

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Μιχαήλ Σειραδάκης σε αναπλήρωση της νωμίμως κωλυωμένης Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 09.02.2021 με ΓΑΚ 312/10.02.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στο ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή] και της με αριθμ. ...Διακήρυξης.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία "...", και με το διακριτικό τίτλο "...", που εδρεύει στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 22.02.2021 Παρέμβασή της

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η ως άνω με αριθμ. ...Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής.

Με την Παρέμβασή της, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με ηλεκτρονικό κωδικό ...(βλ. και απόδειξη πληρωμής της CITIBANK της 08.02.2021) ποσού €5.263,00 , σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. ...διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία δημοσιεύθηκε με ανάρτηση στη διαδικτυακή πύλη του ΚΗΜΔΗΣ στις 15.01.2021, προκηρύχθηκε, με βάση τον Ν.4412/2016, ηλεκτρονικός δημόσιος ανοικτός

Αριθμός απόφασης: 659/2021

διαγωνισμός για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΝΟΣ (1) ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΥ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΥ ΚΑΙ ΕΝΟΣ (1) ΑΞΟΝΙΚΟΥ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΥ», συνολικού προϋπολογισμού 1.305.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και του κόστους της πενταετούς (5 ετη) συντήρησης του εξοπλισμού μετά τη λήξη του προσφερόμενου χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας, για τις ανάγκες του ..., στο πλαίσιο της εφαρμογής της Συμφωνίας συμβιβασμού μεταξύ τού Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ..., για την παροχή Ιατρικού Εξοπλισμού στα Δημόσια Νοσοκομεία. Ο συνολικός προϋπολογισμός ανέρχεται στο ποσό των 1.305.000 € με ΦΠΑ.. Ο εν λόγω διαγωνισμός έχει λάβει στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ συστημικό αριθμό

3. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, με ανάρτηση στις 09.02.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

4. Επειδή, στις 10.02.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής με ανάρτηση στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και παράλληλα απέστειλε στην Α.Ε.Π.Π. τις με αριθμό πρωτοκόλλου ...απόψεις της, τις οποίες κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις αυθημερόν μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, ζητώντας την απόρριψή της, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς το από 12.03.2021 Υπόμνημά της.

5. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 10.02.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 22.02.2021, ημέρα Δευτέρα, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού μεταξύ άλλων κατασκευάζει τα ζητούμενα από την διακήρυξη ιατρικά μηχανήματα και επιδιώκει να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά.

6. Επειδή, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα αναφέρει ότι εμπορεύεται στην Ελλάδα τα ιατρικά μηχανήματα του εδρεύοντος στις ... κατασκευαστικού οίκου ...και άλλων εταιρειών. Επιθυμεί να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό αλλά ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης την

βλάπτουν, δημιουργούν ανυπέρβλητα προβλήματα στην κατάρτιση της προσφοράς της και καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή της στο διαγωνισμό, επειδή α. δεν διαθέτουν σαφήνεια και μονοσήμαντο χαρακτήρα, β. διακινδυνεύουν την ισότιμη μεταχείριση της, γ. καθιστούν ασαφή τον τρόπο επιλογής αναδόχου, δ. δίνουν στην αναθέτουσα αρχή ανέλεγκτη ευχέρεια αξιολόγησης των προσφορών, ε. βλάπτουν τη δυνατότητα κατάρτισης προσφοράς με τον βέλτιστο τρόπο. Επομένως, καταρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό εξέταση προσφυγή.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της στρέφεται κατά των άρθρων ...και ...της Διακήρυξης και ισχυρίζεται ότι η παρούσα σύμβαση χρηματοδοτείται από την αριθμ. ΥΠΟΙΚ ...(ΦΕΚ ...) ΣΥΜΒΑΣΗ - Συμφωνία συμβιβασμού μεταξύ της ...και της ... σύμφωνα με την οποία η κάλυψη της συγκεκριμένης δαπάνης θα γίνει από την ανωτέρω εταιρεία και η πληρωμή του Προμηθευτή θα γίνει στο πλαίσιο συμφωνίας του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ...(ΦΕΚ..., σε εκτέλεση του όρου ...(...), με αποτέλεσμα οι όροι αυτοί να προσδίδουν ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην παρεμβαίνουσα, επειδή η εταιρεία 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.

8. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, της παρέμβασης και του Υπομνήματος της προσφεύγουσας προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι με τους ως άνω όρους η παρεμβαίνουσα αποκτά ανταγωνιστικό πλεονέκτημα που αποκτά επηρεάζει τη διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς της, αφού θα είναι αδύνατο να ανταγωνιστεί την προσφορά της παρεμβαίνουσας, η οποία θα είναι ωφελημένη ακόμα και αν υποβάλλει προσφορά ίση με το κόστος του μηχανήματος ή ακόμα και κάτω από αυτό και ότι δεν είναι νόμιμο ο ίδιος οικονομικός φορέας να είναι πληρωτής και υποψήφιος ανάδοχος. Καταρχήν στα έγγραφα με αριθμό πρωτ. ...του Υπουργού ... και με αριθμό πρωτ. ...της Γενικής Γραμματείας Υπουργείου ..., που υλοποιούν την εν λόγω συμφωνία δεν αναφέρεται ότι αποκλείεται από τις εν λόγω διαδικασίες η συμμετοχή της παρεμβαίνουσας, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή. Περαιτέρω, όπως αποδεικνύει η παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα έχει ήδη συμμετάσχει στο παρελθόν σε δημόσιους διαγωνισμούς με όρους πληρωμής από την συμφωνία μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της ...,

στους οποίους μάλιστα έχει αναδειχθεί ανάδοχος και έχει εκτελέσει. Επομένως αλυσιτελώς προβάλλει με την παρούσα προσφυγή ότι είναι αδύνατο να ανταγωνιστεί εξ αυτού του λόγου την οικονομική προσφορά της παρεμβαίνουσας και να υποβάλει η ίδια συμφέρουσα οικονομική προσφορά. Κατόπιν των ανωτέρω ο υπό κρίση πρώτος λόγος πρέπει να απορριφθεί.

9. Επειδή, με το Υπόμνημά της η προσφεύγουσα παραιτείται από τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της σχετικά με τον πίνακα κριτηρίων αξιολόγησης και ως εκ τούτου παρέλκει η εξέτασή του.

10. Επειδή, εν συνεχεία, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής στρέφεται κατά του όρου ...και ισχυρίζεται ότι με τον συγκεκριμένο τύπο βαθμολόγησης η αναθέτουσα αρχή βαθμολογεί μόνο την τεχνική και οικονομική προσφορά του κάθε συμμετέχοντος ξεχωριστά και ο λόγος που θα προκύψει δεν συναρτάται με τις λοιπές προσφορές, ούτε τον προϋπολογισμό της διακήρυξης. Έτσι με τον «απλό» τύπο που έχει επιλέξει η αναθέτουσα αρχή βλάπτεται η ίδια και όλες οι εταιρείες που θα επιλέξουν να προσφέρουν μηχανήματα σύγχρονης τεχνολογίας, υψηλής απόδοσης, αφού «πριμοδοτούνται» τα πολύ οικονομικότερα μηχανήματα περιορισμένων τεχνολογικών δυνατοτήτων και χαρακτηριστικών.

11. Επειδή ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, της παρέμβασης και του υπομνήματος της προσφεύγουσας προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω τρίτο λόγο της προσφυγής: Η αναθέτουσα αρχή, επί της ουσίας δεν απαντά στις αιτιάσεις της προσφεύγουσας, όπως επίσης και η παρεμβαίνουσα. Συγκρίνοντας τον τύπο που έχει χρησιμοποιηθεί σε άλλους διαγωνισμούς για την προμήθεια μαγνητικών και αξονικών τομογράφων ($L_j = 80 \times (B_j / B_{max}) + 20 \times (K_{min} / K_j)$), όπου: L_j η ανοιγμένη τιμή σύγκρισης του j προσφέροντος, B_j η συνολική βαθμολογία της τεχνικής προσφοράς j , B_{max} η συνολική βαθμολογία που έλαβε η καλύτερη τεχνική προσφορά, K_{min} το συνολικό συγκριτικό κόστος της προσφοράς με τη μικρότερη τιμή και K_j το συνολικό συγκριτικό κόστος της προσφοράς j), προκύπτει ότι όντως υπάρχει πριμοδότηση σε προσφερόμενα μηχανήματα υποδεέστερης τεχνολογίας με αποτέλεσμα να δυσχεραίνεται εις βάρος της η τυχόν επιλογή πιο σύγχρονων μηχανημάτων στο ίδιο εύρος ποσού βάσει προϋπολογισμού. Ως εκ τούτου ο τρίτος λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τέταρτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι η διακήρυξη απαιτεί (σελ. 42) να προσκομιστεί «14. Υπεύθυνη

δήλωση για το χρόνο παράδοσης του ζητούμενου εξοπλισμού, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο άρθρο ...» και ότι με τον όρο για προσκόμιση σχετικής υπεύθυνης δήλωσης για το χρόνο παράδοσης παρανόμως, αφού δεν προβλέπεται από το Νόμο, προστίθεται και μια βαρύτατη απειλή ποινικής κύρωσης, σε βαθμό κακουργήματος, για τον υπογράφοντα την υπεύθυνη δήλωση.

13. Επειδή, ύστερα από την μελέτη των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, της παρέμβασης και του Υπομνήματος της προσφεύγουσας προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω τέταρτο λόγο: Η Διακήρυξη στην σελίδα ... ορίζει ότι πρέπει να προσκομιστεί «14. Υπεύθυνη δήλωση για το χρόνο παράδοσης του ζητούμενου εξοπλισμού, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο άρθρο ...». Στο άρθρο ...ορίζεται ότι «ο συμβατικός χρόνος παράδοσης των μηχανημάτων μπορεί να παρατείνεται, πριν από τη λήξη του αρχικού συμβατικού χρόνου παράδοσης, υπό τις προϋποθέσεις του άρθρου 206 του ν.4412/2016». Σύμφωνα με τα οριζόμενα στα ως άνω άρθρα καταρχήν προβλέπεται ότι ο χρόνος παράδοσης των μηχανημάτων μπορεί να παραταθεί άνευ επιβολής κυρώσεων και σε κάθε περίπτωση οι πιθανές κυρώσεις προβλέπονται συγκεκριμένα και δεν αφορούν ποινικές ευθύνες, όπως αβάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Επιπροσθέτως η υπογραφή της επίμαχης υπεύθυνης δήλωσης δεν δημιουργεί κάποια ανυπέρβλητη δυσκολία στην σύνταξη και κατάθεση προσφοράς εκ μέρους της προσφεύγουσας αφού σε κάθε περίπτωση αναφέρεται σε ένα μελλοντικό και αβέβαιο γεγονός. Ως εκ τούτου ο τέταρτος λόγος πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος.

14. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πέμπτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι ο όρος ...που ορίζει ότι στην οικονομική προσφορά πρέπει να συμπεριληφθεί και ο επίσημος τιμοκατάλογος ανταλλακτικών της μητρικής εταιρίας σε ευρώ για τον εξοπλισμό/μηχανήματα που περιλαμβάνονται στο προσφερόμενο είδος είναι παράνομος διότι αποκλείεται από το διαγωνισμό η ίδια, της οποίας ο βασικός μέτοχος δεν είναι ο κατασκευαστικός οίκος των προσφερόμενων προϊόντων και δεν μπορεί να λάβουμε από την «μητρική» μας κανένα κατάλογο, όπως π.χ. η εταιρεία Επίσης αποκλείονται από τη διαγωνιστική διαδικασία όλες οι εταιρείες που είναι διανομείς ή αντιπρόσωποι κάποιου κατασκευαστικού οίκου στην Ελλάδα και δεν είναι θυγατρικές του κατασκευαστικού οίκου των προϊόντων που εμπορεύεται.

15. Επειδή, ύστερα από ύστερα από την μελέτη των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, της παρέμβασης και του Υπομνήματος της προσφεύγουσας προκύπτουν τα

ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω πέμπτο λόγο: Όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα με τον υπό κρίση λόγο δεν αμφισβητεί την απαίτηση για προσκόμιση τιμοκαταλόγου ανταλλακτικών αλλά την υποχρέωση για προσκόμιση αυτού από την μητρική εταιρεία μόνο. Επομένως στην περίπτωση που ο κατασκευαστικός οίκος δεν είναι και η μητρική εταιρεία δεν μπορεί να λάβει τον εν λόγω τιμοκατάλογο και με αυτόν τον τρόπο καθίσταται αδύνατη την συμμετοχή της στον διαγωνισμό. Κατόπιν των ανωτέρω ο πέμπτος λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός.

16. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον έκτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι το άρθρο ...(σελ. 63) της διακήρυξης ορίζει ότι: «Η Αναθέτουσα Αρχή απαλλάσσεται από κάθε ευθύνη και υποχρέωση από τυχόν ατύχημα ή από κάθε άλλη αιτία κατά την εκτέλεση της προμήθειας» και η συλλήβδην απαλλαγή της Αναθέτουσας Αρχής από κάθε ευθύνη, ανεξαρτήτως πταίσματος, υπαιτιότητας είναι παράνομη. Οι οικονομικοί φορείς που θα συμμετέχουν στο διαγωνισμό υποχρεούνται να αποδεχθούν ένα άκρως καταχρηστικό όρο απαλλαγής ευθύνης της αναθέτουσας αρχής για κάθε αιτία.

17. Επειδή, ύστερα από την μελέτη των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, της παρέμβασης και του Υπομνήματος της προσφεύγουσας προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω έκτο λόγο: η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθείσες απόψεις της δεν απαντά στις αιτιάσεις της προσφεύγουσας αλλά απλώς αναφέρει το προσβαλλόμενο άρθρο. Ως εκ τούτου δεν αποδεικνύει για ποιο λόγο απαλλάσσεται η ίδια από κάθε ευθύνη για οποιαδήποτε αιτία κατά την εκτέλεση της προμήθειας και ο έκτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

18. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον έβδομο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι το άρθρο ...(σελ. 63) της διακήρυξης ορίζει ότι ο ποιοτικός έλεγχος των μηχανημάτων γίνεται με τους ακόλουθο/ους τρόπους: Α. Με μακροσκοπική εξέταση, Β. Με πρακτική δοκιμασία. Το κόστος της διενέργειας των ελέγχων βαρύνει τον ανάδοχο, επομένως αυτό το άρθρο είναι μη νόμιμο αφού ο ανάδοχος επιβαρύνεται αδικαιολόγητα με τα έξοδα ελέγχων που θέλει να πραγματοποιήσει η αναθέτουσα αρχή κατά την παραλαβή των μηχανημάτων.

19. Επειδή, ύστερα από την μελέτη των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, της παρέμβασης και του Υπομνήματος της προσφεύγουσας προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω έβδομο λόγο: η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθείσες απόψεις της δεν απαντά στις αιτιάσεις της προσφεύγουσας αλλά απλώς αναφέρει το

Αριθμός απόφασης: 659/2021

προσβαλλόμενο άρθρο. Ως εκ τούτου δεν αποδεικνύει για ποιο λόγο επιβαρύνει τους οικονομικούς φορείς με τα έξοδα ελέγχου και ο έβδομος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος.

20. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον όγδοο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι σχετικά με τον μαγνητικό τομογράφο η διακήρυξη απαιτεί την προσφορά μαγνητικού τομογράφου >1,5T. Στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης υπάρχουν οι εξής δύο όροι: Ο όρος 6(1) απαιτεί στο ΣΥΣΤΗΜΑ ΡΑΔΙΟΣΥΧΝΟΤΗΤΩΝ (ΔΕΚΤΗΣ) να διαθέτει «Ισχύ, kW, τουλάχιστον : > 25 kW». Ο όρος 7 (7) στα πηνία απαιτεί Πηνίο γόνατος > 18. Οι όροι αυτοί προσδίδουν αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην παρεμβαίνουσα και στα προϊόντα αυτής για τον εξής λόγο: Οι μαγνητικοί τομογράφοι διακρίνονται σε δύο μεγάλες κατηγορίες α) 1,5T και β) 3.0T ανάλογα με την ένταση του μαγνητικού πεδίου σε TESLA. Η διακήρυξη απαιτεί την προσφορά μαγνητικού τομογράφου >1,5T, δηλ. επιτρέπει την προσφορά και του μικρότερου μοντέλου των 1.5T και του πολύ μεγαλύτερου και ακριβότερου 3.0T. Οι ανωτέρω δύο αναφερόμενες προδιαγραφές καλύπτονται μόνο από τους μαγνητικούς τομογράφους 1.5T της εταιρείας ... και δεν καλύπτονται από τους μαγνητικούς τομογράφους 1.5T ούτε της εταιρείας μας ούτε της εταιρείας Επίσης καλύπτονται από τους μαγνητικούς τομογράφους 3.0T όλων των εταιρειών. Ο ισχυρισμός μας αυτός είναι αποδεδειγμένος και δεν χρειάζεται περαιτέρω τεκμηρίωση, αφού αυτό απάντησε η αναθέτουσα αρχή (ότι δηλ. η εταιρεία μας μπορεί να καλύψει τον όρο αυτό με μαγνητικό τομογράφο 3.0T) και έγινε δεκτό με την υπ' αριθμ. ΑΕΠΠ 824/2020 απόφαση όταν η ίδια είχε προσβάλλει τις ίδιες προδιαγραφές του ίδιου διαγωνισμού (ακυρώθηκε και επαναπροκηρύχθηκε ως επαναληπτικός). Επίσης, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η προδιαγραφή του άρθρου ...«Ισχύς, KW, τουλάχιστον: >25kW» , δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, αφού δεν συνιστά χαρακτηριστικό απολύτως αναγκαίο για τον λειτουργικό σκοπό που καλύπτει. Αντιθέτως, επιβαρύνει τη διαχείριση του ειδικού ρυθμού απορρόφησης (SAR) του συστήματος με ενδεχόμενες επιπτώσεις στην άνεση του ασθενούς, τον χρόνο εξέτασης και την ενεργειακή κατανάλωση του συστήματος. Για το λόγο αυτό όλοι οι κατασκευαστικοί οίκοι, πλην της ..., προσφέρουν εκπομπή ραδιοσυχνοτήτων με ισχύ χαμηλότερη από τη ζητούμενη σε συστήματα έντασης πεδίου 1.5T. Ο κατασκευαστικός οίκος ...διαθέτει ισχύ με αριθμητική τιμή 16kW ενώ ο κατασκευαστικός οίκος ... διαθέτει ισχύ 18KW. Αντιθέτως ο κατασκευαστικός οίκος

Αριθμός απόφασης: 659/2021

... διαθέτει μαγνητικούς τομογράφους με αυτό το τεχνικό χαρακτηριστικό. Η αριθμητική τιμή 25KW που απαιτεί η διακήρυξη: α) θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας τα προϊόντα της εταιρείας ...που διαθέτουν ακριβώς αυτή την ισχύ, 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, γ) δεν είναι η ελάχιστη αναγκαία, αφού αφενός μεν 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), αφετέρου δε επιβαρύνει τη διαχείριση του ειδικού ρυθμού απορρόφησης (SAR) του συστήματος με ενδεχόμενες επιπτώσεις στην άνεση του ασθενούς, τον χρόνο εξέτασης και την ενεργειακή κατανάλωση του συστήματος, δ) δεν επιτρέπει την υποβολή προσφοράς συστημάτων, όπως της ίδιας που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με αριθμητική τιμή με αριθμητική τιμή ισχύος 16kW.

Περαιτέρω όσον αφορά το άρθρο ...«Πηνίο γόνατος. - Αριθμός ανεξάρτητων καναλιών >18», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προδιαγραφή αυτή δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι εταιρείες διαθέτουν στα συστήματά τους μέγιστο αριθμό 16 ανεξάρτητων καναλιών. Όπως και στην προηγούμενη προδιαγραφή η συγκεκριμένη αριθμητική τιμή περιορίζει αφόρητα τον ανταγωνισμό αφού αποκλείει όλες τις υπόλοιπες εταιρείες που διαθέτουν μαγνητικούς τομογράφους και συμμετέχουν σε δημόσιους διαγωνισμούς στην Ελλάδα, χωρίς να προσφέρει κάποιο αναγκαίο λειτουργικό χαρακτηριστικό στο σύστημα μαγνητικής τομογραφίας αποκλείοντας την δυνατότητα υποβολής προσφοράς σε άλλη εταιρεία πλην της

21. Επειδή, ύστερα από την μελέτη των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, της παρέμβασης και του Υπομνήματος της προσφεύγουσας προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω όγδοο λόγο κατά των τεχνικών προδιαγραφών του μαγνητικού τομογράφου: Η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της όσον αφορά στον όρο ...της Διακήρυξης παραθέτει συγκεκριμένη αιτιολογία ότι η αξία της μεγαλύτερης ισχύος RF, έγκειται στο γεγονός ότι επιτυγχάνονται ταχύτεροι παλμοί που οδηγούν σε μικρότερους χρόνους εξέτασης και παραμονής του ασθενούς στον θάλαμο εξέτασης, στοιχεία που μεταφράζονται στην αύξηση της παραγωγικότητας του συστήματος κατά τον χρόνο λειτουργίας του και στην αποτύπωση καλύτερης ποιότητας εικόνας εξαιτίας της μεγαλύτερης ισχύος του RF και με μικρότερη

Αριθμός απόφασης: 659/2021

επιβάρυνση-λόγω συντόμευσης της εξέτασης-του εξεταζομένου σε ηλεκτρομαγνητική ακτινοβολία (SAR). Επιπλέον, η μεγαλύτερης ισχύος RF εκπομπή κατάλληλης συχνότητας παλμών, έχει σαν αποτέλεσμα τη διέγερση μεγαλύτερου αριθμού πυρήνων υδρογόνου (70% περίπου του ανθρωπίνου σώματος είναι νερό και περιέχει ως γνωστόν υδρογόνο) του εξεταζομένου, με αποτέλεσμα κατά την αποδιέγερσή των πυρήνων υδρογόνου να εκπέμπεται από το ανθρώπινο σώμα ισχυρότερο ηλεκτρομαγνητικό σήμα το οποίο βοηθά στην επίτευξη καλύτερης ποιοτικά διαγνωστικής εικόνας της ανατομίας του εξεταζομένου. Επίσης, όσον αφορά τον όρο ...αναφέρει συγκεκριμένα ότι τα περισσότερα ζητούμενα κανάλια (κεραίες λήψης) στο πηγίο μεταφράζονται σε συλλογή περισσότερου ηλεκτρομαγνητικού σήματος που εκπέμπεται από το γόνατο του εξεταζομένου, ταχύτερους χρόνους εξέτασης και σε καλύτερη ποιότητα διαγνωστικής εικόνας του γονάτου του εξεταζομένου. Όπως μάλιστα αποδεικνύεται η προσφεύγουσα διαθέτει τα μοντέλα ... και ..., τα οποία καλύπτουν τις ως άνω τεχνικές προδιαγραφές. Ως έχει κριθεί, επί προσβολής όρων διακήρυξης, η οποία, ως εκ του κανονιστικού της χαρακτήρα, δεν φέρει αιτιολογία (ΣΤΕ 812/2009, 1655/2008) και, δη, με αιτιάσεις που ανάγονται σε ζητήματα τεχνικής φύσεως, η ΑΕΠΠ δεν μπορεί να επιληφθεί πρωτοτύπως (πρβλ. ΕπΑνΣΤΕ 98/2011,50/2011 κ.α.) και οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής επί των αιτιάσεων αυτών δεσμεύουν την ΑΕΠΠ κατά την αντιμετώπισή τους και τη διαμόρφωση της αιτιολογίας αποδοχής ή απορρίψεώς τους (πρβλ. ΕπΑνΣΤΕ 82/2014, σκ. 10). Επομένως, από την στιγμή που η αναθέτουσα αρχή έχει αιτιολογήσει πλήρως τους λόγους για τους οποίους προτιμά ο μαγνητικός τομογράφος να έχει τις τεχνικές προδιαγραφές όπως ορίζονται από τα άρθρα ...και ..., πρέπει οι ισχυρισμοί της αυτοί να γίνουν δεκτοί. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι καθώς, αφενός μεν η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα απέδειξαν ότι η προσφεύγουσα διαθέτει μοντέλα τα οποία πληρούν τις εν θέματι προδιαγραφές και αφετέρου η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει ότι κανένα από τα προσφερόμενα από αυτήν μοντέλα δεν πληροί σωρευτικά τις εν θέματι προδιαγραφές. Σε κάθε δε περίπτωση, το γεγονός της ταύτισης των πληττόμενων προδιαγραφών με προϊόντα της παρεμβαίνουσας δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι αυτές είναι φωτογραφικές (ΔΕφΘεσ 265/2015, σκ. 21, ΕΑ ΣΤΕ 676/2011 σκ. 14, 1025/2010 σκ. 11, 836/2010 σκ. 8). Κατόπιν των ανωτέρω ο λόγος της προσφυγής που στρέφεται κατά των προδιαγραφών του μαγνητικού τομογράφου πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό του.

Αριθμός απόφασης: 659/2021

22. Επειδή, η προσφεύγουσα εν συνεχεία στρέφεται και κατά των τεχνικών προδιαγραφών του αξονικού τομογράφου και ισχυρίζεται με τον ένατο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ότι στις τεχνικές προδιαγραφές περιλαμβάνονται οι όροι: «...Απόδοση ≥ 50 KW (ονομαστική ή ισοδύναμη τιμή. Να κατατεθεί η σχετική βιβλιογραφία)» και «...Θερμοχωρητικότητα ανόδου λυχνίας : ≥ 5 MHU (ονομαστική ή ισοδύναμη τιμή. Να κατατεθεί η σχετική βιβλιογραφία)» Οι ανωτέρω προδιαγραφές κατά το μέρος που απαιτούν την κατάθεση βιβλιογραφίας είναι καταφανώς παράνομες, αφού εμποδίζουν τη διάθεση στο εμπόριο προϊόντων που φέρουν την σήμανση CE.

23. Επειδή, ύστερα από την μελέτη των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, της παρέμβασης και του Υπομνήματος της προσφεύγουσας προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω ένατο λόγο κατά των τεχνικών προδιαγραφών του αξονικού τομογράφου: Το άρθρο 54 παρ. 3 και 6 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι «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 πρότυπων, 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». «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.».

Το επίμαχο άρθρο της Διακήρυξης ορίζει ο υποψήφιος οικονομικός φορέας να καταθέσει βιβλιογραφία για να μπορέσει να αιτιολογήσει την ονομαστική από την ισοδύναμη-ονομαστική τιμή της απόδοσης της γεννήτριας ή της θερμοχωρητικότητας ανόδου του τομογράφου σε περίπτωση που αυτές διαφέρουν. Σε καμία περίπτωση δεν εμποδίζει ή απαγορεύει την διάθεση προϊόντων που φέρουν σήμανση CE, αφού η σήμανση αυτή σε τέτοιες περιπτώσεις δεν επαρκεί ώστε να αποδείξει την ισοδύναμη/πραγματική τιμή της λειτουργίας του αξονικού τομογράφου που έχει σημασία. Επομένως, ο ένατος ως άνω λόγος της προσφυγής είναι αβάσιμος και πρέπει να απορριφθεί.

24. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δέκατο λόγο της υπό κρίση προσφυγής ισχυρίζεται ότι: Οι αξονικοί τομογράφοι χωρίζονται σε κατηγορίες 16 τομών, 32 τομών και 64 τομών. Η διακήρυξη προδιαγράφει και απαιτεί ένα μηχάνημα 32 τομών. Μόνο η εταιρεία ... διαθέτει αξονικό τομογράφο 32 τομών. Επομένως όλες οι λοιπές εταιρείες για να συμμετέχουν στον διαγωνισμό πρέπει να προσφέρουν αξονικό τομογράφο 64 τομών, ο οποίος βεβαίως δεν μπορεί να ανταγωνιστεί σε τιμή ένα αξονικό τομογράφο 32 τομών.6.3. Τεχνική προδιαγραφή 2.1 «Απόδοση. ΑΠΑΙΤΗΣΗ): ≥ 50 (ονομαστική ή ισοδύναμη. Να κατατεθεί η σχετική βιβλιογραφία).». Η εταιρεία ... διαθέτει εκ του σχεδιασμού της συστήματα με χαμηλή ονομαστική απόδοση (κάτω από την ζητούμενη). Με την προσθήκη του όρου «ή ισοδύναμη» ευνοούνται τα προϊόντα της αφού με τη χρήση αλγόριθμου μπορεί και επιτυγχάνει τη ζητούμενη τιμή. Όμως το παραγόμενο αποτέλεσμα υστερεί. Οι ονομαστικές τιμές είναι αυτές που δίνουν την κανονική απόδοση του συστήματος. Οι ισοδύναμες τιμές προκύπτουν με την χρήση συγκεκριμένων αλγόριθμων μείωσης της δόσης από υπολογισμό θεωρητικών τιμών ισχύος ρεύματος, θερμοχωρητικότητας κτλ. Οι πιο σημαντικοί παράμετροι για την ποιότητα της εικόνας είναι η διακριτική ικανότητα και ο θόρυβος. Προκειμένου να έχουμε υψηλότερη διακριτική ικανότητα, αλλά και όσο το δυνατόν χαμηλότερο θόρυβο, θα πρέπει ο αξονικός τομογράφος να λειτουργεί σε υψηλότερα mA όταν αυτό χρειάζεται. Αυτό είναι ιδιαίτερα σημαντικό σε παχύσαρκους ασθενείς ή σε εξετάσεις που χρειάζονται υψηλή ποιότητα εικόνας. Με τον όρο αυτό ευνοούνται τα προϊόντα της εταιρείας ... που έχουν χαμηλή ονομαστική

Αριθμός απόφασης: 659/2021

τιμή απόδοσης και με τη χρήση του ισοδύναμου καλύπτουν την προδιαγραφή και συγκρίνονται με τα προϊόντα της εταιρείας που επειδή διαθέτουν μεγαλύτερη ονομαστική τιμή απόδοσης είναι ακριβότερα σε τιμή.

6.4. Τεχνική προδιαγραφή 4.2: «Αριθμός ανεξάρτητων σειρών ανιχνευτών στον Z-άξονα. ΑΠΑΙΤΗΣΗ: ≥ 32 ». Η απαίτηση για 32 ανεξάρτητες σειρές ανιχνευτών ευνοεί τους αξονικούς τομογράφους της εταιρείας ..., αφού οι λοιπές εταιρείες στους αξονικούς τομογράφους δεν διαθέτουν αυτή την τιμή στην κατηγορία των 16 τομών, αλλά σε αυτή των 64 τομών.

6.5. Τεχνική προδιαγραφή 6.3: «αριθμός ταυτόχρονων τομών σε axial & helical mode ΑΠΑΙΤΗΣΗ: ≥ 32 ». Και σε αυτή την προδιαγραφή ισχύουν όσα αναφέρονται ανωτέρω η απαίτηση για 32 ανεξάρτητες σειρές ανιχνευτών ευνοεί τους αξονικούς τομογράφους της εταιρείας ..., αφού οι λοιπές εταιρείες στους αξονικούς τομογράφους δεν διαθέτουν αυτή την τιμή στην κατηγορία των 16 τομών, αλλά σε αυτή των 64 τομών.

25. Επειδή, ύστερα από την μελέτη των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, της παρέμβασης και του Υπομνήματος της προσφεύγουσας προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον ως άνω δέκατο λόγο κατά των τεχνικών προδιαγραφών του αξονικού τομογράφου: Η προσφεύγουσα διαθέτει το μοντέλο ..., ενώ η ... το μοντέλο Και τα δύο αυτά μοντέλα αξονικών, πληρούν τις τιθέμενες από την Διακήρυξη προδιαγραφές ως προς όλα τα τεχνικά στοιχεία που αναφέρει η προσφεύγουσα στους ισχυρισμούς της κατά του αξονικού τομογράφου. Επομένως η προσφεύγουσα διαθέτει μοντέλα τα οποία πληρούν τις εν θέματι προδιαγραφές και δεν αποδεικνύει ότι κανένα από τα προσφερόμενα από αυτήν μοντέλα δεν πληροί σωρευτικά τις εν θέματι προδιαγραφές. Σε κάθε δε περίπτωση, το γεγονός της ταύτισης των πληττόμενων προδιαγραφών με προϊόντα της παρεμβαίνουσας δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι αυτές είναι φωτογραφικές (ΔΕφΘεσ 265/2015, σκ. 21, ΕΑ ΣΤΕ 676/2011 σκ. 14, 1025/2010 σκ. 11, 836/2010 σκ. 8) και ως εκ τούτου οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι στο σύνολό τους. Περαιτέρω, όπως έχει παγίως κριθεί, οι λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου στο πλαίσιο ακολουθούμενης εμπορικής πολιτικής (ΣΤΕ ΕΑ 581/2008), είναι

Αριθμός απόφασης: 659/2021

απορριπτέοι, ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007. Επομένως και εξ αυτού του λόγου πρέπει να απορριφθούν οι υπό κρίση αιτιάσεις της προσφεύγουσας.

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή.

27. Επειδή ύστερα από την παραπάνω σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τα άρθρα ..., ... και ...της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο ως άνω σκεπτικό της παρούσης.

Απορρίπτει την Προδικαστική προσφυγή κατά τα λοιπά.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου ποσού €5.263,00 με κωδικό

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στις 7 Απριλίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ

Αριθμός απόφασης: 659/2021