ότι το οικείο άρθρο προβλέπει « 1. Οι τεχνικές προδιαγραφές που ορίζονται στην περίπτωση 1 του Παραρτήματος VII του Προσαρτήματος Α` παρατίθενται στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών.

Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους, ακόμη και αν οι παράγοντες αυτοί δεν αποτελούν μέρος της υλικής τους υπόστασης, υπό την προϋπόθεση ότι συνδέονται με το αντικείμενο της σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της.

Οι τεχνικές προδιαγραφές μπορούν επίσης να καθαρίζουν αν απαιτείται μεταβίβαση δικαιωμάτων διανοητικής ιδιοκτησίας.

Για όλες τις συμβάσεις που προορίζονται για χρήση από φυσικά πρόσωπα είτε πρόκειται για το ευρύ κοινό είτε για το προσωπικό της αναθέτουσας αρχής, οι τεχνικές προδιαγραφές, καταρτίζονται με τρόπο ώστε να λαμβάνουν υπόψη κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή το σχεδιάσμά για όλους τους χρήστες.

Αν έχουν υιοθετηθεί υποχρεωτικές απαιτήσεις προσβασιμότητας δυνάμει νομοθετικής πράξης της Ένωσης, οι τεχνικές προδιαγραφές, όσον αφορά τα κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή τον σχεδιασμό για όλους τους χρήστες, καθορίζονται με παραπομπή στις εν λόγω απαιτήσεις.

2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό.

3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή - όταν αυτά δεν υπάρχουν - σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο»,

γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β',

δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά.

4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο».

5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β` της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές.

6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α` της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει.

Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο,

η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή.

7. Οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται και εγκρίνονται πριν την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης κατά το άρθρο 61. [...]». Κατά τα βασίμως προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή οι τεχνολογίες επιτάχυνσης ASSET και ARC δεν έχουν το αυτό αποτέλεσμα ώστε να δύνανται να θεωρηθούν ισοδύναμες λύσεις. Αντιθέτως, η τεχνική συμπίεσμνης ανίχνευσης (Compressed sensing) είναι ισοδύναμη τεχνική επιτάχυνσης σε ό,τι αφορά την ταχύτητα απεικόνισης με την τεχνική ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών. Πρόκειται, για πιο εξελιγμένη τεχνική επιτάχυνσης και ως εκ τούτου μια καλή συμπίεσμη ανακατασκευή μπορεί να αφαιρέσει με επιτυχία τα εγγενή στοιχεία και να παράγει ακριβέστατες διαγωνιστικές εικόνες (βλ. Τεχνική Έκθεση Ειδικού Επιστήμονα ΑΕΠΠ, Δρ. Η. Χατζηλία). Λαμβάνοντας, υπόψη, ωστόσο, το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί και αποδέχεται ως ισοδύναμη την τεχνική συμπίεσμνης ανίχνευσης, γεγονός που πιστοποιείται κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, ωστόσο, δεν προκύπτει η δυνατότητα προσφοράς προϊόντος με την συγκεκριμένη τεχνική από τον οικείο όρο της διακήρυξης, ο τελευταίος λόγος προσφυγής παρίσταται υπό αυτή την έννοια βάσιμος. Ειδικότερα, προκύπτει η ανάγκη συμπλήρωσης του όρου με την δυνατότητα προσφοράς ως ισοδύναμης της τεχνικής συμπίεσμνης ανίχνευσης.

42. Επειδή, απαραδέκτως σωρεύει στην προσφυγή της η προσφεύγουσα αίτημα περί κοινοποίησης των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και σε κάθε περίπτωση αλυσιτελώς, καθώς η συγκεκριμένη υποχρέωση ερείδεται επί ρητής διάταξης του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016. Ομοίως, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα την κλήση της προκειμένου να αναπτύξει προφορικά τους ισχυρισμούς της, καθώς δεν προβλέπεται η παράσταση των μερών και η προφορική ανάπτυξη των εκατέρωθεν ισχυρισμών από το κανονιστικό πλαίσιο εξέτασης των προσφυγών. Ειδικότερα, μετά την νομοθετική μεταβολή που επέφερε το άρ. 43 παρ. 42 ν. 4605/2019, δόθηκε η δυνατότητα η κατά περίπτωση προσφεύγουσα ν' αντικρούσει εγγράφως και την

συμπληρωματική αιτιολογία απορρίψεως της προδικαστικής προσφυγής, που θα παρέθετε τυχόν η αναθέτουσα Αρχή, προς διασφάλιση ουσιαστικής αντιμωλίας ήδη κατά το στάδιο της διοικητικής αυτής διαδικασίας (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 179/2019).

43. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή και η παρέμβαση να γίνει εν μέρει δεκτή κατ' αντίστροφα μέρη.

44. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα, κατά τις διατάξεις του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προδιαγραφή 8 της διακήρυξης που αναφέρει «Να περιλαμβάνεται η τεχνική ταυτόχρονης διέγερσης και ανάγνωσης πολλών τομών για την μείωση του χρόνου εξέτασης ..[..]» κατά το σκεπτικό.

Δέχεται εν μέρει την παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου (κωδικός ...) ύψους 3.630,00 € στην προσφεύγουσα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 2 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στις 22 Φεβρουαρίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Μαρία Κατσαρού