

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Ιουνίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Ιωάννα Θεμελή, Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου-Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα Μέλη.

Για να εξετάσει την από 25-05-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 634/26-5-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ..., οδός ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής «παρεμβαίνουσα»), με έδρα το ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αρ. ... Διακήρυξη, άλλως οι αναφερόμενοι όροι και προδιαγραφές αυτής και να της χορηγηθεί αντίγραφο των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, καθώς και οιοδήποτε συνοδευτικού εγγράφου κατατεθεί από την αναθέτουσα αρχή.

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της ως άνω προσφυγής και τη διατήρηση του κύρους της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 3.630 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., το από

Αριθμός απόφασης: 824/2020

25-05-2020 αποδεικτικό τραπεζικής συναλλαγής της Τράπεζας ... για την πληρωμή του εν λόγω παραβόλου και εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»). Το ποσό του παραβόλου υπολογίζεται με βάση την προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης για το είδος με α/α 1 ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ στο οποίο αφορά η υπό εξέταση προσφυγή, ήτοι 725.806,45 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2.Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκήρυξε διεθνή δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την «Προμήθεια και εγκατάσταση ενός (1) Μαγνητικού Τομογράφου και ενός (1) Αξονικού Τομογράφου για τις ανάγκες του ...», στο πλαίσιο της Συμφωνίας Συμβιασμού μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της Εταιρείας “...” (ΥΠΟΙΚ 07085ΕΞ2012/27.8.12, ΦΕΚ τ.Α´164/27-8-12), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής ανά είδος, προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.305.000 € συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και του κόστους της πενταετούς (5 έτη) συντήρησης του εξοπλισμού μετά τη λήξη του προσφερόμενου χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 29-04-2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης ενώ το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 29-04-2020 (Α.Δ.Α.Μ. ...) καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

4. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016.

5.Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 25-05-2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 29.04.2020, ήτοι ασκήθηκε εντός της προθεσμίας των 10 ημερών από την τεκμαιρόμενη γνώση της προσφεύγουσας στις 14-05-2020,

Αριθμός απόφασης: 824/2020

και παρά τη δήλωσή της ότι έλαβε γνώση στις 15-05-2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν 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 (λυσίτελή) συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ, 146-148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

7. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11^{ης}-1-2005, C-26/03, *StadtHalle*, σκέψη 40).

8. Επειδή η προσφεύγουσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, ως ενδεχόμενα βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς της, ευνοούν μεν παρανόμως τα προϊόντα συγκεκριμένης ανταγωνίστριας εταιρείας, την οποία κατονομάζει, καθιστούν δε αδύνατη τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει, καθώς δηλώνει ότι: «1. *ΕΙΣΑΓΩΓΙΚΑ*

Η εταιρεία μας προτίθεται να συμμετάσχει στον ανωτέρω αναφερόμενο διαγωνισμό για το είδος α/α 1, προμήθεια και εγκατάσταση ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΥ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΥ προϋπολογισμού 900.000 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου

Αριθμός απόφασης: 824/2020

ΦΠΑ. Με την παρούσα προσφεύγουμε νομίμως και εμπροθέσμως, κατά των όρων/προδιαγραφών της ανωτέρω αναφερόμενης διακήρυξης μόνο για το ανωτέρω είδος.

Ο διαγωνισμός, όπως θα αναλύσουμε κατωτέρω, στα ειδικά κεφάλαια προσβάλλει τις αρχές της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της αναλογικότητας, νοθεύοντας τον διαγωνισμό, αφού ευνοεί παρανόμως την συμμετοχή και τα προϊόντα της εταιρείας ... και μάλιστα με δύο τρόπους :

A. Ο διαγωνισμός γίνεται στο πλαίσιο της Συμφωνίας Συμβιβασμού μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της Εταιρείας “...” (ΥΠΟΙΚ 07085ΕΞ2012/27.8.12, ΦΕΚ τ.Α΄164/27-8-12) και αφορά προμήθεια ιατρικού μηχανήματος που εμπορεύεται η εταιρεία Ο όρος του διαγωνισμού για πληρωμή της προμήθειας από την εταιρεία ..., στρεβλώνει τον ανταγωνισμό, δίνοντας στην εταιρεία αυτή ανταγωνιστικό πλεονέκτημα, όπως θα αναλύσουμε κατωτέρω στον σχετικό λόγο προσφυγής.

B. Η εταιρεία ... εμπορεύεται στην Ελλάδα τα ιατρικά μηχανήματα του εδρεύοντος στις ΗΠΑ κατασκευαστικού οίκου ... (μέλος του ομίλου ...).

Τα προϊόντα του κατασκευαστικού οίκου, μεταξύ των οποίων και το υπό προμήθεια είδος, εδώ και δεκαετίες έχουν εγκατασταθεί και χρησιμοποιούνται στα μεγαλύτερα νοσοκομεία του κόσμου. Είναι αναμφισβήτητο ότι τα ιατρικά μηχανήματα του κατασκευαστικού οίκου ... περιλαμβάνονται στα πιο εξελιγμένα τεχνολογικά και φημισμένα διεθνώς ιατροτεχνολογικά προϊόντα.

Οι τεχνικές προδιαγραφές των μηχανημάτων μας είναι σύμφωνες με τις σύγχρονες τεχνολογικές απαιτήσεις όλων των νοσοκομείων του κόσμου και επιλέγονται κατά τέτοιο τρόπο ώστε να υπερκαλύπτουν όλες τις απαιτήσεις που καθορίζονται από μακροχρόνιες επιστημονικές έρευνες της ιατρικής κοινότητας. Αυτές οι τεχνικές προδιαγραφές που καλύπτουν τις ανάγκες των μεγαλύτερων νοσοκομείων του κόσμου και προέρχονται από μακροχρόνιες έρευνες αναγνωρισμένων επιστημόνων, φαίνεται ότι δεν καλύπτουν τις τεχνικές προδιαγραφές που έχουν τεθεί στη συγκεκριμένη διακήρυξη. Η αναθέτουσα αρχή, αδιαφορώντας για τα διεθνή πρότυπα, τη σήμανση CE MARK κλπ επέλεξε αυθαίρετες αριθμητικές τιμές, οι οποίες ενδεχομένως καλύπτονται από άλλα προϊόντα άλλων κατασκευαστικών οίκων, αλλά τα μεγαλύτερα νοσοκομεία όλου του κόσμου δεν τις θεωρούν ως αναγκαίες και

Αριθμός απόφασης: 824/2020

κρίσιμες και έχουν επιλέξει τα ιατρικά μηχανήματά μας, τα οποία διεθνώς θεωρούνται από τα πιο εξελιγμένα τεχνολογικά της αγοράς. Στους διαγωνισμούς μαγνητικών τομογράφων της τελευταίας 10ετίας στην Ελλάδα συμμετέχουν και υποβάλλουν προσφορά τρεις οικονομικοί φορείς : η εταιρεία μας ..., η εταιρεία ... και η εταιρεία Αν με τις προδιαγραφές αποκλείεται έστω και μια από αυτές τις εταιρείες περιορίζεται αφόρητα ο ήδη περιορισμένος ανταγωνισμός σε αυτό το είδος ιατρικών μηχανημάτων. Με τις προσβαλλόμενες προδιαγραφές του συγκεκριμένου διαγωνισμού εμποδίζονται να υποβάλλουν προσφορά οι δύο από τις τρεις εταιρείες που δραστηριοποιούνται στην Ελλάδα και λαμβάνουν μέρος σε δημόσιους διαγωνισμούς μαγνητικών τομογράφων, μετατρέποντας την ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία σε απευθείας ανάθεση στην εταιρεία

Με αυτό τον τρόπο αφενός μεν νοθεύεται ο ανταγωνισμός, αφετέρου δε βλάπτεται και το δημόσιο συμφέρον, αφού περιορίζεται σημαντικά ο ούτως ή άλλως πολύ μικρός αριθμός των εταιρειών που διαθέτουν τέτοια ιατρικά προϊόντα και μπορούν να συμμετέχουν στον διαγωνισμό.

2. ΑΔΥΝΑΜΙΑ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΣΤΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ

Σύμφωνα με τα άρθρα 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, άρα και σε όποιον ενδιαφέρεται για συμμετοχή σε διαγωνισμό.

Έχει κριθεί ότι ο προσφεύγων κατά των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, οφείλει να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατά την άποψή του τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή του στον διαγωνισμό.

Η εταιρεία μας ... δραστηριοποιείται στην σχετική με τον διαγωνισμό αγορά και οι προσβαλλόμενες προδιαγραφές μία-μία χωριστά και όλες μαζί συνολικά, εμποδίζουν την συμμετοχή της στο διαγωνισμό, αφού αποκλείουν τη συμμετοχή όλων των προϊόντων της εταιρείας μας και παρίσταται απολύτως βέβαιη η απόρριψη της προσφοράς μας. Επομένως η διατήρηση της ισχύος των προβαλλόμενων όρων και προδιαγραφών καθιστούν αντικειμενικά

αδύνατη την συμμετοχή της εταιρείας μας στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία [...]

7. ENNOMO SYMΦEPON

Είναι βέβαιο ότι ο συνδυασμός των ανωτέρω παρανομών τεχνικών χαρακτηριστικών εμποδίζει την συμμετοχή της εταιρείας μας στο διαγωνισμό, αφού είναι σίγουρο ότι κατά την τεχνική αξιολόγηση της προσφοράς, αυτή θα κριθεί μη αποδεκτή στην τεχνική αξιολόγηση, επειδή δεν καλύπτονται όλες οι ανωτέρω περιγραφόμενες τεχνικές προδιαγραφές. Ο συνδυασμός των ανωτέρω τεχνικών προδιαγραφών αποκλείει την υποβολή τεχνικής προσφοράς σε οιαδήποτε άλλη εταιρεία.

Με την παρούσα δεν προσβάλλεται η σκοπιμότητα θέσπισης των συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών, αλλά θέλουμε να καταδείξουμε ότι αυτές οι τεχνικές προδιαγραφές εμποδίζουν τον ανταγωνισμό χωρίς να συνεπάγονται απαραίτητα την απόκτηση ενός καλύτερου μηχανήματος για την αναθέτουσα αρχή.

Επίσης η εταιρεία μας δεν προσπαθεί να προδιαγράψει τα προς προμήθεια είδη ανάλογα με τα τεχνικά χαρακτηριστικά που διαθέτουν τα προϊόντα του κατασκευαστικού οίκου ..., αλλά προσπαθεί να καταδείξει ότι φαντάζει παράλογο και καταφανώς παράνομο να αποκλείονται από τις τεχνικές προδιαγραφές όλα τα μοντέλα όλων των μεγάλων κατασκευαστικών οίκων επειδή κρίνονται ως σπουδαίες και απολύτως αναγκαίες οι αριθμητικές τιμές ενός συγκεκριμένου προϊόντος συγκεκριμένου κατασκευαστικού οίκου.

Είναι πραγματικά πολύ εύκολο σε μια αναθέτουσα αρχή να δικαιολογήσει τεχνικά την δήθεν «αναγκαιότητα» μιας αριθμητικής τιμής και με αυτό τον τρόπο να αποκλειστούν όλοι οι υποψήφιοι συμμετέχοντες πλην ενός. Μάλιστα δεν αρκεί να παρέχει πλήρη αιτιολογία, αλλά να σημειώσει μια φράση «το θεωρούμε αναγκαίο», «δίνει μεγαλύτερη δύναμη», «έχει καλύτερο αποτέλεσμα» κλπ, αφού ποτέ δεν προσκομίζεται τεκμηριωμένη βιβλιογραφικά απόδειξη της χρησιμότητας των προσβαλλομένων τεχνικών προδιαγραφών.

Ακόμα και αν κάποιος προσφεύγων αποδείξει όλα τα ανωτέρω υψώνεται το ανυπέρβλητο εμπόδιο της παγιωμένης άποψης «από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων» και κυρίως «δεν είναι άνευ ετέρου

Αριθμός απόφασης: 824/2020

παράνομος όρος διακήρυξης και επομένως και τεχνική προδιαγραφή για τον μόνο λόγο ότι απλώς περιορίζει τον ανταγωνισμό και αυτό ακόμη και όταν η τεθείσα προδιαγραφή καθιστά κατ' αποτέλεσμα μόνο έναν οικονομικό φορέα ή ένα προϊόν ως δυνάμενο να μετάσχει στη διαδικασία παραδεκτώς». Οι αιτιολογίες αυτές συνιστούν τον κυριότερο λόγο απόρριψης προδικαστικών προσφυγών κατά των (τεχνικών) προδιαγραφών και πραγματικά φαντάζει ανυπέρβλητος νομικά, αφού ακόμα και αν αποδειχθούν όλα τα ανωτέρω και πάλι η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εμμένει στη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, μολοντί αποδεδειγμένα καλύπτονται μόνο από έναν οικονομικό φορέα.

Έχοντας όλα τα ανωτέρω στη νομική τους φαρέτρα οι αναθέτουσες αρχές εύκολα μπορούν να διαμορφώσουν τεχνικές προδιαγραφές που ευνοούν συγκριμένα προϊόντα, χωρίς οι υπόλοιποι οικονομικοί φορείς να μπορούν να αντιδράσουν σε αυτό.

Άμεση συνέπεια αυτού είναι ότι ο οικονομικός φορέας, ο οποίος γνωρίζει ότι τα προϊόντα του ευνοούνται από τις προδιαγραφές και μόνο αυτός μπορεί να υποβάλλει αποδεκτή τεχνική προσφορά, συνήθως προσφέρει στην οικονομική του προσφορά τιμή στο όριο του προϋπολογισμού, αφού γνωρίζει ότι στο στάδιο της οικονομικής αξιολόγησης των προσφορών θα έχει απομείνει μόνο η δική του προσφορά. Η περίπτωση αυτή είναι χαρακτηριστικό παράδειγμα νόθευσης ανταγωνισμού και υπερκοστολογημένης προσφοράς, όπως αυτή ορίζεται και από την οργάνωση «ΔΙΕΘΝΗ ΔΙΑΦΑΝΕΙΑ – ΕΛΛΑΣ» <http://integritypact.gr/>, ήτοι «ο υποψήφιος υποβάλλει οικονομική προσφορά υψηλότερη από τις αξίες της αγοράς, είτε γιατί γνωρίζει ότι θα είναι ο μοναδικός υποψήφιος, είτε εξαιτίας άλλων λόγων που εμποδίζουν οποιονδήποτε άλλο ενδιαφερόμενο να κερδίσει το διαγωνισμό» [...]

Περαιτέρω, σύμφωνα με τα άρθρα 360 και 367 του Ν.4412/2016, η προσφεύγουσα απαραδέκτως αιτείται τη χορήγηση αντιγράφων των απόψεων της αναθέτουσας αρχής καθώς και οιοδήποτε συνοδευτικού εγγράφου κατατεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το έγγραφο της υπό εξέταση προσφυγής (βλ. ΑΕΠΠ 107/2020, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου).

9. Επειδή στις 27-05-2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους ενδιαφερόμενους τρίτους δια

Αριθμός απόφασης: 824/2020

μέσω της κεντρικής σελίδας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή με την με αρ. 781/2020 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

11. Επειδή στις 5-06-2020 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της στην ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, επί της υπό εξέταση προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στην προσφεύγουσα.

12. Επειδή η παρεμβαίνουσα κατέθεσε εμπροθέσμως στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την από 9-06-2020 με αρ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ ΠΑΡ. 730/2020 παρέμβαση δοθέντος ότι έλαβε γνώση στις 27-05-2020 της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και με έννομο συμφέρον αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, καθώς αν και δεν έχει υποβάλει προσφορά υπαγόμενη στο ρυθμιστικό πεδίο εφαρμογής της πράξης με την ιδιότητα του συμμετέχοντος στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, τυχόν αποδοχή της υπό κρίση προσφυγής είναι βλαπτική για αυτήν καθώς η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση όρων της Διακήρυξης που, κατά τους ισχυρισμούς της, ευνοούν την παρεμβαίνουσα και της προσδίδουν ανταγωνιστικό πλεονέκτημα (ΣΤΕ 1936/2014, βλ. και εξ αντιδιαστολής ΑΕΠΠ 1047/2019, σκ. 8).

13. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 υποπαρ. Β του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 (όπως επαναλαμβάνεται και στην παρ. 2 του άρθρου 9 του ΠΔ 39/2017): *«[...] Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης»* ενώ βάσει του τελευταίου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως αυτό προστέθηκε με το ν. 4605/2019 (ΦΕΚ52/Α/1-4-2019): *«Υπομνήματα επί των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της Αναθέτουσας Αρχής κατατίθενται μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής»*. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στις 11.06.2020 υπέβαλε

Αριθμός απόφασης: 824/2020

μέσω της «Επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού Υπόμνημά της αντικρούοντας τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, οι οποίες τις κοινοποιήθηκαν στις 5.06.2020 μέσω της «Επικοινωνίας» του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού, και δοθέντος ότι η συζήτηση της προσφυγής ορίσθηκε στις 29.06.2020, το ανωτέρω Υπόμνημα υποβλήθηκε εμπροθέσμως και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

Περαιτέρω, στις 23-06-2020, η προσφεύγουσα υπέβαλε και δεύτερο υπόμνημα αντικρούοντας τους ισχυρισμούς της παρεμβαίνουσας ισχυριζόμενη ότι : *«Σύμφωνα με τη νομολογία (Σ.τ.Ε. 780/2019, Σ.τ.Ε. ΕΑ 395/2018) «κατά το στάδιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής από την Αρχή πρέπει να παρέχεται η δυνατότητα στον ασκήσαντα την προσφυγή να λαμβάνει γνώση τόσο των απόψεων της αναθέτουσας αρχής επί της προσφυγής, όσο και της τυχόν ασκηθείσης παρεμβάσεως, προκειμένου να διασφαλίζονται κατά το στάδιο αυτό οι προϋποθέσεις ουσιαστικής αντιμωλίας».* Μολονότι στο άρθρο 365 του Ν. 4412/2016, δεν αναφέρεται ρητώς η δυνατότητα του προσφεύγοντος να αντικρούσει την ασκηθείσα παρέμβαση, γίνεται δεκτό με αποφάσεις της Αρχής και υπό το πρίσμα της ανωτέρω αναφερόμενης σχετικής νομολογίας ότι προς διασφάλιση κατά το στάδιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής των προϋποθέσεων ουσιαστικής αντιμωλίας, υφίσταται δυνατότητα κατάθεσης σχετικού υπομνήματος, το οποίο αντικρούει την ασκηθείσα παρέμβαση, υπό την προϋπόθεση ότι θα έχει κατατεθεί πέντε (5) ημέρες πριν την ορισθείσα εξέταση. (ΑΕΠΠ 852/2019)».

Εξάλλου, στις 30-06-2020 η παρεμβαίνουσα υπέβαλε υπόμνημα προς αντίκρουση του δεύτερου υπομνήματος της προσφεύγουσας στο οποίο αιτείται τη μετάθεση της ημερομηνίας συζήτησης της υπό εξέταση προσφυγής διότι το ως άνω υπόμνημα της κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στις 24-06-2020 ώστε *«αντικειμενικά καθίσταται ανέφικτη η τήρηση της νόμιμης προθεσμίας προδικασίας περί εμπρόθεσμης υποβολής υπομνήματος έως πέντε (5) ημέρες πριν από τη συζήτηση της προσφυγής»* ενώ για το παραδεκτό του κατατεθέντος από αυτήν υπομνήματος αναφέρει επί λέξει τα κάτωθι: *«Η προσφεύγουσα επικαλείται την με αριθμό 852/2019 Απόφαση του 2ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ σύμφωνα με την οποία: '9. Επειδή, περαιτέρω, από τη*

Αριθμός απόφασης: 824/2020

διάταξη του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016, συνάγεται σαφώς ότι ο προσφεύγων δύναται να καταθέσει σχετικό Υπόμνημά του επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της τυχόν συμπληρωματικής αιτιολογίας που αυτή παραθέτει και ότι καίτοι δεν υφίσταται ρητή αναφορά στις ανωτέρω διατάξεις περί σχετικής αυτοτελής δυνατότητας προς αντίκρουση τυχόν ασκηθείσας παρέμβασης, θα πρέπει να γίνει δεκτό και υπό το πρίσμα της ανωτέρω παρατεθείσας σχετικής νομολογίας (Σ.τ.Ε. 780/2019, Σ.τ.Ε. ΕΑ 395/2018) ότι προς διασφάλιση κατά το στάδιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής των προϋποθέσεων ουσιαστικής αντιμωλίας, υφίσταται δυνατότητα κατάθεσης σχετικού υπομνήματος, το οποίο αντικρούει μεταξύ άλλων και την τυχόν ασκηθείσα παρέμβαση.....’

Η δε προσφεύγουσα επικαλούμενη αυτήν ακριβώς την Απόφαση διαλαμβάνει ότι: ‘Μολονότι στο άρθρο 365 του Ν. 4412/2016, δεν αναφέρεται ρητώς η δυνατότητα του προσφεύγοντος να αντικρούσει την ασκηθείσα παρέμβαση, γίνεται δεκτό με αποφάσεις της Αρχής και υπό το πρίσμα της ανωτέρω αναφερόμενης σχετικής νομολογίας ότι προς διασφάλιση κατά το στάδιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής των προϋποθέσεων ουσιαστικής αντιμωλίας, υφίσταται δυνατότητα κατάθεσης σχετικού υπομνήματος, το οποίο αντικρούει την ασκηθείσα παρέμβαση, υπό την προϋπόθεση ότι θα έχει κατατεθεί πέντε (5) ημέρες πριν την ορισθείσα εξέταση.’

Αντιλαμβάνεται κανείς ότι η παραπάνω νομολογία και ισχυρισμός της προσφεύγουσας δεν δύναται να ισχύσει μονομερώς για ένα εκ των εμπλεκόμενων μερών στη διαδικασία εξέτασης προδικαστικής προσφυγής του Ν.4412/2016, ήτοι για την προσφεύγουσα η οποία φέρεται να νομιμοποιείται στην υποβολή δευτέρου υπομνήματος προς αντίκρουση της παρέμβασης της εταιρείας μας, ενώ η παρεμβαίνουσα εταιρεία μας ως ήδη έχει κριθεί νομολογιακώς να στερείται εξ αρχής του δικαιώματος αντίκρουσης επειδή δεν προβλέπεται από το νομοθετικό πλαίσιο δυνατότητα της παρεμβαίνουσας προς αντίκρουση τυχόν κατατεθέντος υπομνήματος της προσφεύγουσας. Στην περίπτωση αυτή υφίσταται προφανής καταστρατήγηση των προϋποθέσεων ουσιαστικής αντιμωλίας που επικαλείται η ίδια η προσφεύγουσα η οποία φέρεται δις να παραθέτει κι αντικρούει τις απόψεις της Αναθέτουσας και την ένδικο παρέμβαση μας.

Αριθμός απόφασης: 824/2020

Υπό το πρίσμα των παραπάνω δεδομένων αιτούμαστε όπως εξεταστεί η ουσιαστική βασιμότητα των ισχυρισμών μας προς εξασφάλιση του μέτρου ίσης κρίσης.».

14. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, η προσφεύγουσα, προκειμένου να θεμελιώσει το παραδεκτό της άσκησης του δεύτερου υπομνήματός της, επικαλείται την νομολογία η οποία, εν τέλει, προκάλεσε την παρέμβαση του νομοθέτη με την τροποποίηση του άρθρου 365 του Ν.4412/2016 ως ίσχυε στην προηγούμενη μορφή του, όπου δεν προβλέπονταν η δυνατότητα υποβολής υπομνήματος του προσφεύγοντος, παρά το γεγονός ότι υφίστατο η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής για παράθεση αρχικής ή συμπληρωματικής αιτιολογίας με τις απόψεις της. Ως εκ τούτου, κατά την αντίληψη του νομοθέτη ως αυτή εκφράστηκε ρητώς και σαφώς με το νέο άρθρο 365 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 43, παρ. 42 του Ν.4605/2019, ΦΕΚ Α΄ 52) υπό το πνεύμα της ως άνω επικαλούμενης νομολογίας, κατά το στάδιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής, οι προϋποθέσεις ουσιαστικής αντιμωλίας διασφαλίζονται με τη δυνατότητα υποβολής υπομνήματος από τον προσφεύγοντα προς αντίκρουση των απόψεων και της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής. Εξάλλου, τη μη ρητή νομοθετική πρόβλεψη υποβολής υπομνήματος προς αντίκρουση της παρέμβασης παραδέχεται και η προσφεύγουσα. Η εν λόγω νομοθετική επιλογή συνάδει τόσο με την απαιτούμενη ταχύτητα και αποτελεσματικότητα της διαδικασίας εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ όσο και με τη συστηματική ερμηνεία του ισχύοντος θεσμικού πλαισίου σύμφωνα με το οποίο, σε περίπτωση που αυτό κριθεί αναγκαίο, παρέχει τη δυνατότητα αναζήτησης στοιχείων και διευκρινίσεων από το αποφασίζον Κλιμάκιο (βλ. ενδεικτικά άρθρο 10 ΠΔ 38/2017 και άρθρα 12, παρ. 3-4 ΠΔ 39/2017). Επομένως, το δεύτερο υπόμνημα της προσφεύγουσας προς αντίκρουση της παρέμβασης ασκείται απαραδέκτως και δεν εξετάζεται στα πλαίσια της παρούσας διαδικασίας, διότι δεν προβλέπεται στο ισχύον νομοθετικό πλαίσιο εξέτασης της προδικαστικής προσφυγής η δικονομική δυνατότητα αντίκρουσης των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος παρά μόνο των απόψεων της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΑΕΠΠ 713/2020, 679/2020, 274/2020, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου). Ομοίως,

Αριθμός απόφασης: 824/2020

απαραδέκτως ασκήθηκε και το υπόμνημα της παρεμβαίνουσας προς αντίκρουση του δεύτερου υπομνήματος της προσφεύγουσας με το οποίο αιτείται, επίσης απαραδέκτως, τη μετάθεση της ημερομηνίας συζήτησης της υπό εξέταση προσφυγής, και για τον λόγο αυτό δεν λαμβάνεται, επίσης, υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

15. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

16. Επειδή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ειδικότερα, στην προσφυγή της ότι: « [...] 3. **ΟΙ ΝΟΜΙΚΕΣ ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΚΑΙ Η ΝΟΜΟΛΟΓΙΑ ΣΤΙΣ ΟΠΟΙΕΣ ΣΤΗΡΙΖΟΝΤΑΙ ΟΙ ΠΡΟΒΑΛΛΟΜΕΝΟΙ ΛΟΓΟΙ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ**

ΓΕΝΙΚΑ. Έχει παγίως κριθεί ότι είναι αντίθετοι με το Νόμο οι όροι της διακήρυξης όταν πλήττουν τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων ή και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ τους (βλ. ΣτΕ 923/2016), όταν ζητούν επιπλέον χαρακτηριστικά του προς προμήθεια προϊόντος από όσα προβλέπονται από Κανονιστικές Πράξεις Κοινοτικής Νομοθεσίας (CE), χωρίς αιτιολόγηση και χωρίς την προηγούμενη γνώμη του αρμοδίου εσωτερικού Φορέα (π.χ. ΕΟΦ) - (βλ. ΣτΕ 1863/2014), όταν με σαφείς και χαρακτηριστικούς όρους προσδιορίζεται το ζητούμενο προς προμήθεια προϊόν είτε με όρους γεωγραφικής προέλευσης, χωρίς ιδιαίτερο λόγο (βλ. ΕΛΣυν Μειζ 7μελ 2907/2012), είτε με άλλα χαρακτηριστικά που περιορίζουν δραματικά τον ανταγωνισμό σε σημείο που αποκλείει όλους τους πιθανούς προσφέροντες, πλην ενός, (βλ. ΕΛΣυν Μειζ 1923/2016) ή όταν έρχονται σε αντίθεση με Ευρωπαϊκά ή Εθνικά Πρότυπα ή μονογραφίες που έχουν ληφθεί υπόψη για τη σύνταξη των παραπάνω και έχουν δημοσιευθεί στην Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων.

3.1. ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΠΟΥ ΕΜΠΟΔΙΖΟΥΝ ΤΟΝ ΑΝΤΑΓΩΝΙΣΜΟ ΕΥΝΟΩΝΤΑΣ ΣΥΓΚΕΚΡΙΜΕΝΑ ΙΑΤΡΙΚΑ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΑ

Στο άρθρο 54 του Νόμου 4412/2016 (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζεται ότι:

«2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως

Αριθμός απόφασης: 824/2020

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 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», 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 παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά».

Επίσης, στο άρθρο 18 του Νόμου 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζονται τα εξής:

«1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.

Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεση τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου

Αριθμός απόφασης: 824/2020

(άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων».

Στις ανωτέρω διατάξεις ο νομοθέτης εισάγει αυστηρούς περιορισμούς και ειδικούς κανόνες στις αναθέτουσες αρχές κατά την σύνταξη των τεχνικών προδιαγραφών. Συγκεκριμένα:

Οι προδιαγραφές πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση και να μην δημιουργούν αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό.

Από τις ανωτέρω διατάξεις, που διέπουν τον υπό κρίσιν διαγωνισμό, προκύπτει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να διατυπώνονται με τέτοιο τρόπο ώστε να διασφαλίζεται η ευρύτερη δυνατή συμμετοχή στο διαγωνισμό, και μέσω του υγιούς ανταγωνισμού να επιτυγχάνονται οι πλέον συμφέροντες όροι προμήθειας για την αναθέτουσα αρχή. Συνεπώς δεν είναι νόμιμες οι τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες περιορίζουν τον ανταγωνισμό, αποκλείοντας αδικαιολόγητα τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό εν δυνάμει διαγωνιζομένων.

Στην διακήρυξη δεν πρέπει να περιέχονται τεχνικές προδιαγραφές που ευνοούν ορισμένες επιχειρήσεις ή προϊόντα.

Στο άρθρο 54 του Νόμου 4412/2016 (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ρητώς ορίζεται ότι οι τεχνικές προδιαγραφές:

«4. 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». Επομένως, σύμφωνα με το νόμο και την πάγια θέση της νομολογίας, στη διακήρυξη δεν πρέπει να περιέχονται τεχνικές προδιαγραφές που κάθε μία ξεχωριστά ή όλες μαζί συνολικά περιορίζουν τον ανταγωνισμό και ευνοούν συγκεκριμένα ιατρικά μηχανήματα ή προϊόντα.

3.2. ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΠΟΥ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΥΝ ΤΙΣ ΑΡΧΕΣ ΤΗΣ ΙΣΗΣ ΜΕΤΑΧΕΙΡΙΣΗΣ, ΤΗΣ ΑΠΑΓΟΡΕΥΣΗΣ ΤΩΝ ΔΙΑΚΡΙΣΕΩΝ ΚΑΙ ΤΗΣ

ΑΝΑΛΟΓΙΚΟΤΗΤΑΣ

Κατά πάγια νομολογία η Αναθέτουσα Αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης προμήθειας, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές του προς προμήθεια είδους με βάση τις ανάγκες και την σκοπιμότητα χρήση του, η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών, που η Αναθέτουσα κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό.

Όμως και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από της απόψεως της τηρήσεως του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010).

Είναι αδικαιολόγητος ο περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω τεχνικής προδιαγραφής που λειτουργεί ως κριτήριο αποκλεισμού από την ανάθεση, όταν μεταξύ άλλων :

α) δεν συνδέεται με το αντικείμενο της σύμβασης (πρβλ. σημ. 46 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, βλ. και ΔΕΕ, απόφαση της 17ης Σεπτεμβρίου 2002, C-513/99 *Concordia*, Συλλογή 2002, σ. I-7213, σκέψεις 59 και 65, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01 *Wienstrom*, Συλλογή 2003, σ. I4527, σκέψη 34) ή β) παραβιάζει αρχές του ενωσιακού δικαίου, όπως της ίσης μεταχείρισης (ΔΕΕ, απόφαση της 12ης Μαρτίου 2015, C-538/13 *eVigilo*, Ηλεκτρ. Συλλογή *ECLI:EU:C:2015:166*, σκέψη 33, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 *P*, Επιτροπή κατά *CAS Succhi di Frutta*, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 110, απόφαση 6ης Νοεμβρίου 2014, C-42/13 *Cartiera dell' 5 Adda*, Ηλεκτρ. Συλλογή *EU:C:2014:2345*, σκέψη 44, απόφαση της 10ης

Αριθμός απόφασης: 824/2020

Μαΐου 2012, C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, Ηλεκτρ. Συλλογή ECLI:EU:C:2012:284, σκέψη 87 και Προτάσεις Γεν. Εισαγγελέως Kokkot στην ίδια υπόθεση, σημ. 104).

Όπως έχει επισημανθεί σε αποφάσεις της Αρχής Σας (βλ. ΑΕΠΠ 238/2017 κατά του Γενικού Νοσοκομείου ... « ...») στη διακήρυξη πρέπει να καθορίζονται οι ελάχιστες απαιτήσεις και οι τεθείσες προδιαγραφές να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης.

Συγκεκριμένα στην ανωτέρω αναφερόμενη απόφαση (σκέψεις 6 επ.) αναφέρεται:

«6. Επειδή εξάλλου (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39, 120, 209/2017), συνιστά ενωσιακή αρχή του δικαίου δημοσίων συμβάσεων και δη μείζονος σημασίας, η αποφυγή κάθε ανοικτής ή και συγκεκαλυμμένης διάκρισης και περιορισμού της ελευθερίας ισότιμης συμμετοχής σε διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων εις βάρος ομάδας προμηθευτών ή έστω και μεμονωμένου προμηθευτή (πρβλ. ενδεικτικά ΔΕΕ, Απόφαση της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. 4035, σκ. 8 και Απόφαση της 3ης Ιουνίου 1992, C-360/89 Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή I-1992, σ. 3401, σκ. 11).

Ως εκ τούτου, το ελάχιστο επίπεδο τεχνικής επάρκειας του υπό προμήθεια προϊόντος, όπως αυτή επιτυγχάνεται και προσδιορίζεται δια των τεχνικών προδιαγραφών και που απαιτείται για μια δεδομένη σύμβαση πρέπει να είναι συνδεδεμένο και ανάλογο προς το αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο σημαίνει πως θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης.

Επομένως, προκύπτει ότι το κατώτατο όριο της τεχνικής αυτής καταλληλότητας, άρα το περιεχόμενο των τεχνικών προδιαγραφών πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να συνίσταται στα αναγκαία και κατάλληλα εκείνα χαρακτηριστικά, για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό (Βλ. ΕΑΑΔΗΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 13). (...)

7. Επειδή, όμως, όλα τα ως άνω θα πρέπει πάντα να ερμηνεύονται με γνώμονα την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού, σύμφωνα εξάλλου και του

Αριθμός απόφασης: 824/2020

άρ. 18 παρ. 1 Ν. 4412/2016, η οποία εντός του πλαισίου του ενωσιακού δικαίου συνιστά πρωταρχικό πυλώνα της ασκούμενης δια των δημοσίων συμβάσεων οικονομικής δραστηριότητας και θεμελιακή αξία για τις διαδικασίες ανάθεσής τους. (...)

Ειδικότερα, αυτό σημαίνει ότι η ως άνω αρχή του αποτελεσματικού ανταγωνισμού θα πρέπει να διέπει την κατά τα ως άνω εφαρμογή του άρ. 54 και συγκεκριμένα ότι τα οι όποιες τεχνικές προδιαγραφές δεν θα πρέπει να φθάνουν τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ακόμη και αν αφήνουν κάποιο έστω περιθώριο περιορισμένης εμφάνισής του, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικειμένου της σύμβασης και συγκεκριμένα την κατάλληλη χρήση του προϊόντος για τον συμβατικό σκοπό.

Οι δε αρχές της σχετικότητας, αναλογικότητας και αντικειμενικής σύνδεσης των τεχνικών προδιαγραφών με το αντικείμενο και τον σκοπό της σύμβασης πρέπει ομοίως να ερμηνεύονται υπό το ως άνω πρίσμα. Αυτά έχουν ως συνέπεια ότι μεταξύ άλλων τα όποια στοιχεία των τεχνικών προδιαγραφών, ακόμη και αν καταρχήν παρίστανται ως θεμιτά, δεν θα πρέπει να διατυπώνονται με τρόπο τέτοιο, ώστε να αποκλείουν υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης καταλληλότητας, διατύπωση, θα μετείχαν, τονώνοντας ούτως τον ανταγωνισμό.

8. Επειδή περαιτέρω, η αναθέτουσα καταρχήν διαθέτει ελευθερία, ήτοι διακριτική ευχέρεια περί τη θέσπιση των τεχνικών προδιαγραφών των υπό προμήθεια αγαθών σύμφωνα με την εκ μέρους της κρίση περί των επιθυμητών επιπέδων καταλληλότητας και του ειδικότερου, ήτοι δια επιμέρους τεχνικών προδιαγραφών, τρόπο επίτευξής τους. Ούτε παραβιάζονται οι κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι κάποιες προδιαγραφές συνεπάγονται αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σ' αυτόν των προμηθευτών, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων, σύμφωνα και με την παγία νομολογία που η αναθέτουσα, κατά τη σκ. 3, μνημονεύει στις απόψεις της. Πλην όμως, η παραπάνω ευχέρεια, όπως

Αριθμός απόφασης: 824/2020

κάθε μορφή διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας στο πλαίσιο της προσυμβατικής διαδικασίας, ελέγχεται δια προδικαστικής προσφυγής ως προς την τυχόν εκ μέρους της κακή χρήση αυτής ή υπέρβαση των άκρων ορίων (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 187, 231/2017) τα οποία όσον αφορά τον καθορισμό όρων διακήρυξης τίθενται στο σημείο εκείνο, όπου δεν θίγεται αδικαιολόγητα η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 209/2017).

9. Επειδή, όμως, δεν είναι άνευ ετέρου παράνομος όρος διακήρυξης και επομένως και τεχνική προδιαγραφή για τον μόνο λόγο ότι απλώς περιορίζει τον ανταγωνισμό και αυτό ακόμη και όταν η τεθείσα προδιαγραφή καθιστά κατ' αποτέλεσμα μόνο έναν οικονομικό φορέα ή ένα προϊόν ως δυνάμενο να μετάσχει στη διαδικασία παραδεκτώς. Παρά ο όποιος περιορισμός του ανταγωνισμού θα πρέπει να είναι αδικαιολόγητος, ήτοι να μην συνδέεται βάσει αντικειμενικών κριτηρίων με το συμβατικό αντικείμενο.

Αντίστροφα δε, δεν είναι δυνατόν ένας όρος να είναι άνευ ετέρου νόμιμος, επειδή απλώς υφίστανται περισσότερα προϊόντα ή οικονομικοί φορείς που μπορούν να τον καλύψουν.

Αντίθετα, ένας τέτοιος όρος δύναται να είναι παράνομος και δη ως αντιανταγωνιστικός εφόσον, ακόμη και αν αποκλείει ένα μόνο προϊόν ή οικονομικό φορέα, είναι αδικαιολόγητος βάσει των παραπάνω κριτηρίων. Εξάλλου, η συντρέχουσα αρχή της ισότητας δεν εξαρτάται ως προς την τήρησή της από τον τυχόν αριθμό των αποκλεισμένων και των εν γένει υποκειμένων τα οποία υφίστανται δυσμενή διάκριση. Όμως, η τυχόν δριμύτητα και ο βαθμός του ανά περίπτωση περιορισμού του ανταγωνισμού δεν συνιστούν στοιχείο αδιάφορο για την εξέταση της νομιμότητας του οικείου όρου. Παρά λαμβάνονται υπόψη ως στοιχεία περί του βαθμού δικαιολόγησης που απαιτείται για τον οικείο όρο, υπό την έννοια ότι όσο πιο περιοριστικός επί του ανταγωνισμού είναι ο όρος τόσο περισσότερο αναγκαίος θα πρέπει να παρίσταται αυτός για την επίτευξη του συμβατικού σκοπού και τόσο πιο στενά συνδεδεμένος με την προστασία και προώθηση των τυχόν νομικών υποχρεώσεων και του έργου της αναθέτουσας, ως και του συνδεδεμένου με το συμβατικό αντικείμενο δημοσίου συμφέροντος.

(...) Επειδή, περαιτέρω, ο αδικαιολόγητος κατά τα ως άνω περιορισμός

Αριθμός απόφασης: 824/2020

του ανταγωνισμού δεν χρειάζεται να παράγεται αποκλειστικά από έναν συγκεκριμένο όρο, προδιαγραφή ή απαίτηση, ώστε να είναι μη νόμιμος. Αλλά, είναι δυνατόν να προκύπτει ως συνδυαστικό αποτέλεσμα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017) περισσότερων επιμέρους όρων της διακήρυξης, κριτηρίων ποιοτικής επιλογής και προδιαγραφών και μάλιστα είτε του ίδιου είδους (επί παραδείγματι περισσότερα κριτήρια επιλογής ή περισσότερες προδιαγραφές σε συνδυασμό) είτε διαφορετικού είδους και σκοπού εντός της διάρθρωσης της διακήρυξης (επί παραδείγματι μια τεχνική προδιαγραφή σε συνδυασμό με ένα δικαιολογητικό, ένα κριτήριο ποιοτικής επιλογής και έναν όρο επί τρόπου παράδοσης).

Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να ελεγχθεί, ώστε να κριθούν οι επίμαχοι όροι κατά συνδυασμό, αλλά και έκαστος προς έκαστο (καθώς η εφαρμογή τους πρέπει να ληφθεί υπόψη εντός του συνδυαστικού συστηματικού πλαισίου της όλης προσυμβατικής ή ακόμη και μετέπειτα συμβατικής διαδικασίας, στον βαθμό που η τελευταία εξαρτάται από όρους των εγγράφων της διακήρυξης και της εν γένει προσυμβατικής διαδικασίας) ως προς τη νομιμότητά τους, αν κάθε ένας από αυτούς είναι αυτοτελώς δικαιολογημένος και αντικειμενικά συνδεδεμένος με επιμέρους πτυχή του συμβατικού σκοπού και του καλώς νοούμενου συμφέροντος της αναθέτουσας. Εφόσον είναι αυτοτελώς δικαιολογημένοι, τότε οι όροι είναι σύννομοι, ακόμη και αν κατά συνδυασμό καταλήγουν σε έναν μόνο οικονομικό φορέα δυνάμενο να μετάσχει παραδεκτώς και να εκτελέσει επιτυχώς τη σύμβαση. Όμως, στην περίπτωση τέτοιας συνδυαστικής επίπτωσης στον ανταγωνισμό, το οικείο εφαρμοζόμενο μέτρο απαιτούμενης δικαιολόγησης θα πρέπει να είναι αυστηρότερο, υπό την έννοια ότι πρέπει να συνδέεται και να είναι ανάλογο σε βαθμό, κατά τα αναφερθέντα στην ανωτέρω σκ. 9, όχι ως προς την επιμέρους επίπτωση κάθε αυτοτελούς όρου, αλλά ως προς το τελικό και συνδυαστικό περιοριστικό του ανταγωνισμού αποτέλεσμα. (...)

11. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, όσον αφορά διαδικασίες με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη οικονομικά προσφορά βάσει αποκλειστικά τιμής, το οποίο πρωτίστως προορίζεται για συμβάσεις που αφορούν αγαθά και υπηρεσίες με χαρακτήρα σε μεγάλο βαθμό τυποποιημένο ή με μικρές αποκλίσεις μεταξύ των ανταγωνιστικών προϊόντων/υπηρεσιών και

Αριθμός απόφασης: 824/2020

χαμηλόβαθμό διαφοροποίησης ή που διέπονται από ρυθμιστικούς κανόνες που μόνοι τους αυτομάτως ορίζουν τις απαιτούμενες προδιαγραφές και όρους για την καταλληλότητα και τη νομιμότητα παροχής ή με μικρό βαθμό δυνητικής ποιοτικής ποικιλίας ή μικρή επίδραση αυτής καθαυτής της ποιότητας επί της καταλληλότητας του συμβατικού αντικείμενου ή λίγες σχετικά τεχνικές, κατασκευαστικές και εν γένει προσδιοριστικές παραμέτρους να διέπουν την τελική μορφή του προϊόντος/υπηρεσίας, τότε οι τεχνικές προδιαγραφές κατά κανόνα θα πρέπει να κινούνται στο επίπεδο εκείνο στο οποίο το προϊόν/υπηρεσία είναι απλώς επαρκές και κατάλληλο για τον σκοπό για τον οποίο προορίζεται. Τα αντίστοιχα ισχύουν και για διαδικασίες με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη οικονομικά προσφορά με βάση τη σχέση ποιότητας/τιμής, όσον αφορά το καταρχήν παραδεκτό της τεχνικής προσφοράς, δηλαδή όσον αφορά τις προδιαγραφές που δεν τίθενται ως κριτήρια αξιολόγησης, όπως και εκείνες που τίθενται μεν ως κριτήρια αξιολόγησης αλλά σε αυτή την περίπτωση όσον αφορά τη βάση εκείνη των κριτηρίων αξιολόγησης που αρκεί για την ελάχιστη δυνατή παραδεκτή βαθμολογία. Συνεπώς, στις παραπάνω περιπτώσεις, οι προδιαγραφές πρέπει να καλύπτουν το αναγκαίο, επαρκές και κατάλληλο επίπεδο, χαρακτηριστικά, μορφή και περιεχόμενο που πρέπει να έχει το προϊόν/υπηρεσία και να μην βαίνουν προς το απλώς επιθυμητό. Τα δε απλώς επιθυμητά, αλλά μη αναγκαία χαρακτηριστικά θα πρέπει να αποτελούν αντικείμενο βαθμολόγησης στο πλαίσιο των κριτηρίων αξιολόγησης σε διαδικασίες με κριτήριο ανάθεσης τη σχέση ποιότητας/τιμής. Αν δε η αναθέτουσα δίδει ιδιαίτερη έμφαση σε τέτοια, απλώς επιθυμητά, αλλά όχι αναγκαία για τον συμβατικό σκοπό, χαρακτηριστικά, πράγμα καταρχήν νόμιμο και θεμιτό, θα πρέπει να προτιμήσει διαδικασία με κριτήριο ανάθεσης τη σχέση ποιότητας/τιμής και όχι αντίστροφα να θέσει αυτά ως ελάχιστες αναγκαίες και επομένως, επί ποινή αποκλεισμού, προδιαγραφές στα πλαίσια διαδικασίας με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή.»

3.3. ΠΡΟΣΘΗΚΗ ΠΡΟΒΛΕΨΗΣ «Η΄ ΙΣΟΔΥΝΑΜΟ»

Επειδή, η αιτιολογική σκέψη 74 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, αναφέρει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές «θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων

Αριθμός απόφασης: 824/2020

που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό». Επίσης, κατά την ίδια αιτιολογική σκέψη: «θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των προτύπων για τεχνικές λύσεις και των τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά[...]».

Όπως προκύπτει από το άρθρο 42, της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως αυτό ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με το άρθρο 54 του ν. 4412/2016, επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, και εφόσον δεν είναι δυνατόν να παρασχεθεί αρκούντως ακριβής και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της συμβάσεως, να γίνει αναφορά σε συγκεκριμένη κατασκευή ή προέλευση ή ιδιαίτερη μέθοδο κατασκευής που είναι χαρακτηριστικές των προϊόντων ή των υπηρεσιών που παρέχει συγκεκριμένος οικονομικός φορέας, ή ακόμη σε εμπορικό σήμα ή δίπλωμα ευρεσιτεχνίας, υπό τον όρο μια τέτοια αναφορά να δικαιολογείται από το αντικείμενο της συμβάσεως και να τηρούνται οι σχετικές προϋποθέσεις που τάσσει σχετικά η Οδηγία 2014/24/ΕΕ, μεταξύ άλλων, να συνοδεύεται η αναφορά αυτή, στα έγγραφα του διαγωνισμού, από τη μνεία «ή ισοδύναμο», και τούτο διότι, κατά τη σχετική με τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών νομολογία, η μη προσθήκη των λέξεων «ή ισοδύναμο» μετά τον καθορισμό, στη συγγραφή υποχρεώσεων, ενός συγκεκριμένου προϊόντος είναι δυνατό να αποτρέψει από την υποβολή προσφορών τους οικονομικούς φορείς που χρησιμοποιούν ανάλογα προς το προϊόν αυτό συστήματα.

4. Α' ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ : Η ΠΛΗΡΩΜΗ ΤΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ ΘΑ ΓΙΝΕΙ ΑΠΟ ΤΗΝ ΕΤΑΙΡΕΙΑ ..., ΘΥΓΑΤΡΙΚΗ ΤΗΣ ΟΠΟΙΑΣ ΕΜΠΟΡΕΥΕΤΑΙ ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΥΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΥΣ

Στη διακήρυξη του διαγωνισμού ορίζεται ότι :

«5. ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

5.1 Τρόπος πληρωμής

5.1. Η πληρωμή του Προμηθευτή θα γίνει στο πλαίσιο συμφωνίας του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ... (ΦΕΚ 164Α/27-8-2012, σε εκτέλεση του όρου ΙΙΙ.2(5).»

Με την «Συμφωνία Συμβιβασμού μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και της ...» (ΦΕΚ Α 164/27.8.2012) συμφωνήθηκε μεταξύ της Ελληνικής

Αριθμός απόφασης: 824/2020

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 ... (...) 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. Όπως ανωτέρω ελέχθη 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 27/8/2017, ποσό για παροχή ιατρικού εξοπλισμού.

Η προθεσμία αυτή έχει ήδη παρέλθει προ τριετίας, χωρίς να έχει γίνει τροποποίηση και παράταση της σύμβασης. Επομένως καμία πληρωμή δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί από τη σύμβαση αυτή νομίμως, αφού έχει παρέλθει η περίοδος των πέντε ετών που ορίζεται σε αυτή.

Συνεπώς η πληρωμή του αναδόχου δεν μπορεί να γίνει από το ποσό

Αριθμός απόφασης: 824/2020

που προβλέπεται από την ανωτέρω σύμβαση, στην περίπτωση δε που η εταιρεία μας, ή άλλη εταιρεία, κηρυχθεί ανάδοχος, δεν θα εισπράξει το τίμημα της προμήθειας, αφού θα κριθεί από τις ελεγκτικές αρχές ότι παρανόμως προβλέφθηκε η πληρωμή αυτού από τη ανωτέρω σύμβαση.

β. 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.

γ. 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 σύμβαση συντήρησης του μηχανήματος.

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

Αριθμός απόφασης: 824/2020

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).

5. Β' ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ – ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ

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 συνήθεις, 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. ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 1.7 «Διαστάσεις μεγίστου ωφέλιμου εξεταστικού πεδίου (FOV) σε X,Y,Z, cm - $\geq 50 \times 50 \times 50$ »

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.

Αριθμός απόφασης: 824/2020

Η προδιαγραφή αυτή σχετίζεται άμεσα με την προδιαγραφή 1.2 οποία απαιτεί «Ομοιογένεια μαγνητικού πεδίου, r_{pm} RMS σε σφαιρικό όγκο διαμέτρου 40 cm (DSV)». Η ομοιογένεια του μαγνητικού πεδίου συνιστά παράγοντα που περιορίζει την δυνατότητα απεικόνισης σε μεγάλα απεικονιστικά πεδία (συνημμένο απόσπασμα από “ESR Guide to artifacts in MRI”). Η προδιαγραφή 1.2. δηλώνει ως μέγιστο πεδίο ενδιαφέροντος του συστήματος τα 40cm DSV (Diameter of Spherical Volume). Πέραν του πεδίου αυτού οι προδιαγραφές δεν θέτουν περιορισμό ομοιογένειας με προφανές συμπέρασμα ότι απεικονιστικά πεδία πέραν των 40cm δεν αποτελούν σημαντικό παράγοντα για την προβλεπόμενη κλινική χρήση του συστήματος.

Οι διαστάσεις του μέγιστου ωφέλιμου εξεταστικού πεδίου της προδιαγραφής 1.7 ($\geq 50 \times 50 \times 50$) υπερβαίνουν κατά πολύ την μέγιστη περιοχή για την οποία οι προδιαγραφές απαιτούν την άρτια απεικόνιση η οποία προσδιορίζεται στην προδιαγραφή 1.2.

Όλοι οι Μαγνητικοί τομογράφοι 1,5 Tesla που διαθέτει η εταιρεία μας έχουν «Διαστάσεις μεγίστου ωφέλιμου εξεταστικού πεδίου (FOV) $\geq 50 \times 50 \times 48$ και με αυτή την προδιαγραφή αποκλείονται όλοι από τον διαγωνισμό. Η προδιαγραφή αυτή:

α) θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας τα προϊόντα της εταιρείας ... που διαθέτουν ακριβώς αυτή τη διάσταση,

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,

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 ακόμα και μικρότερη αριθμητική τιμή υπερκαλύπτει το πεδίο ενδιαφέροντος όπως αυτό υποδηλώνεται από την προδιαγραφή 1.2, επιτρέποντας την διεύρυνση του ανταγωνισμού,

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

5.2. ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 3.4 «Μέγιστη κάλυψη απεικόνισης (μήκος σάρωσης) $\geq 200\text{cm}$ »

Αριθμός απόφασης: 824/2020

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.

Για να μπορεί να πραγματοποιηθεί η οποιαδήποτε εξέταση σε ένα σύστημα μαγνητικής τομογραφίας απαιτείται η παρουσία αντίστοιχων πηνίων λήψης. Προσεκτική μελέτη των ζητούμενων από τις προδιαγραφές πηνίων (προδιαγραφές 7.3.1, 7.3.2 και 7.3.5) καταδεικνύει ότι η μέγιστη καλυπτόμενη ανατομική περιοχή δεν ξεπερνά το 1.6m, αφού τα πηνία που μπορούν να συνδυαστούν είναι αυτά της κεφαλής/αυχένα με τυπική κάλυψη 40 εκατοστών και το πηνίο σπονδυλικής στήλης με τυπική κάλυψη 120 εκατοστών.

Επιπλέον για την ουσιαστική κάλυψη του κορμού απαιτείται ταυτόχρονη επικάλυψη της ίδιας ανατομίας και με πηνία για εξετάσεις θώρακα, άνω & κάτω κοιλίας για το οποίο οι προδιαγραφές απαιτούν κάλυψη που περιορίζεται σε 50 εκατοστά. Από τα άνω συνάγεται ότι η προδιαγραφή δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση και δεν συνάδει με τις άλλες προδιαγραφές που συντρέχουν για να καταστεί κλινικά χρήσιμη (κάλυψη αντίστοιχης ανατομικής περιοχής με πηνία).

Η αριθμητική τιμή $\geq 200\text{cm}$ που απαιτεί η διακήρυξη:

α) θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας τα προϊόντα της εταιρείας ... που διαθέτουν ακριβώς αυτή τη διάσταση,

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,

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 ακόμα και μικρότερη αριθμητική τιμή υπερκαλύπτει την ζητούμενη κάλυψη πηνίων λήψης εικόνας επιτρέποντας την διεύρυνση του ανταγωνισμού,

δ) δεν επιτρέπει την υποβολή προσφοράς συστημάτων, όπως της εταιρείας μας που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με αριθμητική τιμή $\geq 180\text{cm}$.

5.3. ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 6.1 «Ισχύς, KW, τουλάχιστον: >25kW»

Η προδιαγραφή δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνει τις

Αριθμός απόφασης: 824/2020

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 (βλ. σχετ. απόσπασμα)

ενώ ο κατασκευαστικός οίκος ... διαθέτει ισχύ 18KW. (...).

Αντιθέτως ο κατασκευαστικός οίκος ... διαθέτει μαγνητικούς τομογράφους με αυτό το τεχνικό χαρακτηριστικό.

Συνεπώς η προδιαγραφή 6.1 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

Όπως αναφέραμε και στην εισαγωγή όταν με μια προδιαγραφή αποκλείονται οι δύο από τις τρεις εταιρείες που προσφέρουν σε δημόσιους διαγωνισμούς μαγνητικούς τομογράφους, η νόθευση του ανταγωνισμού είναι αφόρητη, αφού η διαγωνιστική διαδικασία μετατρέπεται σε απευθείας ανάθεση.

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 αναγκαιότητα 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

Αριθμός απόφασης: 824/2020

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 εταιρείας μας που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με αριθμητική τιμή με αριθμητική τιμή ισχύος 16kW.

5.4. ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 7.3.4 «Πηνίο γόνατος. - Αριθμός ανεξάρτητων καναλιών >18»

Η προδιαγραφή 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. Ο κατασκευαστικός οίκος ... διαθέτει στα μηχανήματα του 16 ανεξάρτητα κανάλια, (βλ. σχετ. απόσπασμα)

όπως και ο κατασκευαστικός οίκος ... (Απόσπασμα τεχνικού φυλλαδίου ...).

Ο μόνος κατασκευαστικός οίκος που διαθέτει πηνίο γόνατος με 18 ανεξάρτητα κανάλια είναι η

...

Τα πηνία αυτά προφανώς καλύπτουν όλες τις απεικονιστικές ανάγκες των αρθρώσεων του σώματος, όπως και αυτή του γόνατος. Οι προδιαγραφές των πηνίων (παράγραφος 7 των τεχνικών προδιαγραφών) επίσης καταδεικνύουν ότι οι εξετάσεις αρθρώσεων δεν αποτελούν τομέα εξειδίκευσης του συστήματος, αφού δεν ζητούνται πηνία για εξετάσεις πηχεοκαρπικής, άκρας χείρας, ποδοκνημικής, άκρου ποδός και αγκώνος, εξετάσεις που θα καλυφθούν από τα εύκαμπτα πηνία για δύσκολες επιφάνειες που απαιτεί η προδιαγραφή 7.3.6 με μόλις 4 ανεξάρτητα κανάλια.

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

Όπως αναφέραμε και στην εισαγωγή όταν με μια προδιαγραφή αποκλείονται οι δύο από τις τρεις εταιρείες που προσφέρουν σε δημόσιους διαγωνισμούς μαγνητικούς τομογράφους, η νόθευση του ανταγωνισμού είναι αφόρητη, αφού η διαγωνιστική διαδικασία μετατρέπεται σε απευθείας ανάθεση.

Η αριθμητική τιμή ≥ 18 που απαιτεί η διακήρυξη:

α) θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας τα προϊόντα της εταιρείας που διαθέτουν ακριβώς αυτή την αριθμητική τιμή,

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,

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, όπως της εταιρείας μας που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με αριθμητική τιμή 16 ανεξάρτητα κανάλια.

5.5. ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 8.9 «*Functional MRI (fMRI)*. Να περιλαμβάνεται η δυνατότητα αυτόματης παραγωγής των ανωτέρω λειτουργικών (*functional*) χαρτών για την συντόμευση της εξέτασης όπως επίσης και διόρθωση της κίνησης κατά την λήψη των BOLD δεδομένων. – NAI»

Η διόρθωση της κίνησης κατά τη λήψη BOLD δεδομένων δεν αποτελεί απόλυτα αναγκαίο χαρακτηριστικό για την πραγματοποίηση εξετάσεων *functional MRI*.

Τα πηνία που χρησιμοποιούνται για τις εξετάσεις εγκεφάλου προσφέρουν ικανό βαθμό ακινητοποίησης για την πραγματοποίηση των εξετάσεων αυτών και η επιτυχία τους εξαρτάται από τη συνεργασία των εξεταζόμενων που καλούνται να ανταποκρίνονται με γνωστικές και άλλες αποκρίσεις σε επαναλαμβανόμενους κύκλους ερεθισμάτων στα οποία υποβάλλονται κατά τη διάρκειά τους. Αυτή η αυξημένη εγρήγορση των εξεταζόμενων μειώνει περεταίρω την πιθανότητα κίνησής τους κατά τη διάρκεια της εξέτασης καθιστώντας την ύπαρξη τεχνικών διόρθωσης της

Αριθμός απόφασης: 824/2020

κίνησης ένα ασφαλώς όχι ελάχιστα αναγκαίο χαρακτηριστικό.

Η προδιαγραφή διόρθωσης της κίνησης κατά τη λήψη των BOLD δεδομένων:

α) θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας τα προϊόντα της εταιρείας που διαθέτουν ακριβώς αυτή την αριθμητική τιμή,

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.

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, όπως της εταιρείας μας που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με άλλο τρόπο.

5.6. ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 8.21. «Απεικόνιση με ανατομική κάλυψη τουλάχιστο 200cm»

Η προδιαγραφή 8.21 αποτελεί επανάληψη της προδιαγραφής 3.4 και αναφερόμαστε στους προβαλλόμενους ανωτέρω ισχυρισμούς.

5.7. ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΗ 9.7 «Αυτοματοποιημένο περιβάλλον εργασίας θέασης και επεξεργασίας εικόνων και δεδομένων με τεχνικές αυτόματου σχεδιασμού και εκτέλεσης των εξετάσεων για την ταχύτερη και πιο άρτια οργάνωση της λειτουργίας του τμήματος. Να περιλαμβάνονται τα εξειδικευμένα πακέτα αυτοματοποιημένου σχεδιασμού για τουλάχιστον τις ανατομικές περιοχές εγκεφάλου, σπονδυλικής στήλης και αρθρώσεων. Για τα ανωτέρω να περιλαμβάνονται αυτοματοποιημένες διαδικασίες δημιουργίας πρωτοκόλλων εξέτασης για την συντόμευση του χρόνου εξέτασης καθώς και διαδικασίες ειδικά προδημιουργημένες και προσαρμοσμένες στις ανάγκες κάθε εξέτασης και κάθε ασθενή. Να περιγραφούν αναλυτικά»

Η προδιαγραφή δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης καθώς η λειτουργικότητα αυτοματοποιημένου σχεδιασμού σπάνια χρησιμοποιείται ώστε να θεωρείται απολύτως αναγκαίο χαρακτηριστικό.

Ο χειρισμός των συστημάτων μαγνητικής τομογραφίας γίνεται από

Αριθμός απόφασης: 824/2020

εξειδικευμένο προσωπικό: τους ειδικούς τεχνολόγους – ραδιολόγους, με ειδικές γνώσεις ανατομίας και εξειδίκευση στα απεικονιστικά πρωτοκόλλα μαγνητικής τομογραφίας.

Οι αλγόριθμοι αυτοματοποιημένου σχεδιασμού εξετάσεων προσδοκούν να επιταχύνουν την πραγματοποίηση των εξετάσεων μειώνοντας το χρόνο του γραφικού σχεδιασμού των λήψεων που σε κάθε περίπτωση είναι ούτως ή άλλως πολύ μικρός, δηλ. λίγα λεπτά.

Επιπλέον, σε κάθε περίπτωση ο χειριστής καλείται να επιβεβαιώσει και συχνά να διορθώσει την πρόταση του αυτοματοποιημένου σχεδιασμού σε πολλαπλά επίπεδα περιορίζοντας ακόμα περισσότερο το μικρό κέρδος σε χρόνο που καλύπτουν τέτοιοι αυτοματισμοί. Από τα παραπάνω αποδεικνύεται ότι ο ζητούμενος αυτοματοποιημένος σχεδιασμός δεν μπορεί να θεωρηθεί ως ελάχιστη απαίτηση αλλά χαρακτηριστικό, όχι απολύτως αναγκαίο, το οποίο περιορίζει αναίτια τον ανταγωνισμό.

Τα συστήματα της εταιρείας μας διαθέτουν λειτουργικότητα αυτοματοποιημένου σχεδιασμού για την ανατομική περιοχή του εγκεφάλου, αλλά όχι για την σπονδυλική στήλη και τις αρθρώσεις και αποκλείεται αναίτια από τον διαγωνισμό ενώ προσφέρει πλήθος άλλων αυτοματοποιημένων λειτουργιών που επιφέρουν βελτίωση της ροής εργασιών, του χρόνου εξέτασης και της ποιότητας της εξέτασης, οι οποίοι δεν περιγράφονται ή ζητούνται από την διακήρυξη.

Η προδιαγραφή αυτή:

α) θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας τα προϊόντα της εταιρείας που διαθέτουν ακριβώς αυτή την αριθμητική τιμή,

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,

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, όπως της εταιρείας μας που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με άλλο τρόπο.

Αριθμός απόφασης: 824/2020

6. ΑΚΥΡΩΣΗ ΟΛΩΝ ΤΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ ΤΟΥ ΠΡΟΣΒΑΛΛΟΜΕΝΟΥ ΕΙΔΟΥΣ

Επειδή το πλήθος αλλά και το περιεχόμενο των προσβαλλομένων προδιαγραφών επιδρά ουσιωδώς στη συμμετοχή στη διαδικασία των οικονομικών φορέων αλλά και στη προετοιμασία των προσφορών, η διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της για το συγκεκριμένο είδος (βλ. ΑΕΠΠ 21/2017 σκ. 25, ΑΕΠΠ 22/2017 σκ. 28).

Επίσης, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των προμηθευτών και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004). Ειδικότερα, επειδή η ύπαρξη όρων που άπτονται των προϋποθέσεων συμμετοχής των οικονομικών φορέων είναι πιθανό να εμπόδισαν τη συμμετοχή και άλλων οικονομικών φορέων, η Διακήρυξη θα πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της, για το συγκεκριμένο είδος προκειμένου να επαναπροκηρυχθεί μετά από αναπροσαρμογή των προσβαλλομένων όρων (ΑΕΠΠ 171/2020 σκ. 15) [...].

ΥΠΟΧΡΕΩΣΗ ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑΣ – ΒΑΡΟΣ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ

Όπως γίνεται δεκτό η διακήρυξη του διαγωνισμού ανήκει στην κατηγορία πράξεων που είναι εκ της φύσεώς τους αναιτιολόγητες ή μη δεκτικές αναλυτικής αιτιολογίας. Οι τεχνικές προδιαγραφές και τα κριτήρια επιλογής της διακήρυξης δεν χρήζουν αιτιολογίας, αφού δεν είναι δυνατόν να αναμένεται οι αναθέτουσες αρχές υποχρεωτικώς να παραθέτουν αναλυτική προκαταρκτική επεξήγηση και στοιχειοθέτηση κάθε σχετικού όρου (χωρίς βέβαια αυτό να αποκλείεται, αλλά να επαφίεται στη βούλησή τους), ενώ στις περιπτώσεις που αυτό είναι απαραίτητο αναφέρεται ρητώς από το Νόμο (πχ. η απόφαση περί μη τμηματοποίησης κατ'άρθρο 59 Ν. 4412/2016).

Είναι επομένως σαφές ότι σε περιπτώσεις που οι προσβαλλόμενοι όροι δεν χρήζουν αιτιολογίας, όπως μια τεχνική προδιαγραφή διακήρυξης, η αναθέτουσα ΟΦΕΙΛΕΙ να εξηγήσει εκείνη τους λόγους για τους οποίους κατέληξε στις σχετικές προδιαγραφές/αριθμητικές τιμές, με τις Απόψεις της και για πρώτη φορά, αφού βεβαίως δεν αναμένεται από αυτήν να προβλέπει προ

Αριθμός απόφασης: 824/2020

της ασκήσεως προσφυγής, ότι η οικεία απόφασή της ή όρος της διαδικασίας θα αμφισβητηθούν, ώστε να αιτιολογήσει προκαταβολικά.

Δεν είναι νοητή ούτε νόμιμη όμως η αντιστροφή του βάρους απόδειξης που συνήθως επιχειρείται, δηλαδή ο προσφεύγων να αποδείξει ότι η προσβαλλόμενη τεχνική προδιαγραφή δεν είναι αναγκαία ή δεν είναι η ελάχιστη (αρνητική απόδειξη), αφού η βιβλιογραφία δεν αναφέρει τι δεν είναι απολύτως αναγκαίο (το μη αναγκαίο αυτονόητα δεν αναγράφεται, ούτε επεξηγείται), αλλά μόνο ποιο χαρακτηριστικό είναι σημαντικό για ποιο λόγο.

Κατά τα ανωτέρω, η αναθέτουσα αρχή οφείλει με τις απόψεις της αιτιολογημένα και για κάθε μία τεχνική προδιαγραφή ξεχωριστά να αποδείξει αυτά που επίσης νομολογιακά (βλ. ανωτέρω ΑΕΠΠ238/2017) έχει κριθεί ότι συνιστούν αυτονόητες υποχρεώσεις της, ότι δηλαδή:

- «...έλαβε μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης».

- «...οι όποιες τεχνικές προδιαγραφές δεν θα φθάνουν τέτοιο επίπεδο, ώστε να περιορίζουν δραστικά τον ανταγωνισμό, ακόμη και αν αφήνουν κάποιο έστω περιθώριο περιορισμένης εμφάνισής του, χωρίς τούτος ο περιορισμός να είναι απόλυτα αναγκαίος για τη διασφάλιση ομαλής εκτέλεσης του αντικείμενου της σύμβασης και συγκεκριμένα την κατάλληλη χρήση του προϊόντος για τον συμβατικό σκοπό».

Η αναθέτουσα αρχή οφείλει δηλαδή να αποδείξει τεκμηριωμένα (και δη με παραπομπές σε βιβλιογραφία) ότι οι προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές είναι απολύτως αναγκαίες και τόσο σημαντικές για το αντικείμενο της προμήθειας, ώστε να είναι αποδεκτό αποτέλεσμα η υποβολή μόνο μίας τεχνικά αποδεκτής προσφοράς και μάλιστα όπως συνήθως γίνεται στο όριο του προϋπολογισμού της διακήρυξης.

Επίσης οφείλει να αποδείξει τεκμηριωμένα (και δη με παραπομπές σε βιβλιογραφία) ότι οι αριθμητικές τιμές αυτών των τεχνικών προδιαγραφών είναι πραγματικά οι ελάχιστες αναγκαίες, ώστε να είναι αποδεκτό στη συγκεκριμένη περίπτωση να παραμεριστούν οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και να προχωρήσει ο διαγωνισμός με έναν μόνο οικονομικό φορέα.

Στην περίπτωση δε που η αναθέτουσα αρχή δεν απαντήσει

Αριθμός απόφασης: 824/2020

τεκμηριωμένα (και δη με βιβλιογραφικές παραπομπές) και δεν αποδείξει τα ανωτέρω, οι προσβαλλόμενοι όροι πρέπει να ακυρωθούν ως παράνομοι, λόγω ελλείψεως αιτιολογίας [...]».

17. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει αυτολεξεί τα κάτωθι: « [...] Αναφορικά με τον πρώτο λόγο Προσφυγής της εταιρείας ... κατά του όρου της Διακήρυξης: « [...] αναφέρουμε τα εξής: Στην με αριθμό πρωτ. 16069/16096/BX/EA γνωμοδότηση της Μονάδας Παρακολούθησης Διαγωνισμών και Συμβάσεων (ΜΟ.Πα.Δις) σε σχετικό ερώτημα του Νοσοκομείου αναφέρεται ότι:

«Από το κείμενο της συμφωνίας (σημεία ΙΙΙ.2.5 και ΙΧ) προκύπτει ότι η προθεσμία των πέντε ετών που εκκινεί την 28.08.2017 αφορά την υποχρέωση της ... προς την Ελληνική Δημοκρατία, είναι δε ρητή και χωρίς καμία επιφύλαξη. Από κανένα σημείο της συμφωνίας δεν προκύπτει ότι η Ελληνική Δημοκρατία ανέλαβε τη δέσμευση και υποχρέωση να αξιοποιήσει και εκείνη με την σειρά της το εν λόγω ποσό εντός της προθεσμίας των 5 ετών. Άλλωστε μεταγενέστερα έγγραφα των Υπουργείων υγείας και Οικονομικών (βλ. έγγραφο Υπουργού υγείας 3287/15.11.2018 και έγγραφο ΓΔΟΥ858/09.08.2018 Γενικής Γραμματείας Υπουργείου Οικονομικών) υλοποιούν την εν λόγω συμφωνία.

Διαφαίνεται κατά συνέπεια ότι είναι νόμιμοι οι διαγωνισμοί που εκκινούν μετά το πέρας της επίμαχης πενταετίας υπό την προϋπόθεση βέβαια ότι έχει πιστωθεί το σχετικό ποσό στον προϋπολογισμό του νοσοκομείου και έχει εκδοθεί η σχετική απόφασης ανάληψης υποχρέωσης.»

Επιπλέον σε κανένα σημείο της Συμφωνίας Συμβιβασμού και των εγγράφων με αριθμό πρωτ. 3287/15.11.2018 του Υπουργού Υγείας και με αριθμό πρωτ. ΓΔΟΥ858/09.08.2018 της Γενικής Γραμματείας Υπουργείου Οικονομικών, που υλοποιούν την εν λόγω συμφωνία δεν αναφέρεται ότι αποκλείεται από τις εν λόγω διαδικασίες η συμμετοχή της

Αναφορικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της εταιρείας ... κατά των τεχνικών προδιαγραφών του ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΥ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΥ, η επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών με το από 2-6-2020 έγγραφό της (αριθμός πρωτ. εισερχ. εγγράφου 24214/2-6-2020 του Νοσοκομείου), μας γνωρίζει ότι:

Αριθμός απόφασης: 824/2020

«Στο Νοσοκομείο μας υπάρχουν κλινικές όλων των ειδικοτήτων με ανάγκη διενέργειας όλων των εξειδικευμένων εξετάσεων. Οι προδιαγραφές που κατατέθηκαν καλύπτουν όλο το φάσμα των εξετάσεων για την εξέταση των ασθενών όλων των ηλικιών ανεξαρτήτως βάρους και ύψους.

Ειδικότερα ζητείται μέγιστη κάλυψη απεικόνισης με μήκος μεγαλύτερο ίσο των 2 m ώστε να υπάρχει δυνατότητα ολοσωματικής απεικόνισης, η οποία είναι απαραίτητη σε ογκολογικά περιστατικά. Η συγγραφή των προδιαγραφών έγινε λαμβάνοντας υπόψη τις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της διαφάνειας και κυρίως της φροντίδας και εξυπηρέτησης όλων των κλινικών του Νοσοκομείου με αποτέλεσμα να μην επιδέχεται εκπτώσεις στα ζητούμενα χαρακτηριστικά. Σημειώνεται, ότι η εταιρία δεν έκανε κανένα σχόλιο στη δεύτερη διαβούλευση, που πραγματοποιήθηκε από το Νοσοκομείο μέσω της πλατφόρμας ΕΣΗΔΗΣ.»

Ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας εταιρείας ότι, επειδή το πλήθος αλλά και το περιεχόμενο των προσβαλλόμενων προδιαγραφών επιδρά ουσιωδώς στη συμμετοχή στη διαδικασία των οικονομικών φορέων αλλά και στην προετοιμασία των προσφορών, η διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της για το συγκεκριμένο είδος, είναι αβάσιμος διότι οι πληττόμενοι όροι δεν έρχονται σε αντίθεση με τη νομοθεσία, και τούτου διότι όπως έχει κριθεί ότι «κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με τη διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν ως εκ της φύσεώς τους αιτιολογίας (ΕΑ 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, απαραδέκτως δε αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να συμμετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότης της θεσπίσεως επί μέρους τεχνικών προδιαγραφών (βλ. Ε.Α. 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006 κ.ά.). Ειδικότερα, λόγοι αιτήσεως ασφαλιστικών μέτρων, με τους οποίους ο προτιθέμενος να συμμετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προδιαγράψει αυτός, κατά τις επαγγελματικές του ανάγκες, τα προς προμήθεια είδη, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (ΕΑ 1076, 977/2006). Επομένως, η

Αριθμός απόφασης: 824/2020

συμπερίληψη στη διακήρυξη απαιτήσεων αναγκαίων, κατά την εκτίμηση της Υπηρεσίας, τις οποίες, όμως, είναι ενδεχόμενο να μην πληρούν τα προϊόντα ορισμένων προμηθευτών, μπορεί να μην να συνεπάγεται την αδυναμία της συμμετοχής τους στο διαγωνισμό, δεν παραβιάζει όμως, αυτή και μόνη, άνευ ετέρου, τους κανόνες του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (ΕΑ 1208, 977/2006, 354/2014, 3719/2011, 676, 214/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 303/2007)».

Κατόπιν των ανωτέρω, κατά τη γνώμη του Νοσοκομείου, η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή κρίνεται αβάσιμη [...].

18. Επειδή στο υπόμνημά της η προσφεύγουσα αναφέρει αυτολεξεί τα εξής: «[...] Β. ΕΠΙ ΤΗΣ ΝΟΜΙΜΟΤΗΤΑΣ ΤΩΝ ΑΠΟΨΕΩΝ ΤΗΣ ΑΝΑΘΕΤΟΥΣΑ ΑΡΧΗΣ

Παράβαση ουσιώδους τύπου της διοικητικής διαδικασίας: Μη νόμιμη συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία της Επιτροπής σύνταξης των προδιαγραφών της αναθέτουσας αρχής.

Στην προσβαλλόμενη απόφαση αναφέρεται επί λέξει:

«Αναφορικά με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της εταιρείας ... κατά των τεχνικών προδιαγραφών του ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΥ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΥ, η επιτροπή σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών με το από 2-6-2020 έγγραφό της (αριθμός πρωτ. εισερχ. εγγράφου 24214/2-6-2020 του Νοσοκομείου), μας γνωρίζει ότι:

«Στο Νοσοκομείο μας υπάρχουν κλινικές όλων των ειδικοτήτων με ανάγκη διενέργειας όλων των εξειδικευμένων εξετάσεων. Οι προδιαγραφές που κατατέθηκαν καλύπτουν όλο το φάσμα των εξετάσεων για την εξέταση των ασθενών όλων των ηλικιών ανεξαρτήτως βάρους και ύψους. Ειδικότερα ζητείται μέγιστη κάλυψη απεικόνισης με μήκος μεγαλύτερο ίσο των 2 m ώστε να υπάρχει δυνατότητα ολοσωματικής απεικόνισης, η οποία είναι απαραίτητη σε ογκολογικά περιστατικά. Η συγγραφή των προδιαγραφών έγινε λαμβάνοντας υπόψη τις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της διαφάνειας και κυρίως της φροντίδας και εξυπηρέτησης όλων των κλινικών του Νοσοκομείου με αποτέλεσμα να μην επιδέχεται εκπτώσεις στα ζητούμενα χαρακτηριστικά. Σημειώνεται, ότι η εταιρία

Αριθμός απόφασης: 824/2020

... .. δεν έκανε κανένα σχόλιο στη δεύτερη διαβούλευση, που πραγματοποιήθηκε από το Νοσοκομείο μέσω της πλατφόρμας ΕΣΗΔΗΣ.»

Στο άρθρο 221 του Ν.4412/2016 απαριθμούνται περιοριστικά τα όργανα διενέργειας διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και καθορίζονται λεπτομερώς οι αρμοδιότητες τους, η συγκρότησή τους, η λειτουργία τους. Ο αναλυτικός δε αυτός προσδιορισμός όλων των ανωτέρω είναι ιδιαίτερα σημαντικός, αφού αφορά την διασφάλιση της διαφάνειας της διαγωνιστικής διαδικασίας από αμερόληπτα και ουδέτερα συλλογικά όργανα. Σύμφωνα με την παράγραφο 11 του άρθρου 221 του Ν.4412/2016

«11. Στις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, πέραν των οριζόμενων στην παράγραφο 1, ισχύουν και τα ακόλουθα:

α) Συγκροτείται τριμελές ή πενταμελές γνωμοδοτικό όργανο (Επιτροπή διενέργειας/επιτροπή αξιολόγησης). Για την εξέταση των προβλεπόμενων ενστάσεων που υποβάλλονται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, συγκροτείται χωριστό γνωμοδοτικό όργανο τριμελές ή πενταμελές (Επιτροπή αξιολόγησης ενστάσεων), τα μέλη του οποίου είναι διαφορετικά από τα μέλη του γνωμοδοτικού οργάνου που είναι αρμόδιο για τα υπόλοιπα θέματα που ανακύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης (αξιολόγησης προσφορών κ.λπ.). Σε περίπτωση αποδοχής, ολικής ή μερικής, ένστασης με την οποία ζητείται η αναβαθμολόγηση τεχνικών προσφορών, η επιτροπή αξιολόγησης ενστάσεων προβαίνει κατά την κρίση της σε αναβαθμολόγηση.»

Κατά τα ανωτέρω το μοναδικό προβλεπόμενο νόμιμο συλλογικό όργανο, το οποίο μπορεί να γνωμοδοτήσει επί προσφυγής είναι η Επιτροπή του διαγωνισμού (ή η Επιτροπή Ενστάσεων κατά περίπτωση. Αντιθέτως η Επιτροπή σύνταξης των προδιαγραφών απαγορεύεται :

α) να πληροφορηθεί οτιδήποτε έχει σχέση με τη διαγωνιστική διαδικασία

β) να επέμβει σε αυτή και

γ) να συντάξει γνωμοδότηση προς το διοικητικό συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής.

Η παρέμβαση της Επιτροπής σύνταξης των προδιαγραφών προσβάλλει τις αρχές της τυπικότητας αλλά και της μυστικότητάς της διαγωνιστικής

Αριθμός απόφασης: 824/2020

διαδικασίας, αφού το έργο της επιτροπής σύνταξης προδιαγραφών περατώνεται όταν ολοκληρωθεί και δημοσιευθεί η διακήρυξη του διαγωνισμού.

Επειδή η αρχή της τυπικότητας που διέπει όλους τους δημόσιους διαγωνισμούς, δεσμεύει και την αναθέτουσα αρχή, η παράβαση δε του Νόμου και της διακήρυξης, καθιστά την προσβαλλόμενη πράξη άκυρη λόγω της παρεμβολής αναρμόδιου οργάνου.

Στην απόφαση ΑΕΠΠ 514/2020 του 7ου κλιμακίου κρίθηκε και εφαρμόζεται αναλογικά και στην παρούσα περίπτωση ότι :

«Ενόψει των όσων εκτέθηκαν ανωτέρω, προκύπτει άνευ άλλου τινός ότι το συλλογικό γνωμοδοτικό όργανο, το οποίο νομιμοποιείται κατά το άρθρο 221 του Ν. 4412/2016, να διατυπώνει γνωμοδοτήσεις προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής, ήτοι το Διοικητικό της Συμβούλιο, είναι αποκλειστικά και μόνο η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού. Όπως άλλωστε έχει κριθεί σχετικά, η αποφασιστική αρμοδιότητα για τα θέματα αυτά, ανήκει στο αρμόδιο για την κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού όργανο, το οποίο δύναται να αποκλίνει από την απλή γνώμη της Επιτροπής (βλ. ΣτΕ 1229/2009, ΕΑ ΣτΕ 367/2007, 760/2006, 726/2005, 393/2004, 611/1999).

Ως εκ τούτου, σε αντίθεση με τα υποστηριζόμενα από την αναθέτουσα αρχή και την παρεμβαίνουσα, το νόμιμο διορισθέν και αρμόδιο κατά το άρθρο 221 του Ν. 4412/2016, συλλογικό γνωμοδοτούν όργανο προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής, ήτοι το Διοικητικό της Συμβούλιο, είναι αποκλειστικά και μόνο η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού και όχι το Τμήμα Προμηθειών αυτής.»

Από τα ανωτέρω καθίσταται προφανές ότι η «Επιτροπή σύνταξης προδιαγραφών» παρανόμως υποκατέστησε την «Επιτροπή του διαγωνισμού» και συνέταξε γνωμοδότηση επί της επίδικης προσφυγής.

Η αναθέτουσα αρχή δεν ακολούθησε τη νόμιμη διαδικασία, για την σύνταξη των Απόψεων (το έγγραφο δηλαδή όπου περιέχεται η αρχική αιτιολογία της προσβαλλόμενης διακήρυξης), επιφέροντας αθεράπευτη ακυρότητα στην διοικητική διαδικασία (βλ. ΑΕΠΠ 1441/2019).

Για τους ανωτέρω λόγους η προσβαλλόμενη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί.

Β. ΕΠΙ ΤΩΝ ΑΠΑΝΤΗΣΕΩΝ ΣΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΜΑΣ

Αριθμός απόφασης: 824/2020

Έλλειψη αιτιολογίας. Η διακήρυξη του διαγωνισμού ανήκει στην κατηγορία πράξεων που είναι εκ της φύσεώς τους αναπαιτούμενες ή μη δεκτικές αναλυτικής αιτιολογίας. Οι τεχνικές προδιαγραφές και τα κριτήρια επιλογής της διακήρυξης δεν χρήζουν αιτιολογίας, αφού δεν είναι δυνατόν να αναμένεται οι αναθέτουσες αρχές υποχρεωτικώς να παραθέτουν αναλυτική προκαταρκτική επεξήγηση και στοιχειοθέτηση κάθε σχετικού όρου.

Η αναθέτουσα αρχή όφειλε:

α) για πρώτη φορά με τις Απόψεις της να εξηγήσει τους λόγους για τους οποίους κατέληξε στις σχετικές προδιαγραφές/αριθμητικές τιμές, αφού βεβαίως δεν αναμένεται από αυτήν να προβλέπει προ της ασκήσεως προσφυγής, ότι η οικεία απόφασή της ή όρος της διαδικασίας θα αμφισβητηθούν, ώστε να αιτιολογήσει προκαταβολικά.

β) να αποδείξει τεκμηριωμένα (και δη με παραπομπές σε βιβλιογραφία ή άλλους ισοδύναμους τρόπους) ότι οι προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές είναι απολύτως αναγκαίες και τόσο σημαντικές για το αντικείμενο της προμήθειας, ώστε να είναι αποδεκτό αποτέλεσμα η υποβολή μόνο μίας τεχνικά αποδεκτής προσφοράς και μάλιστα όπως συνήθως γίνεται στο όριο του προϋπολογισμού της διακήρυξης.

γ) να αποδείξει τεκμηριωμένα ότι οι αριθμητικές τιμές αυτών των τεχνικών προδιαγραφών είναι πραγματικά οι ελάχιστες αναγκαίες, ώστε να είναι αποδεκτό στη συγκεκριμένη περίπτωση να παραμεριστούν οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και να προχωρήσει ο διαγωνισμός με έναν μόνο οικονομικό φορέα. δ) να απαντήσει γιατί δεν προέβλεψε στη διακήρυξη, τουλάχιστον στους προσβαλλόμενους όρους, την δυνατότητα υποβολής προσφοράς συστημάτων που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με άλλη μέθοδο ή τρόπο.

Η αναθέτουσα αρχή δεν απάντησε καθόλου στις αιτιάσεις μας, άλλως η αιτιολογία της δεν είναι ειδική και εμπειρισταωμένη, όπως ο Νόμος απαιτεί.

Ειδικότερα :

- στον α' λόγο προσφυγής απάντησε ότι «δεν αναφέρεται ότι αποκλείεται από τις εν λόγω διαδικασίες η συμμετοχή της ...», χωρίς να εισέλθει, να εξετάσει και να απαντήσει στην ουσία του ισχυρισμού της

Αριθμός απόφασης: 824/2020

προσφυγής μας περί νόθευσης του ανταγωνισμού και παραβίασης της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων

- στο β' λόγο προσφυγής απάντησε «ότι δε επιδέχεται εκπτώσεις» καταλήγοντας να επαναλαμβάνει αυτό που ήδη αναφέρουμε και στην προσφυγή μας, ότι οι τεχνικές προδιαγραφές εκ της φύσης τους περιορίζουν τον κύκλο των συμμετεχόντων. Πλην όμως οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από της απόψεως της τηρήσεως του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010).

Όλες οι τεχνικές προδιαγραφές είχαν προσβληθεί με τρεις ή τέσσερις επάλληλες νομικές βάσεις (α-γ ή δ σε κάθε προσβαλλόμενη προδιαγραφή).

Η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της δεν απάντησε σε καμία αιτίαση, σε καμία νομική βάση για καμία προσβαλλόμενη τεχνική προδιαγραφή, αλλά απέρριψε όλες συλλήβδην χωρίς καμία ειδική απάντηση στις αιτιάσεις μας. Μόνο σε μια από αυτές γενικά και αόριστα απάντησε: «Ειδικότερα ζητείται μέγιστη κάλυψη απεικόνισης με μήκος μεγαλύτερο ίσο των 2 m ώστε να υπάρχει δυνατότητα ολοσωματικής απεικόνισης, η οποία είναι απαραίτητη σε ογκολογικά περιστατικά», χωρίς βεβαίως να αιτιολογήσει τη θέση της πολλώ δε μάλλον να την τεκμηριώσει με παραπομπές στη βιβλιογραφία κλπ.

Η αναθέτουσα αρχή όφειλε να αποδείξει τεκμηριωμένα (και δη με παραπομπές σε βιβλιογραφία) ότι οι προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές είναι απολύτως αναγκαίες και τόσο σημαντικές για το αντικείμενο της προμήθειας, ώστε να είναι αποδεκτό αποτέλεσμα η υποβολή μόνο μίας τεχνικά αποδεκτής προσφοράς και μάλιστα όπως συνήθως γίνεται στο όριο του προϋπολογισμού της διακήρυξης. Επίσης οφείλει να αποδείξει τεκμηριωμένα (και δη με παραπομπές σε βιβλιογραφία) ότι οι αριθμητικές τιμές αυτών των τεχνικών προδιαγραφών είναι πραγματικά οι ελάχιστες αναγκαίες, ώστε να είναι αποδεκτό στη συγκεκριμένη περίπτωση να παραμεριστούν οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και του αποτελεσματικού ανταγωνισμού και να προχωρήσει ο διαγωνισμός με έναν μόνο οικονομικό φορέα.

Η αναθέτουσα αρχή στη συγκεκριμένη περίπτωση όχι μόνο δεν αιτιολόγησε επαρκώς και με παραπομπή στη βιβλιογραφία τα ανωτέρω, αλλά

Αριθμός απόφασης: 824/2020

απέρριψε τις αιτιάσεις μας, χωρίς καν να τις εξετάσει. Επομένως η προσβαλλόμενη διακήρυξη, άλλως οι προσβαλλόμενοι όροι, πρέπει να ακυρωθούν επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν αιτιολόγησε τη νομιμότητά τους.

Η σιωπηρή απόρριψη των αιτιάσεων μας (έλλειψη αιτιολογίας) πρέπει να οδηγήσει την Αρχή σας κατ' εφαρμογή του άρθρου 365§2 περ. β' του ν.4412/2016 να συνάγει τεκμήριο ομολογίας των πραγματικών ισχυρισμών της προσφυγής μας.

Συνεπώς οι προσβαλλόμενοι όροι πρέπει να ακυρωθούν ως παράνομοι, άλλως λόγω ελλείψεως αιτιολογίας [...].».

19. Επειδή η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της ισχυρίζεται αυτολεξεί τα κάτωθι: « [...] II. ΝΟΜΩ ΚΑΙ ΟΥΣΙΑ ΑΒΑΣΙΜΟ ΤΩΝ ΑΙΤΙΑΣΕΩΝ ΤΗΣ ΠΡΟΣΦΕΥΓΟΥΣΑΣ ΚΑΤΑ ΤΟΥ ΤΡΟΠΟΥ ΠΛΗΡΩΜΗΣ ΤΟΥ ΑΝΑΔΟΧΟΥ – ΕΛΛΕΙΨΗ ΕΝΝΟΜΟΥ ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΟΣ ΠΡΟΒΟΛΗΣ ΤΟΥ Α' ΛΟΓΟΥ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ - ΑΟΡΙΣΤΗ ΕΠΙΚΛΗΣΗ ΒΛΑΒΗΣ ΑΝΕΥ ΣΤΟΙΧΕΙΟΘΕΤΗΣΗΣ – ΑΠΑΡΑΔΕΚΤΟ ΠΡΟΤΑΘΕΝΤΟΣ ΙΣΧΥΡΙΣΜΟΥ

(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 5 ορίζεται ότι η πληρωμή του Προμηθευτή θα γίνει στο πλαίσιο συμφωνίας του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ... (ΦΕΚ 164Α/27-8-2012, σε εκτέλεση του όρου III.2(5)).» 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 είναι παράνομος για τους λόγους που εκθέτει, λεκτέα τα ακόλουθα προς απόρριψη καθεμίας εκ των αιτιάσεων που συνιστούν τον πρώτο προβαλλόμενο λόγο:

Με το άρθρο 324 - Νόμος 4072/2012- Έγκριση του Σχεδίου Συμφωνίας Συμβιβασμού μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και των εταιρειών ... και ...,

Αριθμός απόφασης: 824/2020

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

Αριθμός απόφασης: 824/2020

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 παραμείνει 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

Αριθμός απόφασης: 824/2020

αποτελέσει αντικείμενο της παρούσας, πολύ περισσότερο δε, δεν δύναται ένας όρος της να εξαχθεί κατά το δοκούν και να ερμηνευθεί αυθαίρετα από την προσφεύγουσα ... προκειμένου να υποστηριχθεί ότι δήθεν λόγω πέρατος της πενταετούς προθεσμίας διάθεσης της παροχής που ορίζει η Συμφωνία, καμία πληρωμή δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί.

Πρωτίστως λοιπόν δέον όπως σημειωθεί ότι η Συμφωνία προβλέπει την διάθεση του ποσού των 90 εκατομμυρίων ευρώ εντός της πενταετίας από την έναρξη ισχύος της ("...to make available..." στο αγγλικό κείμενο) και όχι βεβαίως την εκταμίευση εντός της πενταετίας υποχρεωτικώς, μετά το πέρας της οποίας δήθεν παύει πάσα υποχρέωση του αντισυμβαλλόμενου Μέρους. Η προσφεύγουσα ... επιχειρεί μία αυθαίρετη κατά το δοκούν ερμηνεία, προκειμένου να υποστηρίξει ότι μετά την ημερομηνία της 27/08/2017 κανένα ποσό για την εν λόγω παροχή δεν μπορεί να εκταμιευτεί και καμία πληρωμή δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί νομίμως αφού έχει παρέλθει η περίοδος των πέντε ετών που ορίζεται σε αυτή, ισχυρισμός μάλιστα που καταρρίπτεται από δικές της επιτυχείς εκτελέσεις συμβάσεων που συνήφθηκαν βάσει διαγωνιστικών διαδικασιών με ίδιο ακριβώς με την παρούσα προσβαλλόμενη διακήρυξη τρόπο χρηματοδότησης και εξοφλήσεις που εκτελέστηκαν προς την προσφεύγουσα από την μετά την ημερομηνία της 27/08/2017, ημερομηνία δηλαδή που επικαλείται η προσφεύγουσα ως καταληκτική προθεσμία για την ολοκλήρωση πληρωμών βάσει της Συμφωνίας.

Δέον συνεπώς να διευκρινιστεί ότι ως προκύπτει και από το Παράρτημα 3 της Σύμβασης, μέσα στην πενταετία αρκεί να έχει γίνει καθ' οιονδήποτε τρόπο δέσμευση της χρηματοδότησης από τον δικαιούχο. Δέον επίσης να επισημανθεί ότι δεν αποτελεί επουδενί καν υποχρέωση της παρεμβαίνουσας εταιρείας μας να αποδείξουμε για τη συγκεκριμένη προμήθεια τη δέσμευση της πίστωσης από τη Συμφωνία για τον αρμόδιο φορέα και την μετέπειτα έγκριση και δημοσίευση από την Αναθέτουσα Αρχή. Υποχρέωση της προσφεύγουσας τουναντίον αποτελεί για τη θεμελίωση του έννομου συμφέροντος της να προσκομίσει και μάλιστα προαποδεικτικώς - ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη - τα απαραίτητα για την απόδειξη αυτού στοιχεία που να τεκμηριώνουν ότι καμία πληρωμή δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί από τη Συμφωνία

Αριθμός απόφασης: 824/2020

Συμβιβασμού νομίμως επειδή παρήλθε περίοδος πέντε ετών από την ημερομηνία έναρξης της συμφωνίας.

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 ... (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. ΓΔΟΥ 858/26-7-2018, έγγραφο του Υπουργείου Οικονομικών,

- Το με αριθμό πρωτ. 1639/9-8-2018 και 3287/15-11-2018 έγγραφο του Υπουργείου Υγείας περί παροχής ιατρικού εξοπλισμού στο πλαίσιο Συμφωνίας συμβιβασμού μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ...,

- Την με αριθμό 1395/18-12-2018 Πράξη της Διοικήτριας του Νοσοκομείου (ΑΔΑ: ...) περί ορισμού Επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών για την προμήθεια ενός (1) αξονικού τομογράφου και ενός (1) μαγνητικού τομογράφου.

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. ΓΔΟΥ 858/26-7-2018 του Υπουργείου Οικονομικών και με αριθμό πρωτ. 1639/9-8-2018 και 3287/15-11-2018 του Υπουργείου Υγείας, προκειμένου να μπορέσει να αιτιολογήσει το βάσιμο του ισχυρισμού της. Όπως αυθαιρέτως μάλιστα διατυπώνει την πεποίθηση ότι σε περίπτωση ανακήρυξης αναδόχου του διαγωνισμού, δεν θα εισπραχθεί το τίμημα της προμήθειας αφού θα κριθεί από τις ελεγκτικές αρχές ότι παρανόμως προβλέφθηκε η πληρωμή αυτού από την ανωτέρω σύμβαση.

Δεν εξηγεί ωστόσο η προσφεύγουσα ή μάλλον προτιμά να αποκρύψει σκοπίμως ότι μετά την 27/8/2017, ήτοι την ημερομηνία που επικαλείται κατά την οποία παρήλθε η νόμιμη προθεσμία μετά την οποία καμία πληρωμή

Αριθμός απόφασης: 824/2020

σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας δεν μπορεί να πραγματοποιηθεί από τη σύμβαση μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ..., τουλάχιστον νομίμως, είναι εντέλει η ίδια η προσφεύγουσα η οποία:

(α) Δέχθηκε να συμμετέχει αναντίρρητα στον με αρ. διακ. 16/2017 (αρ. συστ. 45271) ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την προμήθεια δύο συστημάτων υπερηχοτομογραφίας προϋπολογισμού 100.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ που προκήρυξε το Νοσηλευτικό Ίδρυμα Μετοχικού Ταμείου Στρατού 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 Γενικό Επιτελείο Στρατού 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 Πυρηνικής Ιατρικής προϋπολογισμού 443.548,39€ συμπεριλαμβανομένων των κρατήσεων πλέον

Αριθμός απόφασης: 824/2020

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. ...) Διεθνή Ηλεκτρονικό Ανοικτό Διαγωνισμό για την Προμήθεια Αξονικού Τομογράφου 16 Τομών που προκήρυξε το Γενικό Νοσοκομείο – ... 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 07085ΕΞ2012/27-8-2012 (ΦΕΚ Α' 164/12) Σύμβαση μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας σύμφωνα με την οποία και σε εκτέλεση του όρου III.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.

Αριθμός απόφασης: 824/2020

ΥΠΟΙΚ 07085ΕΞ2012/27-8-2012 (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.

Άπαντα 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 ... και δη μετά την επικληθείσα από την ίδια προθεσμία της 27/8/2017, 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 ανάδοχον 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 281 ΑΚ, καθώς από τις ίδιες τις προηγούμενες πράξεις της η ..., ήτοι δια της αναντίρρητης συμμετοχής της

Αριθμός απόφασης: 824/2020

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.

(β) Έλλειψη έννομου συμφέροντος αναφορικά με τον πρώτο λόγο προσφυγής – Αόριστη επίκληση βλάβης άνευ στοιχειοθέτησης – Απαράδεκτο προταθέντος ισχυρισμού

Σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα στερείται του απαιτούμενου έννομου συμφέροντος να προσβάλλει τον όρο 5.1 Τρόπος πληρωμής και δη ότι η πληρωμή του Προμηθευτή θα γίνει στο πλαίσιο συμφωνίας του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ... για τους ακόλουθους λόγους:

(β.1) Έχει παγίως κριθεί ότι το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο και ατομικό /προσωπικό, υπό την έννοια ότι πρέπει να αφορά στον ενδιαφερόμενο προσωπικά και όχι ένα γενικό κύκλο προσώπων και στη συγκεκριμένη περίπτωση όλους τους εν δυνάμει συμμετέχοντες οι οποίοι ενδεχομένως να θίγονται από την αδυναμία πληρωμής, εάν ήθελε δεχθούμε την αιτίαση της προσφεύγουσας.

(β.2) Περαιτέρω, δέον 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 τον 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 ΔΔικ 1994/831). Στη προκείμενη περίπτωση, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η πληρωμή του αναδόχου δεν μπορεί να γίνει από το ποσό που

Αριθμός απόφασης: 824/2020

προβλέπεται από την ανωτέρω σύμβαση, κι ότι στην περίπτωση που η προσφεύγουσα εταιρεία ή άλλη εταιρεία, κηρυχθεί ανάδοχος, δεν θα εισπράξει το τίμημα της προμήθειας, αφού θα κριθεί από τις ελεγκτικές αρχές ότι παρανόμως προβλέφθηκε η πληρωμή αυτού από τη ανωτέρω σύμβαση.

Αντιλαμβάνεται κανείς, βάσει των όσων ήδη εκθέσαμε, ότι αφενός δεν έχει εισέτι επέλθει βλάβη ούτε είναι καν βέβαιο ότι θα επέλθει βλάβη στη προσφεύγουσα, κάτι που η ίδια δύναται να γνωρίζει άμεσα με δεδομένη αφενός τη συμμετοχή της σε αντίστοιχες διαγωνιστικές διαδικασίες προμήθειας ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού των οποίων η δαπάνη έχει προβλεφθεί να βαρύνει τη Συμφωνία Συμβιβασμού μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και των εταιρειών και αφετέρου την επελθούσα ήδη εξόφληση της από την σε διαγωνισμούς που της κατακυρώθηκαν ως παραπάνω εκθέσαμε. Η θεμελίωση ωσαύτως του έννομου συμφέροντος της σε μελλοντικό κι αβέβαιο γεγονός, ήτοι την πιθανότητα μη εξόφλησης ή παράνομης πρόβλεψης του τρόπου εξόφλησης, γεγονός μάλιστα τόσο αβέβαιο όσο και απίθανο, ως η ίδια η προσφεύγουσα γνωρίζει, δεν νομιμοποιεί την τελευταία να προβάλλει παραδεκτώς τον συγκεκριμένο λόγο επί σκοπώ ακύρωσης της διακήρυξης.

(β.3) Δεν αρκεί ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για την άσκηση της Προσφυγής, αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς – ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη - των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣτΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣτΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία - νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα ΑΕ, 2017).

Στην υπό κρίση περίπτωση, η προσφεύγουσα όλως αορίστως κι αναπόδεικτα επικαλείται τη πιθανότητα μη είσπραξης του τιμήματος της προμήθειας λόγω δήθεν παράνομης πρόβλεψης ότι η πληρωμή θα γίνει από τη σύμβαση, δεδομένου ότι αφενός κατέχει ως προείπαμε στοιχεία που αποδεικνύουν το ακριβώς αντίθετο, ότι δηλαδή η ίδια εξετέλεσε συμβάσεις που της κατακυρώθηκαν και στην οποία προβλέπετο ο εν λόγω τρόπος χρηματοδότησης δαπάνης από την προβλεπόμενη στη Συμφωνία Συμβιβασμού μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και των εταιρειών και ... για προμήθειες που εκτέλεσε και δη μετά την 27/08/2017 που η ίδια επικαλείται ως καταληκτική προθεσμία ισχύος της Συμφωνίας μεταξύ της Ελληνικής

Αριθμός απόφασης: 824/2020

Δημοκρατίας και των εταιρειών και ..., αφετέρου δεν προσκομίζει κανένα νεότερο στοιχείο που να αποδεικνύει τουλάχιστον τον ισχυρισμό της, ότι δηλαδή είτε κάποια διακήρυξη ακυρώθηκε για τον συγκεκριμένο λόγο, είτε ότι σύμβαση που εκτελέστηκε δεν πληρώθηκε στον ανάδοχο λόγω παράνομης πρόβλεψης του τρόπου πληρωμής εκ της Συμφωνίας Συμβιβασμού μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και των εταιρειών και

Προς επίρρωση των ανωτέρω παραθέτουμε ενδεικτικώς σχετικό εδάφιο νομολογίας περί των συστατικών του έννομου συμφέροντος στοιχείων ως ακολούθως: 'Απόφαση 568/2020 ΑΕΠΠ:

15. Επειδή, το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι άμεσο και ατομικό /προσωπικό, υπό την έννοια ότι πρέπει να αφορά στον 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, 2017, σελ. 745 επ.), άλλως, να την υφίσταται υπό συγκεκριμένη ιδιότητα ως υποψηφίου στην οικεία Διακήρυξη (ΣτΕ

Αριθμός απόφασης: 824/2020

880/2016 7μ. σκέψη 13, 1844/2013 7μ. σκέψη 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 σύννομη διαδικασία 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 τον 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 ΔΔικ 1994/831) 18. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ελέγχεται αυτεπάγγελα η συνδρομή των ουσιαστικών κριτηρίων του εννόμου συμφέροντος, με βάση το κατά πόσο από το έγγραφο της Προσφυγής και τα στοιχεία του φακέλου αποδεικνύεται η ύπαρξη του έννομου συμφέροντος. Δεν αρκεί δηλαδή ο προσφεύγων να επικαλείται την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για την άσκηση της Προσφυγής, αλλά απαιτείται η προσκόμιση και μάλιστα προαποδεικτικώς - ως ισχύει και στην ακυρωτική δίκη - των απαραίτητων για την απόδειξη αυτού στοιχείων (ΣΤΕ Ολομ. 4570/96, ΔΔικ 1997/673, ΣΤΕ 3664/1998, Βλαδίμηρος Δ. Μωυσίδης, «Κώδικας Διοικητικής Δικονομίας», Κατ' άρθρο ερμηνεία - νομολογία, Εκδόσεις Σάκκουλα ΑΕ, 2017). Υφίσταται, περαιτέρω, στο πλαίσιο της μεν ακυρωτικής δίκης προαπόδειξη του εννόμου συμφέροντος, γεγονός που δεν καθιστά θεμιτή τη μεταγενέστερη προσαγωγή αποδεικτικών στοιχείων θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος (ΣΤΕ 1393/2003), στη δε διαδικασία εξέτασης της Προδικαστικής Προσφυγής το έννομο συμφέρον θα πρέπει να προαποδεικνύεται με την άσκηση της.'

Ομοίως αόριστος, παρελκυστικός, ελλείπει έννομου συμφέροντος και απαραδέκτως προβαλλόμενος είναι ο πρώτος λόγος προσφυγής της

Αριθμός απόφασης: 824/2020

προσφεύγουσας περί δήθεν πρόκλησης στρέβλωσης του ανταγωνισμού και ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος στη παρεμβαίνουσα εταιρεία μας από τον τρόπο πληρωμής από την πιθανή συμμετοχή μας στον διαγωνισμό.

Δίχως να επιθυμούμε να επαναλάβουμε όσα ήδη διελάβαμε περί της έλλειψης του έννομου συμφέροντος της προσφεύγουσας για τον συγκεκριμένο λόγο, οφείλουμε να διευκρινίσουμε ότι στην Συμφωνία Συμβιβασμού μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και των εταιρειών και (που θεωρούμε ότι όφειλε να γνωρίζει η προσφεύγουσα προς τεκμηρίωση των αιτιάσεων της), δεν έχει τεθεί ουδείς όρος που να περιορίζει ή να απαγορεύει επουδενί τη συμμετοχή της εταιρείας μας (...) σε διαγωνισμό. Ωσαύτως κι εκ του περισσού ίσως, αλλά προκειμένου να διασκεδάσουμε οποιαδήποτε υπόνοια, οφείλει να διευκρινιστεί ότι η έννοια της στρέβλωσης του ανταγωνισμού και η έννοια του ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος που επικαλείται η προσφεύγουσα αποτελούν διακριτές έννοιες και η ταυτόχρονη χρήση τους από τη προσφεύγουσα αποσκοπεί απλώς να δημιουργήσει αναπόδεικτες εντυπώσεις. Η ενδεχόμενη στρέβλωση του ανταγωνισμού αναφέρεται σαφώς στο άρθρο 24 του νόμου 4412/2016 όπου ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα κατάλληλα μέτρα, κατά τις επόμενες παραγράφους, για: α) την αποτελεσματική πρόληψη, β) τον εντοπισμό και γ) την επανόρθωση συγκρούσεων συμφερόντων που προκύπτουν κατά τη διεξαγωγή διαδικασιών σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης, ούτως ώστε να αποφεύγονται τυχόν στρεβλώσεις του ανταγωνισμού και να διασφαλίζεται η ίση μεταχείριση όλων των οικονομικών φορέων. 2. Κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων συντρέχει ιδίως όταν τα πρόσωπα της επόμενης παραγράφου, έχουν, άμεσα ή έμμεσα, χρηματοοικονομικό, οικονομικό ή άλλο προσωπικό συμφέρον, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην παρ. 4, το οποίο θα μπορούσε να εκληφθεί ως στοιχείο που θίγει την αμεροληψία και την ανεξαρτησία τους στο πλαίσιο της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης. 3. Η σύγκρουση συμφερόντων αφορά ιδίως τα ακόλουθα πρόσωπα: α) μέλη του προσωπικού της αναθέτουσας αρχής ή του παρόχου υπηρεσιών διαδικασιών σύναψης συμβάσεων, υπό την έννοια του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221), ο οποίος ενεργεί εξ ονόματος της αναθέτουσας αρχής,

Αριθμός απόφασης: 824/2020

συμπεριλαμβανομένων των μελών των αποφαινόμενων ή/και γνωμοδοτικών οργάνων ή/και β) τα μέλη των οργάνων διοίκησης ή άλλων οργάνων της αναθέτουσας αρχής ή/και γ) τους συζύγους και συγγενείς εξ αίματος ή εξ αγχιστείας, κατ' ευθεία μεν γραμμή απεριορίστως, εκ πλαγίου δε έως και τέταρτου βαθμού των προσώπων των περιπτώσεων α` και β`, τα οποία: αα) εμπλέκονται στη διεξαγωγή της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του σχεδιασμού και της προετοιμασίας της διαδικασίας, καθώς και της κατάρτισης των εγγράφων της σύμβασης ή/και ββ) μπορούν να επηρεάσουν την έκβασή της. 4. Για τους σκοπούς του παρόντος άρθρου ως «συμφέροντα» νοούνται προσωπικά, οικογενειακά, οικονομικά, πολιτικά ή άλλα κοινά συμφέροντα με τους υποψηφίους ή προσφέροντες ή με τους υπεργολάβους αυτών ή με οποιοδήποτε μέλος υποψήφιας/προσφέρουσας ένωσης οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων και αντικρουόμενων επαγγελματικών συμφερόντων, όπως ιδίως: α) Η συμμετοχή προσώπου της παρ. 3 στα όργανα διοίκησης ή διαχείρισης ενός οικονομικού φορέα, όταν ο εν λόγω οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης που διενεργεί η αναθέτουσα αρχή. β) Η κατοχή από πρόσωπο των περιπτώσεων α` ή/και β` της παρ. 3, ποσοστού άνω του 0,5% των μετοχών, εταιρικών μεριδίων ή άλλης φύσης δικαιωμάτων επί του κεφαλαίου οικονομικού φορέα που συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφόσον η κατοχή του ανωτέρω ποσοστού επιτρέπει τη συμμετοχή στη διαχείριση του φορέα αυτού. γ) Η ύπαρξη, κατά τη χρονική περίοδο που έχει ως αφετηρία δώδεκα (12) μήνες πριν από την έναρξη της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης και λήξη την ημέρα σύναψης αυτής, συμβατικού δεσμού που αφορά είτε στην παροχή εξηρημένης εργασίας είτε στην εκτέλεση έργου ή παροχή υπηρεσιών ή προμήθεια αγαθών μεταξύ ενός προσώπου των περιπτώσεων α` ή/και β` της παρ. 3, με οικονομικό φορέα, που συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. 5. Τα πρόσωπα που αναφέρονται στις περιπτώσεις α` και β` της παρ. 3 υποχρεούνται να γνωστοποιήσουν εγγράφως στην αναθέτουσα αρχή τυχόν σύγκρουση συμφερόντων των ιδίων ή των συγγενικών τους προσώπων, υπό την έννοια της περίπτωσης γ` της παραγράφου 3, σε σχέση με οποιονδήποτε υποψήφιο ή προσφέροντα, από τη στιγμή που λαμβάνουν γνώση της εν λόγω σύγκρουσης, προκειμένου η

Αριθμός απόφασης: 824/2020

αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να προβεί σε διορθωτικές ενέργειες, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 6. Παράλληλα, τα πρόσωπα αυτά οφείλουν να απέχουν από κάθε ενέργεια σχετική με τη διενέργεια της διαδικασίας σύναψης.

6. Η αναθέτουσα αρχή αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της συνδρομής ή μη κατάστασης σύγκρουσης συμφερόντων. Αν η αναθέτουσα αρχή αποφανθεί ότι συντρέχει κατάσταση σύγκρουσης συμφερόντων, ενημερώνει αμέσως την Αρχή και λαμβάνει αμελλητί τα κατάλληλα μέτρα, προς διασφάλιση της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και προς αποφυγή στρεβλώσεων του ανταγωνισμού, στα οποία μπορεί να συμπεριλαμβάνεται η εξαίρεση του συγκεκριμένου προσώπου από οποιαδήποτε συμμετοχή στη σχετική διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, εφαρμοζομένων και των διατάξεων των παραγράφων 4 και 5 του άρθρου 7 του ν. 2690/1999 (Α` 45).

7. Εάν μια σύγκρουση συμφερόντων είναι αδύνατον να αρθεί με άλλον τρόπο, ο υποψήφιος ή προσφέρων, ο οποίος σχετίζεται με αυτή, αποκλείεται από τη διαδικασία, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στην περίπτωση δ' της παρ. 4 του άρθρου 73.

8. Η αναθέτουσα αρχή συντάσσει και αποστέλλει στην Αρχή γραπτή έκθεση, η οποία περιλαμβάνει τις περιπτώσεις σύγκρουσης συμφερόντων που εντοπίστηκαν, καθώς και όλα τα επακόλουθα μέτρα που ελήφθησαν, σύμφωνα με το παρόν άρθρο, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 341.».

Όπως μάλιστα αναφέρεται στο σκεπτικό 19 της Απόφασης 465/2018 ΑΕΠΠ: '19. Επειδή, κατά πάγια αρχή του ενωσιακού δικαίου, στο πλαίσιο ενός συστήματος διεξαγωγής των διαδικασιών δημοσίων συμβάσεων που εξασφαλίζει την ίση μεταχείριση ως προϋπόθεση του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, έπεται ότι το σύνολο των μετεχόντων θα πρέπει να διαθέτουν ίσες ευκαιρίες όταν διατυπώνουν τους όρους των προσφορών τους και επομένως συνεπάγεται ότι ισχύουν οι ίδιες προϋποθέσεις για όλους τους διαγωνιζομένους (ΠΕΚ, T-345/03 *Ενρωπαϊκή Δυναμική v Commission (CORDIS)* [2008] ECR II-341 σκ. 143 και T-86/09 *Ενρωπαϊκή Δυναμική v Commission* [2011] ECR II-309 σκ. 61). Άρα, ένα τέτοιο σύστημα αποτελεσματικού ανταγωνισμού δύναται να διασφαλισθεί μόνο μέσω της εξασφάλισης ίσων ευκαιριών μεταξύ των οικονομικών φορέων σε κάθε στάδιο της διαδικασίας, από την προετοιμασία υποβολής προσφοράς έως και

Αριθμός απόφασης: 824/2020

την αξιολόγηση αυτής (ΔΕΕ, C-202/88 *France v Commission* [1991] ECR I-1223 σκ. 51, C-462/99 *Connect Austria* [2003] ECR I-5197 σκ. 83, ΠΕΚ, T-250/05 *Ενρωπαϊκή Δυναμική (ΟΡΟCE)* [2007] ECR II-85 σκ. 46). Συμμεπώς, οι αναθέτουσας έχουν μια σαφή υποχρέωση αποφυγής και πρόληψης συνθηκών σύγκρουσης συμφερόντων (βλ. Οδηγία 2014/24/ΕΕ, Προοίμιο σημ. 16 “Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει να χρησιμοποιούν όλα τα μέσα τα οποία διαθέτουν βάσει του εθνικού δικαίου, ούτως ώστε να αποτρέπουν τη στρέβλωση των διαδικασιών δημόσιων προμηθειών λόγω σύγκρουσης συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων των διαδικασιών προσδιορισμού, πρόληψης και αποκατάστασης της σύγκρουσης συμφερόντων.”), με αποτέλεσμα αν λάβει χώρα τέτοια αποκάλυψη σύγκρουσης συμφερόντων σε οιοδήποτε στάδιο της διαδικασίας να υποχρεούται η αναθέτουσα να καταρτίσει και να λάβει, με όλη την απαιτούμενη επιμέλεια και βάσει όλων των δυναμένων να ασκήσουν επιρροή στοιχεία, την απόφασή της σχετικά με τη συνέχεια της διαδικασίας συνάψεως της επίμαχης συμβάσεως. Η υποχρέωση αυτή απορρέει ιδίως από τις αρχές της χρηστής διοικήσεως και της ίσης μεταχειρίσεως και συνίσταται στην εκ μέρους της αναθέτουσας μέριμνα σε κάθε στάδιο της διαδικασίας υποβολής προσφορών, για την τήρηση της ίσης μεταχειρίσεως και, κατά συνέπεια, για τη διασφάλιση ίσων ευκαιριών για όλους τους υποψηφίους (ΠΕΚ, T-160/03 *AFCOn Man...ement Consultants* [2005] ECR II-981 σκ. 75, T-231/97 *New Europe Consulting* [1999] ECR II-2403 σκ. 41, T-297/05 *IPK International v Commission* [2011] ECR II-1859, σκ. 122). Η παραπάνω υποχρέωση δύναται να λάβει διαφορετική ανά περίπτωση μορφή, αναλόγως του περιεχομένου και των περιστάσεων της κάθε υπόθεσης, σε κάθε όμως περίπτωση πρέπει να προσανατολίζεται στην πρόληψη παραβιάσεων της ίσης μεταχείρισης. Τα παραπάνω που προκύπτουν από την πάγια ενωσιακή νομολογία, τράπησαν σε σαφή κανόνα του άρ. 24 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, που ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με το άρ. 24 Ν. 4412/2016, το οποίο και συμπληρώνεται και από μια νέα βάση αποκλεισμού από τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων κατ’ άρ. 57 παρ. 4 περ. ε’ της ως άνω Οδηγίας, η οποία ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με την ανωτέρω μνημονευθείσα διάταξη του άρ. 73 παρ. 4 περ. δ’ Ν. 4412/2016 και πλέον ιδρύει μια σαφή εντολή προς τις αναθέτουσες, περί εντοπισμού,

Αριθμός απόφασης: 824/2020

ελέγχου και αποτελεσματικής αντιμετώπισης συγκρούσεων συμφέροντος (Albert Sanchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart 2015 2η εκδ., σελ. 389-392).’

Τέλος, δέον όπως λεχθεί ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί δήθεν ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος λόγω δήθεν μείωσης του οφειλόμενου από τη συμφωνία συμβιβασμού ποσού περισσότερο από ότι αν κατέβαλε η παρεμβαίνουσα εταιρεία μας το ίδιο ποσό για αγορά άλλου ιατρικού μηχανήματος, όπως πολύ περισσότερο το επιχείρημα περί καταστρατήγησης της ίδιας της Συμφωνίας Συμβιβασμού στην περίπτωση που η προμήθεια κατακυρωθεί στη παρεμβαίνουσα εταιρεία μας, επειδή δήθεν (εμείς) θα καταβάλουμε στο Ελληνικό Δημόσιο μικρότερο ποσό ωφελούμενοι τουλάχιστον τη διαφορά κατακυρωθέντος τιμήματος μείον το πραγματικό κόστος, είναι τουλάχιστον προκλητικοί και αναπόδεικτοι, προσβλητικοί απέναντι στην Αναθέτουσα Αρχή, καθώς επίσης και δεν φαίνεται μάλιστα να λαμβάνουν υπόψη τα εξής:

(α) οι Εταιρείες ... και η παρεμβαίνουσα αποτελούν δύο ξεχωριστές εταιρείες. Η Συμφωνία Συμβιβασμού αναφέρει τα εξής. Ο όρος “...” ορίζεται ότι περιλαμβάνει την ... και τις θυγατρικές της εταιρείες στην Ελλάδα, καθώς και την Περαιτέρω δεν θα πρέπει να διαφύγει της προσοχής Σας ότι η ... (παρεμβαίνουσα) ουδέποτε υπήρξε θυγατρική της Απλά οι ως άνω δύο εταιρείες, έχουν τον ίδιο απώτερο μέτοχο, γεγονός βέβαια που δεν επηρεάζει την ανεξαρτησία τους και την ξεχωριστή τους νομική υπόσταση και προσωπικότητα. Ως εκ τούτου κάθε προσπάθεια συσχέτισης των δύο εταιρειών από την προσφεύγουσα προς άντληση έωλων επιχειρημάτων και αλυσιτελών ισχυρισμών τυγχάνει ατυχής.

(β) σε οποιοδήποτε τίμημα κατακυρωθεί η προμήθεια του σχετικού διαγωνισμού, είτε σε 1 ευρώ είτε στον προϋπολογισμό, η οποιαδήποτε υπολειπόμενη υποχρέωση από τη Συμφωνία Συμβιβασμού θα ανέρχεται μέχρι συμπληρώσεως του συμφωνηθέντος ‘παταριού’ των 90.000.000,00 ευρώ.

(γ) με τις αιτιάσεις της η παρεμβαίνουσα φέρεται να προκαταβάλει ανεπίτρεπτα το αποτέλεσμα μιας διαγωνιστικής διαδικασίας που εντέλει δεν έχει καν προχωρήσει με την υποβολή προσφορών, σε πλήρη μάλιστα αγνόηση των κανόνων που διέπουν αυτήν βάσει του νομοθετικού πλαισίου.

Αριθμός απόφασης: 824/2020

(δ) δεν δύναται να αποκλειστεί εκ των προτέρων η συμμετοχή μιας συμμετέχουσας επί ατεκμηρίωτων κατηγοριών και δη χωρίς να έχει παραβιασθεί καμία ελάχιστη απαίτηση του νόμου και της διακήρυξης.

(ε) η ενδεχόμενη συμμετοχή της παρεμβαίνουσας εταιρείας μας δεν παραβιάζει κανένα σημείο της Συμφωνίας Συμβιβασμού και ουδέν τέτοιο άλλωστε δύναται να επικαλεστεί η προσφεύγουσα.

(στ) ακόμη και με τις αλχημείες που δεν φέρουν καμία μαθηματική ακρίβεια της προσφεύγουσας περί της ωφέλειας της παρεμβαίνουσας εταιρείας μας από λογιστικές εγγραφές και όχι πραγματικές πληρωμές, δεν μπορεί να τεκμηριώσει ουδόλως η προσφεύγουσα τινί τρόπο ενδεχόμενη συμμετοχή της εταιρείας μας στον υπόψη διαγωνισμό συνιστά στρέβλωση του ανταγωνισμού και προσδίδει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην παρεμβαίνουσα εταιρεία μας.

(ζ) Κριτήριο ανάθεσης του σχετικού διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, η οποία εκτιμάται βάσει των αναγραφόμενων στο άρθρο 2.3.1. κριτηρίων, λαμβάνοντας υπόψη το σύνολο των Τεχνικών Προδιαγραφών του Παραρτήματος Ι ως και των ορισθέντων στο άρθρο 2.2. κριτηρίων ποιοτικής επιλογής. Η αξιολόγηση των ενδεχόμενων συμμετεχόντων στον διαγωνισμό δεν θα διενεργηθεί στον παρόντα διαγωνισμό βάσει των στοιχείων χρηματοδότησης της σύμβασης η οποία δεν επενεργεί στην πριμοδότηση ενός οικονομικού φορέα εις βάρος άλλου οικονομικού φορέα.

(η) η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων

Αριθμός απόφασης: 824/2020

συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12^{ης} Δεκεμβρίου 2002, *UniversaleBau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 29ης Μαρτίου 2012, *S... ELV Slovensko κ.λπ.*, C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10^{ης} Οκτωβρίου 2013, *Manona*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31). Είναι προφανές ότι στη σχετική διαδικασία έχει τηρηθεί το παραπάνω προαπαιτούμενο και δεν αφήνεται ουδεμία αμφιβολία περί δήθεν παραβίασης της αρχής της ίσης μεταχείρισης από την επιλογή του τρόπου χρηματοδότησης της προμήθειας.

Για το σύνολο των προαναφερόμενων αιτούμαστε την απόρριψη του συνόλου των ισχυρισμών της προσφεύγουσας ως διαλαμβάνονται στον Α' λόγο προσφυγής της. [...]

20. Επειδή στο άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.

Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.

Αριθμός απόφασης: 824/2020

Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...].».

21. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 53 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασηςπεριέχουν ιδίως : [.....]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...] ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...] ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87 [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.), [.....]».

22. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 54 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «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 καθορίζουν 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

Αριθμός απόφασης: 824/2020

αναθέτουσας αρχής, οι τεχνικές προδιαγραφές, καταρτίζονται με τρόπο ώστε να λαμβάνουν υπόψη κριτήρια προσβασιμότητας για άτομα με αναπηρίες ή το σχεδιασμό 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

Αριθμός απόφασης: 824/2020

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

Αριθμός απόφασης: 824/2020

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.

8. Ειδικά για τις συμβάσεις έργων, με απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων μπορούν να εγκρίνονται προδιαγραφές και κανονισμοί που αναφέρονται στον τρόπο κατασκευής των έργων και στην ποιότητα, στον τρόπο σύνθεσης και επεξεργασίας, στη χρήση και στον έλεγχο των υλικών κατασκευής των έργων. Με την απόφαση αυτή μπορεί να ορίζεται αν οι θεσπιζόμενες προδιαγραφές είναι υποχρεωτικές σε κάθε περίπτωση ή ισχύουν προαιρετικά ή ισχύουν ως ελάχιστα όρια.

9. Ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, κατά την κατάρτιση των τεχνικών προδιαγραφών οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν υπόψη τις ενιαίες προδιαγραφές που εκπονούνται από τις ΕΚΑΑ των περιπτώσεων β' και γ' της παραγράφου 1 του άρθρου 41 και αναρτώνται στο ΕΣΗΔΗΣ. Στις περιπτώσεις διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης η οποία διενεργείται από ΚΑΑ, οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται είτε από την αναθέτουσα αρχή είτε από την ΚΑΑ. Αν έχουν καθοριστεί από την αναθέτουσα αρχή, ελέγχονται, τροποποιούνται, όπου απαιτείται, και εγκρίνονται από την ΚΑΑ».

23. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 200 του Ν.44312/2016 προβλέπεται ότι: «1. Ο τρόπος πληρωμής και κάθε άλλο αναγκαίο θέμα καθορίζονται απαραίτητα στη διακήρυξη.

2. Η πληρωμή της αξίας των υλικών ή της υπηρεσίας στον ανάδοχο αν δεν προβλέπεται άλλος τρόπος στα έγγραφα της σύμβασης μπορεί να γίνει με ένα από τους παρακάτω τρόπους:

α. Με την εξόφληση του 100% της συμβατικής αξίας μετά την οριστική παραλαβή των υλικών ή της υπηρεσίας.

β. Με την χορήγηση έντοκης προκαταβολής μέχρι ποσοστού 50% της συμβατικής αξίας χωρίς ΦΠΑ έναντι ισόποσης εγγύησης και την καταβολή του υπολοίπου είτε μετά την οριστική παραλαβή των υλικών είτε με πληρωμή ποσοστού 20% της συμβατικής αξίας χωρίς ΦΠΑ με το πρωτόκολλο

Αριθμός απόφασης: 824/2020

παραλαβής κατόπιν του μακροσκοπικού ελέγχου και την εξόφληση της υπόλοιπης συμβατικής αξίας με τον συνολικό ΦΠΑ μετά την οριστική παραλαβή των υλικών.

3. Οι παραπάνω τρόποι πληρωμής εφαρμόζονται και στις τμηματικές παραδόσεις εφόσον αυτές προβλέπονται από την σύμβαση.

4. Στις συμβάσεις προμήθειας τα δικαιολογητικά που απαιτούνται είναι κατ' ελάχιστον τα εξής:

α) Πρωτόκολλο οριστικής ποσοτικής και ποιοτικής παραλαβής ή σε περίπτωση αυτοδίκαιης παραλαβής, αποδεικτικό προσκόμισης του υλικού στην αποθήκη, σύμφωνα με το άρθρο 208.

β) Αποδεικτικό εισαγωγής του υλικού στην αποθήκη του φορέα.

γ) Τιμολόγιο του προμηθευτή εις τριπλούν.

δ)

ε) Πιστοποιητικά Φορολογικής Ενημερότητας και Ασφαλιστικής Ενημερότητας σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις [...]».

24. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

25. Επειδή στο άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3

Αριθμός απόφασης: 824/2020

ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.

2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών.

3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία της ανάθεσης δημόσιων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1».

26. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «[...]

1.2 Στοιχεία Διαδικασίας-Χρηματοδότηση

Είδος διαδικασίας

Ο διαγωνισμός θα διεξαχθεί με την ανοικτή διαδικασία του άρθρου 27 του ν. 4412/16.

Χρηματοδότηση της σύμβασης

Η παρούσα σύμβαση χρηματοδοτείται από την αριθμ. ΥΠΟΙΚ 07085ΕΞ2012/27-8-2012(ΦΕΚ Α'164/12) ΣΥΜΒΑΣΗ – Συμφωνία συμβιβασμού μεταξύ της ... και της ... σύμφωνα με την οποία η κάλυψη της συγκεκριμένης δαπάνης θα γίνει από την ανωτέρω εταιρεία. 1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης

Αντικείμενο της σύμβασης είναι η «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 έτη) συντήρησης του εξοπλισμού μετά τη λήξη του προσφερόμενου χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας, για τις ανάγκες του ..., στο πλαίσιο της εφαρμογής της Συμφωνίας συμβιβασμού μεταξύ του ... και της εταιρείας ..., για την παροχή Ιατρικού Εξοπλισμού στα Δημόσια Νοσοκομεία.

Ο συνολικός προϋπολογισμός ανέρχεται στο ποσό των 1.305.000 € με ΦΠΑ [...] Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι δύο (2) τμήματα (Πίνακας 2):

Αριθμός απόφασης: 824/2020

ΠΙΝΑΚΑΣ 2					
α/α	CPV	ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ	ΤΕΜΑΧΙΑ	ΕΝΔΕΙΚΤΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΜΕ ΤΟ ΦΠΑ	ΕΝΔΕΙΚΤΙΚΟΣ ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΜΕ ΤΟ ΦΠΑ ΚΑΙ ΤΗΝ ΠΕΝΤΑΕΤΗ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ
1	...	ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ	1	900.000	900.000
2	...	ΑΞΟΝΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ	1	300.000	405.000

Για την προμήθεια και εγκατάσταση του «ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΥ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΥ» ο συνολικός προϋπολογισμός ανέρχεται στο ποσό των 900.000 € συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και της «Παροχής υπηρεσιών πλήρους επισκευής και συντήρησης του εξοπλισμού» για τα πέντε (5) έτη μετά τη λήξη του προσφερόμενου χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας.

Για την προμήθεια και εγκατάσταση του «ΑΞΟΝΙΚΟΥ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΥ» ο συνολικός προϋπολογισμός ανέρχεται στο ποσό των 405.000 € συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και αναλύεται ως εξής:

α) 300.000 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ για την «Προμήθεια και εγκατάσταση ενός (1) ΑΞΟΝΙΚΟΥ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΥ» και

β) 105.000 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ για την «Παροχή υπηρεσιών πλήρους επισκευής και συντήρησης του εξοπλισμού» για τα πέντε (5) έτη μετά τη λήξη του προσφερόμενου χρόνου εγγύησης καλής λειτουργίας.

ΠΙΝΑΚΑΣ 3			
α/α	ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ	CPV	ΣΥΣΤΗΜΙΚΟΣ ΑΡΙΘΜΟΣ
1	ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ
2	ΑΞΟΝΙΚΟΥ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΥ

Προσφορές υποβάλλονται είτε για όλα τα τμήματα, είτε για ένα μόνο τμήμα.

Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε πέντε (5) μήνες.

Αριθμός απόφασης: 824/2020

Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής ανά είδος. [...]

Ειδικό Κανονιστικό πλαίσιο που διέπει την παρούσα Διακήρυξη

- Η Συμφωνία συμβιβασμού μεταξύ Ελληνικής Δημοκρατίας και της εταιρείας ... (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. ΓΔΟΥ 858/26-7-2018, έγγραφο του Υπουργείου Οικονομικών,

- Το με αριθμό πρωτ. 1639/9-8-2018 και 3287/15-11-2018 έγγραφο του Υπουργείου Υγείας περί παροχής ιατρικού εξοπλισμού στο πλαίσιο Συμφωνίας συμβιβασμού μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ...,

- Την με αριθμό 1395/18-12-2018 Πράξη της Διοικήτριας του Νοσοκομείου (ΑΔΑ: ...) περί ορισμού Επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών για την προμήθεια ενός (1) αξονικού τομογράφου και ενός (1) μαγνητικού τομογράφου,

Την με αριθμό πρωτοκόλλου 9392/4-3-2019 Πρόσκληση για τη διενέργεια Πρώτης Δημόσιας Διαβούλευσης για το είδος «ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ», στην οποία υποβλήθηκαν πέντε (5) σχόλια.

- Το από 31-5-2019 έγγραφο (αριθμός πρωτ. εισερχ. εγγράφου 27743/3-6-2019 του Νοσοκομείου) της Επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών μετά την αξιολόγηση των σχολίων της Πρώτης Δημόσιας Διαβούλευσης για το είδος «ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ».

- Την με αριθμό πρωτοκόλλου 27743/10-7-2019 Πρόσκληση για τη διενέργεια Δεύτερης Δημόσιας Διαβούλευσης για το είδος «ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ», στην οποία υποβλήθηκε ένα (1) σχόλιο.

- Το από 10-9-2019 έγγραφο (αριθμός πρωτ. εισερχ. εγγράφου 44367/16-9-2019 του Νοσοκομείου) της Επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών μετά την αξιολόγηση των σχολίων της Δεύτερης Δημόσιας διαβούλευσης για το είδος «ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ».

Αριθμός απόφασης: 824/2020

- Το από 4-12-2019 έγγραφο (αριθμός πρωτ. εισερχ. εγγράφου 60651/5-12-2019 του Νοσοκομείου) της Επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών με το οποίο κατατέθηκαν οι συντελεστές βαρύτητας των κριτηρίων αξιολόγησης για το είδος «ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ».

- Την με αριθμό πρωτοκόλλου 8530/4-3-2019 Πρόσκληση για τη διενέργεια Πρώτης Δημόσιας Διαβούλευσης για το είδος «ΑΞΟΝΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ», στην οποία υποβλήθηκαν έξι (6) σχόλια.

- Το με αριθμό πρωτ. 20366/7-5-2019 έγγραφο του Νοσοκομείου προς την εταιρεία ... , με το οποίο ζητούνται διευκρινίσεις επί του σχολίου της στην διαβούλευση, το οποίο απαντήθηκε από την εν λόγω εταιρεία με το από 10-5-2019 ηλεκτρονικό μήνυμα (αριθμός πρωτ. εισερχ. εγγράφου 23842/14-5-2019 του Νοσοκομείου).

- Το από 21-5-2019 έγγραφο (αριθμός πρωτ. εισερχ. εγγράφου 25971/23-5-2019 του Νοσοκομείου) της Επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών μετά την αξιολόγηση των σχολίων της Πρώτης Δημόσιας Διαβούλευσης για το είδος «ΑΞΟΝΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ».

- Την με αριθμό πρωτοκόλλου 25971/27-5-2019 Πρόσκληση για τη διενέργεια Δεύτερης Δημόσιας Διαβούλευσης για το είδος «ΑΞΟΝΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ», στην οποία υποβλήθηκαν τέσσερα (4) σχόλια.

- Το από 13-8-2019 έγγραφο (αριθμός πρωτ. εισερχ. εγγράφου 39410/12-8-2019 του Νοσοκομείου) της Επιτροπής σύνταξης τεχνικών προδιαγραφών μετά την αξιολόγηση των σχολίων της Δεύτερης Δημόσιας Διαβούλευσης για το είδος «ΑΞΟΝΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ».

- Το με αριθμό πρωτ. 47031/27-9-2019 έγγραφο του Νοσοκομείου προς τη Μο.Πα.Δις.

- Την από 5-11-2019 απάντηση της Μο.Πα.Δις (αριθμός πρωτ. εισερχ. εγγράφου 55153/7-11-2019 του Νοσοκομείου).

- Την Απόφαση που έλαβε το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου κατά την 19η/5-12-2019 (θέμα εκτ.13ο) Συνεδρίασή του (ΑΔΑ: ...), με την οποία εγκρίνονται οι τεχνικές προδιαγραφές και η διενέργεια ηλεκτρονικού διεθνούς δημόσιου διαγωνισμού, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής, για την προμήθεια και εγκατάσταση ενός (1) ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΥ

Αριθμός απόφασης: 824/2020

ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΥ και ενός (1) ΑΞΟΝΙΚΟΎ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΥ για τις ανάγκες του ..., στα πλαίσια της Συμφωνίας Συμβιβασμού μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας «...» [...]

2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο «Τεχνικές προδιαγραφές-Ειδικό Όροι» του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται.

Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα [...]

Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: [...] θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης [...] 5. ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ

5.1 Τρόπος πληρωμής

5.1. Η πληρωμή του Προμηθευτή θα γίνει στο πλαίσιο συμφωνίας του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ... (ΦΕΚ 164Α/27-8-2012, σε εκτέλεση του όρου ΙΙΙ.2(5).

Η πληρωμή θα πραγματοποιηθεί για το 100% της συμβατικής αξίας μετά την οριστική παραλαβή των μηχανημάτων και υπό τον όρο ότι δεν συντρέχει περίπτωση επιβολής προστίμων ή άλλων οικονομικών κυρώσεων εις βάρος του προμηθευτή, μετά την έκδοση του πρωτοκόλλου οριστικής ποιοτικής και ποσοτικής παραλαβής, με βάση τα νόμιμα δικαιολογητικά πληρωμής και τα λοιπά στοιχεία που προβλέπονται στην παρ.4 του άρθρου 200 του Ν.4412/2016 και την ισχύουσα νομοθεσία για την εξόφληση τίτλων πληρωμής ή την είσπραξη απαιτήσεων από το Δημόσιο και τα Ν.Π.Δ.Δ. [...]

[.....] ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι – ΕΙΔΙΚΗ ΣΥΓΓΡΑΦΗ ΥΠΟΧΡΕΩΣΕΩΝ-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ-ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ

ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΥ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΥ

ΓΕΝΙΚΑ		
Το σύστημα μαγνητικής τομογραφίας να είναι μοντέλο της πλέον σύγχρονης τεχνολογίας, που να καλύπτει κατ' ελάχιστον τα κατωτέρω χαρακτηριστικά, καινούργιο, αμεταχειριστό, κατάλληλο για νοσοκομειακή χρήση και να περιλαμβάνει όλα τα απαραίτητα εξαρτήματα για την ορθή λειτουργία του.		
1.	ΜΑΓΝΗΤΗΣ (10%)	
1.1	Ένταση μαγνητικού πεδίου, Tesla. Να αναφερθεί η συχνότητα συντονισμού (MHz)	>1,5T
1.2	Ομοιογένεια μαγνητικού πεδίου, ppm RMS σε σφαιρικό όγκο διαμέτρου 40 cm (DSV).	< 0.8ppm (εγγυημένη τιμή)
1.3	Να αναφερθούν οι τιμές ομοιογένειας σε σφαιρικό όγκο Διαμέτρου 10, 20, 30 (DSV)	Να δοθούν στοιχεία
1.4	Μετατόπιση Συχνότητας ppm/hr	Να δοθούν στοιχεία
1.5	Διόρθωση μαγνητικού πεδίου. Να αναφερθούν οι μέθοδοι διόρθωσης.	Να δοθούν στοιχεία
1.6	Ο Μαγνήτης να είναι ενεργά αυτοθωρακισμένος. Να αναφερθούν οι διαστάσεις του μαγνητικού πεδίου (Frip... field) εντάσεως 5G και 1G.	ΝΑΙ, να αναφερθούν
1.7	Διαστάσεις μεγίστου ωφέλιμου εξεταστικού πεδίου (FOV) σε X,Y,Z), cm	> 50 x 50 x 50
1.8	Ρυθμός αναγόμωσης κρουγόνων lt/hr	Μηδενική κατανάλωση zero boil off
2.	GANTRY (5%)	
2.1	Ωφέλιμη διάμετρος bore, cm	>70cm
2.2	Χειρισμός εξεταστικής τράπεζας και επικέντρωσης, ώστε να εξασφαλίζεται η βελτιωμένη ροή της εργασίας (να περιγραφούν αναλυτικά). Η τοποθέτηση του εξεταζόμενου να	ΝΑΙ. Να δοθούν στοιχεία
2.3	Παροχή αέρα εντός του bore, κατά προτίμηση ρυθμιζόμενη	ΝΑΙ
2.4	Φωτισμός εντός του bore, κατά προτίμηση ρυθμιζόμενος	ΝΑΙ
2.5	Μήκος Μαγνητικού Τομογράφου (με τα καλύμματα), cm το οποίο θα πρέπει να είναι το μικρότερο δυνατόν για περιορισμό της κλειστοφοβίας του εξεταζόμενου	Να δοθούν στοιχεία
3.	ΕΞΕΤΑΣΤΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ (3%)	
3.1	Κατακόρυφη κίνηση τράπεζας	ΝΑΙ
3.2	Όρια (ελάχιστο - μέγιστο ύψος) κατακόρυφης κίνησης	Να αναφερθούν
3.3	Όριο βάρους σε όλες τις θέσεις της τράπεζας	> 220 kg
3.4	Μέγιστη κάλυψη απεικόνισης (μήκος σάρωσης)	> 200 cm
3.5	Ταχύτητα οριζόντιας κίνησης (cm/sec), ακρίβεια κίνησης κλπ.	Να αναφερθούν στοιχεία
3.6	Μέγιστο μήκος κίνησης	Να αναφερθούν στοιχεία
3.7	Χαρακτηριστικά φιλικότητας προς τον εξεταζόμενο κατά τη διάρκεια της εξέτασης.	Να δοθούν στοιχεία
4.	ΑΚΟΥΣΤΙΚΟΣ ΘΟΡΥΒΟΣ (1%)	
4.1	Σύγχρονες τεχνολογίες/μέθοδοι μείωσης ακουστικού θορύβου με ταυτόχρονη διατήρηση της διαγνωστικής πληροφορίας σε υψηλά επίπεδα ποιότητας.	ΝΑΙ. Να αναφερθούν στοιχεία
5.	ΣΥΣΤΗΜΑ ΒΑΘΜΙΔΩΤΩΝ ΠΕΔΙΩΝ (6%)	
5.1	Μέγιστη ένταση πεδίου (ΜΕΠ) στους άξονες x,y,z, σε mT/m. Να αναφερθεί επίσης και η effective τιμή για κάθε άξονα.	ΜΕΠ >33 Effective >57
5.2	Μέγιστος ρυθμός μεταβολής έντασης πεδίου (ρυθμός ανόδου), στους άξονες x,y,z, T/m/sec. Να αναφερθεί επίσης και η effective τιμή για κάθε άξονα	Ρυθμός ανόδου >125 Effective > 210
6.	ΣΥΣΤΗΜΑ ΡΑΔΙΟΣΥΧΝΟΤΗΤΩΝ (ΔΕΚΤΗΣ) (11%)	
6.1	Ισχύς, kW, τουλάχιστον :	> 25 kW
6.2	Αριθμός ανεξάρτητων καναλιών λήψης > 32. Σε περίπτωση διαθέσιμης πλατφόρμας με τεχνολογία ψηφιοποίησης του σήματος στο πηνίο (ή πλησίον του πηνίου) και όχι στο μαγνήτη, ανεξάρτητη του αριθμού των καναλιών, αυτή να προσφερθεί στη βασική σύνθεση. Να αναφερθεί που γίνεται η ψηφιοποίηση του σήματος των πηνίων (εντός του πηνίου, πάνω στην εξεταστική	ΝΑΙ, να δοθούν στοιχεία
6.3	Να προσφερθεί σύγχρονη τεχνολογία παράλληλης απεικόνισης. Να αναφερθεί η τιμή του μεγίστου συντελεστή επιτάχυνσης.	ΝΑΙ, να δοθούν στοιχεία
7.	ΠΗΝΙΑ (11%)	
7.1	Για κάθε ζητούμενη ανατομική περιοχή να προσφερθεί το ενδεδειγμένο από τον κατασκευαστικό οίκο πηνίο. Όλα τα προσφερόμενα	
7.2	Το κάθε πηνίο μπορεί να είναι ενιαίο ή εναλλακτικά ξεχωριστά πηνία αρκεί να είναι ενδεδειγμένα από τον κατασκευαστικό οίκο για την ανατομική περιοχή που ζητείται, να μπορούν να χρησιμοποιηθούν για την απεικόνιση τόσο μικρόσωμων όσο και μεγαλόσωμων ασθενών καθώς και να καλύπτουν τον ελάχιστο ζητούμενο αριθμό ανεξάρτητων καναλιών. Ο ζητούμενος αριθμός των	

Αριθμός απόφασης: 824/2020

	ανεξαρτήτων καναλιών αφορά το κάθε πηνίο ξεχωριστά και όχι για συνδυασμό αυτών	
7.3	Να προσφερθούν πολυκάναλα πηνία για τις ακόλουθες τουλάχιστον εξετάσεις:	Αριθμός ανεξαρτήτων καναλιών:
7.3.1	Πηνίο κεφαλής/αυχένα με δυνατότητα κλίσης έως 15° . Θα εκτιμηθεί ιδιαίτερα η δυνατότητα ύπαρξης τεχνικών για την διόρθωση της ομογένειας και της καταστολής του λίπους στην περιοχή του αυχένα με τον ασθενή τοποθετημένο στο πηνίο	> 20
7.3.2	Πηνίο σπονδυλικής στήλης.	> 20
7.3.3	Πηνίο ώμου	> 16
7.3.4	Πηνίο γόνατος	> 18
7.3.5	Πηνίο/α για εξετάσεις θώρακα, άνω & κάτω κοιλίας ανατομικής κάλυψης τουλάχιστον 5°cm.	> 12
7.3.6	Εύκαμπτο/α πηνίο/α για δύσκολες επιφάνειες (2 μεγέθη)	> 4
7.3.7	Πηνίο για εξετάσεις Μαστού (Αμφιπλευρότητα)	> 16
7.4	Συνολικός αριθμός πηνίων που μπορεί ταυτόχρονα να υποστηρίξει το προσφερόμενο σύστημα.	ΝΑΙ. Να δοθούν στοιχεία
7.5	Να γίνεται αυτόματη ανίχνευση και επιλογή των coil elements στο ενεργό εξεταστικό πεδίο	ΝΑΙ
7.6	Θα εκτιμηθεί ιδιαίτερα η ύπαρξη αισθητήρων αναπνευστικού ρυθμού και καρδιακού ρυθμού σε αντίστοιχα πηνία, για την αποφυγή ζώνης αναπνοής και καλωδίων στον εξεταζόμενο και κατά συνέπεια στην επιτάχυνση της εξέτασης.	ΝΑΙ. Να δοθούν στοιχεία
8.	ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗΣ/ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΑ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗΣ (8%)	
8.1	Τεχνικές 2D και 3D Spin Echo, Multiple Spin Echo Inversion Recovery, Gradient Echo Turbo/Fast, Turbo/Fast μιας βολής (single shot), Turbo & Gradient Spin Echo (TGSE) ή ισοδύναμη, EPI (Singleshot - Multishot), 2D&3D ακολουθίες steady state	ΝΑΙ
8.2	Σύγχρονες τεχνικές καταστολής λίπους^ suppression) και τεχνικές διέγερσης και καταστολής ύδατος (water excitation and suppression).	ΝΑΙ
8.3	Σύγχρονο νευρολογικό πακέτο (Neurologic im...ing)	ΝΑΙ
8.4	Ακολουθίες διόρθωσης κίνησης για εγκεφαλικές μελέτες , μελέτες σπονδυλικής στήλης, ορθοπεδικές μελέτες, μελέτες κοιλίας, κ.λ.π. και δυνατότητα παράλληλης απεικόνισης για μείωση του χρόνου εξέτασης.	ΝΑΙ
8.5	Απεικόνιση έσω ακουστικών πόρων	ΝΑΙ
8.6	Απεικόνιση αιμάτωσης (Perfusion im...ing)	ΝΑΙ
8.7	Απεικόνιση διάχυσης (Diffusion weighted im...ing). Απεικόνιση υψηλής ανάλυσης διάχυσης	ΝΑΙ
8.8	Απεικόνιση τανυστή διάχυσης (Diffusion tensor im...ing) και δημιουργία χαρτών διάχυσης οι οποίοι βασίζονται στον τανυστή, 3D απεικόνιση των οδών της λευκής ουσία. Να περιλαμβάνεται η δημιουργία ADC Maps και TRACE maps από τα DTI δεδομένα. Να παρέχονται εικόνες διάχυσης έως 15° διαφορετικών κατευθύνσεων.	ΝΑΙ

Αριθμός απόφασης: 824/2020

[...]

27. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνολολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

28. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη - πλην τυχόν ειδικότερων όρων χρηματοδότησης - να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητά που εκείνη κρίνει. Η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής από ποσοτική και ποιοτική άποψη, που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτησή τους, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣΤΕ 354/2014, 1140/2010 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

29. Επειδή οι όροι που τίθενται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη, αποτελούν δέσμια αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού να

Αριθμός απόφασης: 824/2020

αποκλείσει την παρουσιάζουσα έλλειψη/απόκλιση προσφορά (ΣΤΕ 743/2000), σύμφωνα με την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή τους κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54).

30. Επειδή, όπως αναφέρεται ρητώς στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 και παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία (ΕΑ ΣΤΕ Β' Τμ. 1135/2010), οι όροι διακήρυξης διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης δημόσιας προμήθειας πρέπει να μην παραβιάζουν τις θεμελιώδεις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των επιχειρηματιών (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Hojgaard και ZOblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29^{ης} Μαρτίου 2012, S... ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

31. Επειδή στο Προοίμιο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (σκ. 74) ορίζεται ότι: *«Οι τεχνικές προδιαγραφές που καθορίζονται από τους αγοραστές του Δημοσίου πρέπει να επιτρέπουν το άνοιγμα των δημόσιων προμηθειών στον ανταγωνισμό καθώς και την επίτευξη των στόχων βιωσιμότητας. Για τον*

Αριθμός απόφασης: 824/2020

σκοπό αυτό, θα πρέπει να είναι δυνατή η υποβολή προσφορών που αντικατοπτρίζουν την ποικιλία των προτύπων για τεχνικές λύσεις και των τεχνικών προδιαγραφών στην αγορά [...] Κατά συνέπεια, οι τεχνικές προδιαγραφές θα πρέπει να καταρτίζονται κατά τρόπο ώστε να αποφεύγεται ο τεχνητός περιορισμός του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που να ευνοούν έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, αντικατοπτρίζοντας βασικά χαρακτηριστικά των αγαθών, υπηρεσιών ή Έργων που παρέχονται συνήθως από τον οικονομικό φορέα αυτό. Η κατάρτιση των τεχνικών προδιαγραφών ως προς τις λειτουργικές απαιτήσεις και τις απαιτήσεις εκτέλεσης επιτρέπει εν γένει την επίτευξη του ανωτέρω στόχου με τον καλύτερο δυνατό τρόπο. Οι λειτουργικές απαιτήσεις και οι σχετικές με την εκτέλεση απαιτήσεις συνιστούν επίσης ενδεδειγμένα μέσα που θα ευνοήσουν την καινοτομία στις δημόσιες προμήθειες και θα πρέπει να χρησιμοποιούνται όσο το δυνατόν ευρύτερα. [...]».

32. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση *S... ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27).

33. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, καταρχήν να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο γνωρίζοντας εκ των προτέρων το ακριβές περιεχόμενο των κριτηρίων του διαγωνισμού στα οποία καλόπιστα θα στηρίξουν την απόφασή τους εάν θα λάβουν ή όχι μέρος στη διαδικασία σύναψης της οικείας σύμβασης (βλ. την απόφαση του ΔΕΕ της 14ης Σεπτεμβρίου 2017, *Casertana Costruzioni*, C-223/16, σκέψη

Αριθμός απόφασης: 824/2020

34, της 14ης Ιουλίου 2016, TNS Dimarso NV κατά Vlaams ...west, υποθ. C-6/15, σκέψεις 22 επ., την απόφαση του ΔΕΕ της 10ης Μαΐου 2012, Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατά Βασιλείου των Κάτω Χωρών, υποθ. C-368/10, σκέψεις 55 επ., 62 επ. και 88). Περαιτέρω, δε, οι όροι της διακήρυξης πρέπει να καταρτίζονται με βάση τα ως άνω ώστε να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C- 496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C- 243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C- 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C- 19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C- 213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C- 87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C- 470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C- 538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *S... ELV Slovensko* κ.λπ., C- 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C- 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

34. Επειδή ως αντίθετοι προς τη νομοθεσία μπορεί να θεωρηθούν όροι της Διακήρυξης όταν π.χ. είναι ασαφείς ή αντιφατικοί μεταξύ τους, οπότε πλήττουν τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων ή και του υγιούς ανταγωνισμού μεταξύ τους (βλ. ΣΤΕ 923/2016), όταν ζητούν επιπρόσθετες προδιαγραφές έναντι των προτύπων τεχνικών προδιαγραφών, τις οποίες δεν πληρούν, κατ' ανάγκην, ιατροτεχνολογικά προϊόντα πιστοποιημένα με την ένδειξη CE και σύμφωνα με τα ισχύοντα εναρμονισμένα πρότυπα και την ευρωπαϊκή φαρμακοποιία (ΣΤΕ 1863/2014), όταν με σαφείς και χαρακτηριστικούς όρους, προσδιορίζεται το ζητούμενο προς προμήθεια προϊόν, χωρίς ιδιαίτερο λόγο (ΕλΣυν Μειζ. 7μελ.

Αριθμός απόφασης: 824/2020

2907/2012), είτε με άλλα χαρακτηριστικά που περιορίζουν υπέρμετρα τον ανταγωνισμό, σε σημείο που αποκλείονται όλοι οι πιθανοί προσφέροντες, πλην ενός («όροι φωτογραφικοί») (ΕλΣυν Μειζ.1923/2016) ή όταν έρχονται σε αντίθεση με ευρωπαϊκά ή εθνικά πρότυπα ή μονογραφίες, που έχουν ληφθεί υπόψη για τη σύνταξη των παραπάνω και έχουν δημοσιευθεί στην Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 61/2018).

35. Επειδή, οι κανονιστικές πράξεις δεν έχουν ανάγκη αιτιολογίας (βλ. ΣΤΕ 1463/2015, 2929/2016), εκτός εάν η αιτιολόγηση απαιτείται ρητά από τον νόμο ή αυτό προκύπτει σαφώς (ΣΤΕ 3915/1988, 2465/1993, 2230/2000), όπως στην περίπτωση που η έκδοση της πράξης επιτρέπεται ή επιβάλλεται όταν συντρέχουν ορισμένες προϋποθέσεις που καθορίζει η εξουσιοδοτική διάταξη (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος Ι, 15η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ .158). Ωστόσο, δεδομένου ότι οι λόγοι βάσει των οποίων επελέγησαν οι δεδομένες προδιαγραφές από την αναθέτουσα αρχή, εμπίπτοντας στο πεδίο της σκοπιμότητας, συνιστούν ανέλεγκτη καταρχήν κρίση της αναθέτουσας αρχής, η οποία δύναται να ελεγχθεί μόνο σε επίπεδο υπέρβασης άκρων ορίων διακριτικής ευχέρειας, ήτοι υπέρβασης του αναγκαίου μέτρου για την επιδίωξη των σκοπών της (πρβλ. ΕΑ 354/2014, 257/2010), δια της εξέτασης της αιτιολογίας που οφείλει να αποστείλει με τις απόψεις της.

36. Επειδή, η αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, τη διαπίστωση της συνδρομής και την εκτίμηση των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης (βλ. σχετικά <https://www.prevedourou.gr>). Σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, το οποίο συμπυκνώνει στη διατύπωσή του την προϋπάρχουσα, μακρά νομολογιακή παράδοση σχετικά με το ζήτημα, η αιτιολογία πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου.

Αριθμός απόφασης: 824/2020

Η αιτιολογία είναι σαφής όταν καταγράφονται με διαυγή τρόπο οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου, με τη χρήση των κατάλληλων διατυπώσεων επί τη βάση των κανόνων της νεοελληνικής γλώσσας σε επίπεδο γραμματικής και συντακτικού (λεκτική λειτουργία). Στη διοικητική πράξη πρέπει να γίνεται μνεία συγκεκριμένων στοιχείων που στηρίζουν το συμπέρασμά της (ορισμένος χαρακτήρα της αιτιολογίας, ΣτΕ 3692/2001, 4223/2000). Δεν πρέπει να περιορίζεται στην επανάληψη στερεότυπων εκφράσεων που προέρχονται από τον νόμο που διέπει την υπόθεση (ΣτΕ 2584/2001) ούτε να στηρίζεται σε αντιφατικά στοιχεία (ΣτΕ 941/1989, Ολ 3158/1976).

Η αιτιολογία είναι ειδική όταν δεν είναι γενική και αόριστη, όταν, δηλαδή, όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη. Πρόσθετα ποιοτικά χαρακτηριστικά της ειδικότητας σε σχέση με τη σαφήνεια εντοπίζονται όταν ανακύπτει η ανάγκη να διατυπώσει το διοικητικό όργανο πρόσθετες σκέψεις.

Επομένως, στοιχεία της αιτιολογίας αποτελούν το νόμιμο έρεισμα της πράξης, δηλαδή, η αναφορά των απρόσωπων κανόνων δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, η τυχόν ερμηνεία τους, οι νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, η ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, ο τυχόν απαιτούμενος νομικός χαρακτηρισμός τους καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας. Μόνο στην περίπτωση διαπίστωσης έλλειψης των ως άνω στοιχείων, η προσβαλλόμενη απόφαση θα ήταν αναιτιολόγητη ή δεν θα είχε νόμιμη αιτιολογία (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 516-518). Πράξη, δε, που δεν έχει εξετάσει ουσιώδη ισχυρισμό που υποβλήθηκε είναι ανεπαρκώς αιτιολογημένη (ΣτΕ 2418/1976, 1061/1981).

Σε κάθε περίπτωση, με την αιτιολογία η Διοίκηση αποδεικνύει ότι είναι αμερόληπτη και χρηστή και ότι τηρεί την αρχή της νομιμότητας (Α.Τάχος. *Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας*, Εκδόσεις Σάκκουλα) ενώ παράλληλα παρέχεται στους μεν ενδιαφερομένους η δυνατότητα να ασκήσουν τα δικαιώματά τους, στον δε δικαστή να ασκήσει τον δικαστικό έλεγχο, συμβάλλοντας στη διασφάλιση αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας (βλ. απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2011, *Ευρωπαϊκή Δυναμική*

Αριθμός απόφασης: 824/2020

κατά *ΕΤΕπ*, T-461/08, EU:T:2011:494, σκέψη 122, και αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2003, *Strab... Benelux* κατά Συμβουλίου, T-183/00, EU:T:2003:36, σκέψη 55, της 24ης Απριλίου 2013, *Ευρωπαϊκή Δυναμική κατά Επιτροπής*, T-32/08, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2013:213, σκέψη 37, και της 28ης Ιουνίου 2016, *AF Steelcase* κατά *ΕUIPO*, T-652/14, μη δημοσιευθείσα, EU:T:2016:370, σκέψη 43).

37. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί, προκειμένου να είναι ορισμένος ισχυρισμός περί φωτογραφικού όρου διακήρυξης, πρέπει να κατονομάζεται ο οικονομικός φορέας που είναι ο μόνος δυνάμενος να συμμετάσχει ως συνέπεια της εν θέματι προδιαγραφής (ΣΤΕ (Ασφ) 314/2013, ΕΑ ΣΤΕ 474, 829, 1354/2009). Ισχυρισμοί περί «φωτογραφικής» περιγραφής υπό προμήθεια ειδών, τα οποία κατασκευάζει ή προμηθεύει μόνο μια συγκεκριμένη κατονομαζόμενη εταιρεία και ίδια το γεγονός της ταύτισης των τεχνικών προδιαγραφών με προϊόντα της εν λόγω εταιρείας δεν αρκούν για να θεωρηθεί ότι οι προδιαγραφές είναι «φωτογραφικές» (*ad hoc* ΔΕφΘεσ/κης 126/2018, ΣΤΕ 1140/2010, 1024-25/2010).

38. Επειδή 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, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 307/2007).

39. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β). Επειδή ο προσδιορισμός των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την

Αριθμός απόφασης: 824/2020

άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514).

40. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, *Impresa Edilux Srl*, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, *Μηχανική Α.Ε.*, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, *Serrantoni και Consorzio stabile edili*, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, *Assitur*, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, *Swedish Match*, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, *Käserei Champignon Hofmeister*, σκέψη 59 κλπ).

41. Επειδή σύμφωνα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι στην επίμαχη Διακήρυξη ορίζεται ότι η πληρωμή του αναδόχου θα γίνει από την εταιρεία ..., θυγατρική της οποίας εμπορεύεται μαγνητικούς τομογράφους. Ειδικότερα, στη συμφωνία μεταξύ της Ελληνικής Δημοκρατίας και της εταιρείας ..., η οποία καταλαμβάνει και τις θυγατρικές της στην Ελλάδα, ήτοι και η εταιρεία ..., η οποία συμμετέχει σε δημόσιους διαγωνισμούς και διαθέτει ιατρικά μηχανήματα και άλλα ιατρικά προϊόντα στην Ελλάδα, προβλέφθηκε ότι η ως άνω εταιρεία θα διαθέσει για περίοδο πέντε ετών από την ημερομηνία έναρξής της, 90.000.000 ευρώ για την παροχή ιατρικού εξοπλισμού (συμπεριλαμβανομένης της παράδοσης, εγκατάστασης και όρος της Διακήρυξης είναι, κατά την προσφεύγουσα, παράνομος διότι η προθεσμία των πέντε ετών έχει παρέλθει προ τριετίας χωρίς να έχει τροποποιηθεί ή παραταθεί η σύμβαση και, επομένως, η

Αριθμός απόφασης: 824/2020

πληρωμή του αναδόχου δεν μπορεί να γίνει από το ως άνω ποσό, προκαλεί στρέβλωση του ανταγωνισμού και προσδίδει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στην εταιρεία ... κατά παράβαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων αφού ωφελείται η ίδια ή η μητρική της αφού θα μειωθεί το οφειλόμενο από τη συμφωνία ποσό περισσότερο από ότι αν κατέβαλλε το ίδιο ποσό για αγορά άλλου ιατρικού μηχανήματος που δεν εμπορεύεται η ίδια, αφού η πληρωμή και η είσπραξη θα αποτελούν ουσιαστικά λογιστικές εγγραφές και όχι πραγματική πληρωμή καθώς και διότι με τον επίμαχο όρο καταστρατηγείται η «Συμφωνία Συμβιβασμού» καθώς εφόσον η μητρική εταιρεία όφειλε να καταβάλει το ποσό των 90.000.000 ευρώ στο Ελληνικό Δημόσιο, αν η προμήθεια κατακυρωθεί στη θυγατρική της η οποία ρητώς αναφέρεται και καταλαμβάνεται από τη συμφωνία, θα καταβάλει τελικά μικρότερο ποσό, ωφελούμενη τουλάχιστον τη διαφορά του κατακυρωθέντος τιμήματος μείον το πραγματικό κόστος και πολύ περισσότερο αν συνυπολογιστούν τα ανταλλακτικά και η σύμβαση συντήρησης του μηχανήματος.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι αφενός μεν δυνάμει της με αριθμ. πρωτ. 16069/16096/BX/EA γνωμοδοτήσεως της Μονάδας Παρακολουθήσεως Διαγωνισμών και Συμβάσεων (ΜΟ.Πα.Δις) αναφέρεται ότι από κανένα σημείο της συμφωνίας δεν προκύπτει ότι η Ελληνική Δημοκρατία ανέλαβε τη δέσμευση και υποχρέωση να αξιοποιήσει το εν λόγω ποσό εντός της προθεσμίας των πέντε ετών και ότι μεταγενέστερα έγγραφα των Υπουργείων Υγείας και Οικονομικών υλοποιούν την εν λόγω συμφωνία και αφετέρου ότι σε κανένα σημείο της συμφωνίας δεν προβλέπεται ότι αποκλείεται από τις εν λόγω διαδικασίες η συμμετοχή της εταιρείας

Αντικρούοντας τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής στο Υπόμνημά της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται σχετικά ότι δεν απαντά αιτιολογημένα στους ισχυρισμούς της.

Εξάλλου, η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της υποστηρίζει ότι η προσφεύγουσα απομονώνει και ερμηνεύει αυθαίρετα έναν όρο της Συμφωνίας με το Ελληνικό Δημόσιο σχετικά με τη διάρκειά της και ότι, παρά τα όσα διατείνεται, έχει λάβει μέρος και σε άλλους διαγωνισμούς με τον ίδιο ακριβώς τρόπο χρηματοδότησης μετά την ημερομηνία που εκλαμβάνει ως

Αριθμός απόφασης: 824/2020

καταληκτική για την ολοκλήρωση των πληρωμών, τους οποίους και απαριθμεί. Κατά την παρεμβαίνουσα, η προσφεύγουσα χωρίς να αποδεικνύει παρανομία, δεν αμφισβητεί ούτε θίγει το ειδικό κανονιστικό πλαίσιο της επίμαχης Διακήρυξης παρά μόνο διατυπώνει αυθαίρετα την πεποίθηση ότι σε περίπτωση που αναδειχθεί ανάδοχος δεν θα εισπράξει το τίμημα της προμήθειας. Πέραν της αβασιμότητας του λόγου της προσφυγής, η παρεμβαίνουσα προβάλλει και το απαράδεκτο αυτού ελλείψει εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας καθώς, ως υποστηρίζει, ότι επιχειρεί να το θεμελιώσει στο μελλοντικό και αβέβαιο γεγονός της πιθανότητας μη εξόφλησής της, ενώ οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί στρέβλωσης του ανταγωνισμού με τη συμμετοχή της παρεμβαίνουσας στον επίμαχο διαγωνισμό είναι και αόριστοι και αναπόδεικτοι.

42. Επειδή σύμφωνα με την επίμαχη Διακήρυξη, στο άρθρο 5.1 προβλέπεται ότι η πληρωμή του Προμηθευτή θα γίνει στο πλαίσιο συμφωνίας του Ελληνικού Δημοσίου και της εταιρείας ... (ΦΕΚ 164Α/27-8-2012, σε εκτέλεση του όρου ΙΙΙ.2(5) για το 100% της συμβατικής αξίας μετά την οριστική παραλαβή των μηχανημάτων και υπό τον όρο ότι δεν συντρέχει περίπτωση επιβολής προστίμων ή άλλων οικονομικών κυρώσεων εις βάρος του προμηθευτή, μετά την έκδοση του πρωτοκόλλου οριστικής ποιοτικής και ποσοτικής παραλαβής, με βάση τα νόμιμα δικαιολογητικά πληρωμής και τα λοιπά στοιχεία που προβλέπονται στην παρ.4 του άρθρου 200 του Ν.4412/2016 και την ισχύουσα νομοθεσία για την εξόφληση τίτλων πληρωμής ή την εισπράξη απαιτήσεων από το Δημόσιο και τα Ν.Π.Δ.Δ. ενώ, παράλληλα, απαριθμούνται και τα απαιτούμενα έγγραφα που πρέπει να προσκομιστούν.

43. 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*

Αριθμός απόφασης: 824/2020

ακυρωτικής απόφασης» (Κωνσταντίνος Β. Χιώλος, «Το έννομο συμφέρον στην ακυρωτική δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», *ΔιοικΔ*, 2010, τ. 4, σελ. 847).

44. Επειδή, 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 να έχει προκαλέσει βλάβη, υλική ή ηθική και β) να υφίσταται αιτιώδης συνάφεια μεταξύ της προσβαλλόμενης πράξης και της προβαλλόμενης 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*, 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 σύνομη διαδικασία 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).

45. Επειδή η βλάβη, ως βασικό στοιχείο της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος, πρέπει να προσδιορίζεται ειδικώς (ΣτΕ 1995/2016). Οφείλει,

Αριθμός απόφασης: 824/2020

δηλαδή, ο προσφεύγων να επικαλείται τις δυσμενείς μεταβολές που επέρχονται σε βάρος του από την πράξη προς θεμελίωση του έννομου συμφέροντος για άσκηση προσφυγής (βλ. ΣΤΕ 3905/2004).

46. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής της έλλειψής του από την αναθέτουσα αρχή ή τον παρεμβαίνοντα, 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).

47. 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 Συντάγματος) 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 ανωτέρω 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).

48. 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 στην προσφυγή κατά όρων διακήρυξης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί και να αποδείξει βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει, κατ' αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις

Αριθμός απόφασης: 824/2020

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 στον διαγωνισμό και, σε κάθε περίπτωση, δεν αρκεί η απλή επίκληση παρανομίας ή παράβασης διατάξεων που διέπουν τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ΣΤΕ . 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

49.Επειδή, όπως έχει κριθεί υπό το προϊσχύον νομικό καθεστώς που δεν διαφοροποιείται, ως προς τούτο, στη νομολογία, 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 σύμβασης (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, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου).

50. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα υπό σκ. 6-7 και 41-47, 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 ανάδειξη 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

Αριθμός απόφασης: 824/2020

ειδικώς το έννομο συμφέρον της (βλ. και ΔΕφΠατρών Ν25/2019). Επομένως, ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος.

51. Επειδή με τον δεύτερο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, η προσφεύγουσα πλήττει τις προδιαγραφές 1.7,3.4,6.1,7.3.4,8.9,8.21 και 9.7 των οποίων ζητά την ακύρωση διότι θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στον διαγωνισμό ευνοώντας τα προϊόντα της παρεμβαίνουσας των οποίων οι αριθμητικές τιμές ταυτίζονται με τις επίμαχες προδιαγραφές και οι οποίες, ως υποστηρίζει, θέτουν όρους και αριθμητικές τιμές ευνοώντας συγκεκριμένα προϊόντα και κατασκευαστές, χωρίς να έχουν τεχνολογική αξία, να τεκμηριώνεται επιστημονικά η αναγκαιότητά τους, χωρίς να είναι οι ελάχιστα αναγκαίες για τον σκοπό για τον οποίο προορίζονται και δεν επιτρέπουν την υποβολή προσφοράς συστημάτων που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με άλλη μέθοδο ή τρόπο. Επιπλέον, επισυνάπτει στην προσφυγή της αποσπάσματα από τα επίσημα φυλλάδια συγκεκριμένου μοντέλου που προσφέρει η ίδια καθώς και η παρεμβαίνουσα προκειμένου να αποδείξει ότι το δικό της προϊόν αποκλείεται και ότι οι αριθμητικές τιμές των εν θέματι προδιαγραφών πληρούνται από το προϊόν της παρεμβαίνουσας.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι στο νοσοκομείο υπάρχουν κλινικές όλων των ειδικοτήτων με ανάγκη διενέργειας όλων των εξειδικευμένων εξετάσεων και ότι οι προδιαγραφές που κατατέθηκαν καλύπτουν όλο το φάσμα των εξετάσεων για την εξέταση των ασθενών όλων των ηλικιών ανεξαρτήτως βάρους και ύψους, η συγγραφή τους έγινε λαμβάνοντας υπόψη τις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της διαφάνειας και κυρίως της φροντίδας και εξυπηρέτησης όλων των κλινικών με αποτέλεσμα να μην επιδέχεται εκπτώσεις στα ζητούμενα χαρακτηριστικά και ότι η προσφεύγουσα δεν έκανε κανένα σχόλιο στη δεύτερη διαβούλευση, που πραγματοποιήθηκε. Κατά την αναθέτουσα αρχή, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι, επειδή το πλήθος αλλά και το περιεχόμενο των προσβαλλόμενων προδιαγραφών επιδρά ουσιωδώς στη συμμετοχή στη διαδικασία των οικονομικών φορέων αλλά και στην προετοιμασία των προσφορών, η διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της για το συγκεκριμένο είδος, είναι αβάσιμος διότι οι πληττόμενοι

Αριθμός απόφασης: 824/2020

όροι δεν έρχονται σε αντίθεση με τη νομοθεσία, διότι, όπως έχει κριθεί, οι θεσπιζόμενοι με τη διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν ως εκ της φύσεώς τους αιτιολογίας και η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Αναφέρει δε ότι απαραδέκτως αμφισβητείται η σκοπιμότητα των επίμαχων προδιαγραφών και επιχειρεί να προδιαγράψει κατά τις επαγγελματικές της ανάγκες το προς προμήθεια είδος και ότι η αδυναμία συμμετοχής της στον διαγωνισμό δεν παραβιάζει όμως, αυτή και μόνη, άνευ ετέρου, τους κανόνες του ανταγωνισμού, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων.

Προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής η προσφεύγουσα στο υπόμνημά της ισχυρίζεται ότι η συμμετοχή στη διαδικασία της Επιτροπής σύνταξης των προδιαγραφών με τη διατύπωση απόψεων συνιστά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας καθώς το μόνο νόμιμο συλλογικό όργανο που μπορεί να γνωμοδοτήσει είναι η Επιτροπή του Διαγωνισμού καθώς στην αντίθετη περίπτωση παραβιάζονται οι αρχές της τυπικότητας αλλά και της μυστικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Εξάλλου, η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της αντικρούει τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ανά τεχνική προδιαγραφή, ως αναλύεται, προς αποφυγή επαναλήψεων, κατωτέρω.

52. Επειδή, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 365 παρ.1 του Ν.4412/2016, η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της επί προδικαστικής προσφυγής να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης, χωρίς όμως να γίνεται ρητή αναφορά στα προς τούτο αρμόδια όργανα της αναθέτουσας αρχής. Δοθέντος και του ότι, κατά το ισχύον κανονιστικό πλαίσιο, οι απόψεις δεν συνιστούν εκτελεστή διοικητική πράξη της αναθέτουσας αρχής στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως αβασίμως υπαινίσσεται η προσφεύγουσα επικαλούμενη αποφάσεις της ΑΕΠΠ σχετικά με το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο για την έκδοση εκτελεστής διοικητικής πράξης,

Αριθμός απόφασης: 824/2020

προσβαλλόμενη ή συμπροσβαλλόμενη ενώπιον της ΑΕΠΠ, αλλά απλό πληροφοριακό έγγραφο στο πλαίσιο της διοικητικής διαδικασίας έννομης προστασίας κατά το στάδιο αναθέσεως δημόσιας σύμβασης, προκειμένου να διαφωτιστεί το αποφασίζον Κλιμάκιο για την υπόθεση, το οποίο αποτελεί και στοιχείο του φακέλου, πρέπει να γίνει δεκτό ότι, κατά την έννοια του νόμου, έχει προηγηθεί συνεννόηση των δύο οργάνων και, ασχέτως του ποιος το υπογράφει, περιέχεται η γνώμη του αρμοδίου οργάνου της αναθέτουσας αρχής (βλ. Φ. ΑΡΝΑΟΥΤΟΓΛΟΥ, *Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων*, Νομική Βιβλιοθήκη, 2η έκδ., 2013, αρ. 251-253, σελ. 172-173). Ως εκ τούτου, οι απόψεις της αναθέτουσας αρχής λαμβάνονται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο (πρβλ. απόφαση ΑΕΠΠ 314/2020, 397/2020, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου). Επιπλέον, απαραδέκτως αιτείται η προσφεύγουσα την ακύρωση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης επικαλούμενη ως νέο λόγο προσφυγής το πρώτον με το υπόμνημά της τη δήθεν παράνομη διαδικασία σύνταξης του εγγράφου των απόψεων που περιέχει την αρχική αιτιολογία της προσβαλλόμενης Διακήρυξης (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 159/2019, σκ. 9).

53. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα σχετικά με την προδιαγραφή 1.7 «*Διαστάσεις μεγίστου ωφέλιμου εξεταστικού πεδίου (FOV) σε X,Y,Z, cm - $\geq 50 \times 50 \times 50$* » υποστηρίζει ότι σχετίζεται με την προδιαγραφή 1.2 «*Ομοιογένεια μαγνητικού πεδίου, ppm RMS σε σφαιρικό όγκο διαμέτρου 40 cm (DSV)*» από την οποία προκύπτει ότι πέραν του πεδίου των 40 cm δεν τίθεται περιορισμός ομοιογένειας με προφανές συμπέρασμα ότι δεν αποτελούν σημαντικό παράγοντα για την προβλεπόμενη κλινική χρήση του συστήματος. Ως εκ τούτου, κατά την προσφεύγουσα, οι διαστάσεις των 50 cm υπερβαίνουν κατά πολύ την μέγιστη περιοχή για την οποία οι προδιαγραφές απαιτούν την άρτια απεικόνιση, ως αυτή προσδιορίζεται στην προδιαγραφή 1.2 και για τον λόγο αυτό δεν θα έπρεπε να αποκλείονται όλοι οι μαγνητικοί τομογράφοι που διαθέτει η ίδια με διαστάσεις $\geq 50 \times 50 \times 48$ και ευνοούνται τα προϊόντα της παρεμβαίνουσας που διαθέτουν ακριβώς αυτή τη διάσταση.

Εξάλλου, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι αβασίμως η προσφεύγουσα προβάλλει ότι τα προϊόντα που διαθέτει αποκλείονται με την εν λόγω προδιαγραφή καθώς αναφέρει τρία μοντέλα αυτής τα οποία κατονομάζει και τα οποία διαθέτουν κατά τον άξονα Z εξεταστικό πεδίο 50 cm,

Αριθμός απόφασης: 824/2020

ώστε η συγκεκριμένη προδιαγραφή να μην την αποκλείει από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Περαιτέρω, η παρεμβαίνουσα επικαλείται και παραπέμπει στο επίσημο φυλλάδιο μοντέλου της προσφεύγουσας προκειμένου να αποδείξει ότι και η ίδια θεωρεί τα απεικονιστικά πεδία πέραν των 40 cm ως σημαντικό παράγοντα για την προβλεπόμενη κλινική χρήση του συστήματος, ενώ παραπέμπει και σε επίσημο φυλλάδιο έτερης εταιρείας η οποία διαθέτει μοντέλο το οποίο πληροί την επίμαχη προδιαγραφή. Επίσης, η παρεμβαίνουσα επικαλείται απόφαση της ΑΕΠΠ επί έτερης διαγωνιστικής διαδικασίας που απορρίπτει παρόμοιο λόγο προσφυγής.

54. Επειδή σχετικά με την προδιαγραφή 3.4 «Μέγιστη κάλυψη απεικόνισης (μήκος σάρωσης) $\geq 200\text{cm}$ », η προσφεύγουσα προβάλλει ότι από τις λοιπές προδιαγραφές 7.3.1, 7.3.2 και 7.3.5 προκύπτει ότι η μέγιστη καλυπτόμενη ανατομική περιοχή δεν ξεπερνά το 1,6 m με αποτέλεσμα η απαίτηση για μέγιστη κάλυψη απεικόνισης (μήκος σάρωσης) $\geq 200\text{ cm}$ καταδεικνύει ότι δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση και δεν συνάδει με τις άλλες προδιαγραφές που συντρέχουν για να καταστεί κλινικά χρήσιμη (κάλυψη αντίστοιχης ανατομικής περιοχής με πηνία).

Περαιτέρω, στις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι ζητείται μέγιστη κάλυψη απεικόνισης με μήκος μεγαλύτερο ίσο των 2 m ώστε να υπάρχει δυνατότητα ολοσωματικής απεικόνισης, η οποία είναι απαραίτητη σε ογκολογικά περιστατικά. Κατόπιν δε ερωτήματος της Εισηγήτριας, η αναθέτουσα αρχή επεσήμανε ότι η εν λόγω προδιαγραφή είναι απαραίτητη για την εξέταση των ασθενών με νεοπλασία για έλεγχο οστικών μεταστάσεων σε ασθενείς με μεγάλο ανάστημα, και ότι αποφεύγεται η ταλαιπωρία του ασθενούς καθώς η εξέταση γίνεται με μία επίσκεψη καθώς και των σκιαστικών μέσων ενδοφλεβίως.

Εξάλλου, η παρεμβαίνουσα προβάλλει ότι απαραδέκτως η προσφεύγουσα επιχειρεί να υπεισέλθει στη σκοπιμότητα της προδιαγραφής την οποία επεξηγεί, ενώ, παράλληλα, αναφέρει μοντέλο της προσφεύγουσας καθώς και μοντέλο έτερης εταιρείας που πληροί την εν λόγω προδιαγραφή. Επίσης, επικαλείται απόφαση της ΑΕΠΠ στο πλαίσιο έτερης διαγωνιστικής διαδικασίας στο οποίο είχαν απορριφθεί οι ισχυρισμοί της επί της προδιαγραφής αυτής.

Αριθμός απόφασης: 824/2020

55. Επειδή, σχετικά με την προδιαγραφή 6.1 «*Ισχύς, KW, τουλάχιστον: >25kW*», η προσφεύγουσα αναφέρει ότι 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 και για τον λόγο αυτό όλοι οι κατασκευαστικοί οίκοι πλην της παρεμβαίνουσας προσφέρουν εκπομπή ραδιοσυχνοτήτων με ισχύ χαμηλότερη από τη ζητούμενη σε συστήματα έντασης πεδίου 1.5T από τα 25 kW, αναφέροντας ως παραδείγματα το δικό της προϊόν και το προϊόν έτερης εταιρείας που δραστηριοποιείται στην οικεία αγορά υποστηρίζοντας ότι, κατ'αυτόν τον τρόπο, αποκλείονται οι δύο από τις τρεις εταιρείες που διαθέτουν μαγνητικούς τομογράφους σε δημόσιους διαγωνισμούς στην Ελλάδα, πλην της παρεμβαίνουσας με αποτέλεσμα η διαγωνιστική διαδικασία να μετατρέπεται σε απευθείας ανάθεση.

Εξάλλου, η παρεμβαίνουσα με την παρέμβασή της υποστηρίζει ότι η προσφεύγουσα αναφέρεται απαράδεκτως στη σκοπιμότητα της επίμαχης προδιαγραφής την οποία επεξηγεί η ίδια, καθώς και ότι σκοπίμως παραλείπει να αναφέρει ότι και η ίδια και έτερη εταιρεία διαθέτουν μοντέλα που καλύπτουν την εν θέματι προδιαγραφή.

56. Επειδή, σχετικά με την προδιαγραφή 7.3.4 «*Πληνίο γόνατος. - Αριθμός ανεξάρτητων καναλιών >18*», η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι μόνο η παρεμβαίνουσα διαθέτει πληνίο γόνατος με 18 ανεξάρτητα κανάλια καθώς η ίδια και η έτερη εταιρεία διαθέτουν μέγιστο αριθμό 16 ανεξάρτητων καναλιών.

Εξάλλου, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι η προσφεύγουσα υποβαθμίζει τη σημασία της εν θέματι προδιαγραφής διότι δεν εξυπηρετεί τις δικές της επαγγελματικές ανάγκες και ότι τυχόν ταύτιση με τα δικά της προϊόντα δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι οι προδιαγραφές είναι φωτογραφικές, πολλώ δε μάλλον όταν η προσφεύγουσα διαθέτει μοντέλα που πληρούν την εν θέματι προδιαγραφή, τα οποία και κατονομάζει.

57. Επειδή, σχετικά με την προδιαγραφή 8.9 «*Functional MRI (fMRI). Να περιλαμβάνεται η δυνατότητα αυτόματης παραγωγής των ανωτέρω λειτουργικών (functional) χαρτών για την συντόμευση της εξέτασης όπως επίσης και διόρθωση της κίνησης κατά την λήψη των BOLD δεδομένων. – ΝΑΙ*» η προσφεύγουσα αναφέρει ότι η εν θέματι προδιαγραφή δεν αποτελεί

Αριθμός απόφασης: 824/2020

απόλυτα αναγκαίο χαρακτηριστικό για την πραγματοποίηση εξετάσεων functional MRI και, ως εκ τούτου, θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό ευνοώντας τα προϊόντα της παρεμβαίνουσας, δεν είναι συνήθης και δεν έχει ιδιαίτερη τεχνολογική αξία, δεν τεκμηριώνεται επιστημονικά η αναγκαιότητά της και δεν επιτρέπει την υποβολή προσφοράς συστημάτων που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με άλλο τρόπο, ως το προσφερόμενο από αυτήν σύστημα.

Εξάλλου, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι απαραδέκτως η προσφεύγουσα θίγει τη σκοπιμότητα της προδιαγραφής που ενδεχομένως δεν μπορεί να εκπληρώσει η ίδια, δεν αναλύει με ποιον τρόπο δύναται να επιτύχει ισοδύναμο αποτέλεσμα και δεν αναφέρει ότι η έτερη εταιρεία πληροί επίσης την εν θέματι προδιαγραφή.

58. Επειδή, σχετικά με την προδιαγραφή 8.21 *«Απεικόνιση με ανατομική κάλυψη τουλάχιστο 200cm»* η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι πάσχει ακυρότητα για τους ίδιους λόγους με την προδιαγραφή 3.4.

Ομοίως, η παρεμβαίνουσα παραπέμπει στους ισχυρισμούς της επί της προδιαγραφής 3.4.

59. Επειδή, σχετικά με την προδιαγραφή 9.7 *«Αυτοματοποιημένο περιβάλλον εργασίας θέασης και επεξεργασίας εικόνων και δεδομένων με τεχνικές αυτόματου σχεδιασμού και εκτέλεσης των εξετάσεων για την ταχύτερη και πιο άρτια οργάνωση της λειτουργίας του τμήματος. Να περιλαμβάνονται τα εξειδικευμένα πακέτα αυτοματοποιημένου σχεδιασμού για τουλάχιστον τις ανατομικές περιοχές εγκεφάλου, σπονδυλικής στήλης και αρθρώσεων. Για τα ανωτέρω να περιλαμβάνονται αυτοματοποιημένες διαδικασίες δημιουργίας πρωτοκόλλων εξέτασης για την συντόμευση του χρόνου εξέτασης καθώς και διαδικασίες ειδικά προδημιουργημένες και προσαρμοσμένες στις ανάγκες κάθε εξέτασης και κάθε ασθενή. Να περιγραφούν αναλυτικά»*, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η εν θέματι προδιαγραφή δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση αλλά χαρακτηριστικό όχι απολύτως αναγκαίο το οποίο περιορίζει αναίτια τον ανταγωνισμό, ευνοεί τα προϊόντα της παρεμβαίνουσας, δεν είναι συνήθης και δεν έχει ιδιαίτερη τεχνολογική αξία, δεν τεκμηριώνεται επιστημονικά η αναγκαιότητά της και δεν επιτρέπει την υποβολή προσφοράς συστημάτων

Αριθμός απόφασης: 824/2020

που επιτυγχάνουν ισοδύναμο αποτέλεσμα με άλλο τρόπο, ως το προσφερόμενο από αυτήν σύστημα.

Εξάλλου, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι η προσφεύγουσα επιχειρεί ακόμα μία φορά να προδιαγράψει, υπό τη μορφή αμφισβητήσεως της νομιμότητας του όρου της Διακήρυξης, κατά τις επαγγελματικές της ανάγκες και δυνατότητες το προς προμήθεια είδος, υπεισέρχεται στη σκοπιμότητα την οποία η ίδια αναλύει, ενώ αντιφάσκει αναγνωρίζοντας ότι τα συστήματα που προσφέρει διαθέτουν λειτουργικότητα αυτοματοποιημένου σχεδιασμού, ενώ αναφέρει ότι η έτερη εταιρεία διαθέτει την αντίστοιχη τεχνολογία κατονομάζοντάς τη για συγκεκριμένες ανατομικές περιοχές.

60. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, πλην της προδιαγραφής 3.4 (η οποία ταυτίζεται με την προδιαγραφή 8.21) για την οποία διατύπωσε στοιχειώδη αιτιολογία και, κατά τον τρόπο αυτό, κατέστη δυνατή η υποβολή διευκρινιστικού ερωτήματος από την Εισηγήτρια, δεν απάντησε αιτιολογημένα σε κανέναν από τους ισχυρισμούς της προσφυγής κατά τεχνικών προδιαγραφών της Διακήρυξης για το υπό προμήθεια είδος ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΟΣ σχετικά με την αναγκαιότητα και τη σκοπιμότητα αυτών, προσδιορίζοντας επακριβώς τις ανάγκες της, παρά μόνο αρκέστηκε στην αόριστη και γενική επίκληση της νομολογίας που αφορά στην προσβολή των τεχνικών προδιαγραφών από οικονομικούς φορείς.

61. Επειδή, ως έχει κριθεί, το εάν συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες, για την κάλυψη των οποίων τίθενται ώστε να καθίσταται θεμιτός ο περιορισμός του ανταγωνισμού και του κύκλου των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, αποτελεί τεχνική κρίση της διοικήσεως η οποία δεν ελέγχεται ακυρωτικώς κατά τον δικαστικό έλεγχο (βλ. ΣΤΕ 1105/2010).

62. Επειδή 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,

Αριθμός απόφασης: 824/2020

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 8^{ης} 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.

63. Επειδή, 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). Δοθέντος του ότι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 365 του Ν.4412/2016, αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων, μπορεί να συναχθεί τεκμήριο ομολογίας, υπό την προϋπόθεση ότι οι προβαλλόμενες αιτιάσεις προβάλλονται παραδεκτως.

64. Επειδή η ισοδυναμία, κατά σαφή γραμματική διατύπωση του άρθρου 54 του Ν.4412/2016, δεν αφορά στις τεχνικές προδιαγραφές ή στις λειτουργικές απαιτήσεις καθαυτές, της περ. α) της παρ. 3 του άρθρου 54, αλλά στην περίπτωση όπου οι τεχνικές προδιαγραφές καθορίζονται με ή και

Αριθμός απόφασης: 824/2020

με παραπομπή σε εθνικά, ή ευρωπαϊκά ή διεθνή πρότυπα ή όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή η περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης και υφίσταται παραπομπή σε εμπορικό σήμα/δίπλωμα ευρεσιτεχνίας ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής προϊόντος (άρθρο 54 παρ. 3 περ. β-δ) (αλλά και σε σήματα κατά το άρθρο 55), το οποίο επιβεβαιώνεται και από αιτιολογική σκέψη με αρ. 74 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπου αναφέρεται ρητά ότι *«Σε περίπτωση αναφοράς σε ευρωπαϊκό πρότυπο ή, ελλείψει αυτού, σε εθνικό πρότυπο, θα πρέπει να εξετάζονται από τις αναθέτουσες αρχές προσφορές βασιζόμενες σε άλλες ισοδύναμες λύσεις»*, χωρίς παράλληλα να υφίσταται αντίστοιχη πρόβλεψη για τις λειτουργικές απαιτήσεις. Συναφώς, διαπιστώνεται ότι το ως άνω άρθρο, καθόσον προβλέπει ότι οι τεχνικές προδιαγραφές πρέπει να διατυπώνονται υπό τη μορφή αρκούντως ακριβών επιδόσεων ή λειτουργικών απαιτήσεων ή με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και διάφορα πρότυπα, ουδόλως αποκλείει τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να διευκρινίσει, στο πλαίσιο διαγωνισμού για την προμήθεια ιατρικών προϊόντων προοριζόμενων για τη διενέργεια ιατρικών εξετάσεων, τα χαρακτηριστικά λειτουργίας και χρήσεως του προς προμήθεια επιμέρους εξοπλισμού και των προς προμήθεια επιμέρους μέσων. Εξάλλου, πρέπει να σημειωθεί, αφενός, ότι το γράμμα του άρθρου 42, παράγραφος 3, της οδηγίας 2014/24/ΕΕ δεν προβλέπει οποιαδήποτε ιεραρχική κατάταξη των μεθόδων διατυπώσεως των τεχνικών προδιαγραφών ούτε επιβάλλει την κατά προτίμηση χρήση κάποιας από τις μεθόδους αυτές (βλ. ΑΕΠΠ 607/2020, σκ. 27, εισηγήτρια Χρ. Ζαράρη).

65. Επειδή, σχετικά με τις προδιαγραφές 1.7, 6.1 και 7.3.4, οι πραγματικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, οι οποίοι δεν αντικρούστηκαν από την αναθέτουσα αρχή, ότι το δικό της προσφερόμενο μοντέλο αποκλείεται με τις εν θέματι προδιαγραφές σε αντίθεση με τα προϊόντα της προσφεύγουσας τα οποία ευνοούνται ώστε οι εν θέματι προδιαγραφές να είναι φωτογραφικές, πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι και, σε κάθε περίπτωση, ως αναπώδεικτοι καθώς, αφενός μεν η παρεμβαίνουσα απέδειξε με την παρέμβασή της ότι η προσφεύγουσα διαθέτει μοντέλα τα οποία πληρούν τις εν θέματι προδιαγραφές και, ως προς τις προδιαγραφές 1.7 και 6.1 ότι τις πληροί και έτερη εταιρεία που δραστηριοποιείται στην οικεία αγορά

Αριθμός απόφασης: 824/2020

και αφετέρου η προσφεύγουσα δεν επικαλείται 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). Επομένως, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα υπό σκ. 6-7 και 41-47, η προσφεύγουσα βάλλει κατά των προδιαγραφών 1.7, 6.1 και 7.3.4 απαραδέκτως, ήτοι άνευ εννόμου συμφέροντος.

66. Επειδή οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με την προδιαγραφή 3.4 (και την όμοιά της 8.21) τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι καθώς η αναθέτουσα αρχή αιτιολόγησε πλήρως, σαφώς και ειδικώς την αναγκαιότητα της εν θέματι προδιαγραφής (και της όμοιάς της 8.21), απορριπτομένων δε ως απαραδέκτων και των ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί της σκοπιμότητάς της. Επομένως, οι λόγοι της προσφυγής που βάλλουν κατά των προδιαγραφών 3.4 και 8.21 της Διακήρυξης πρέπει να απορριφθούν.

67. Επειδή οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί μη πρόβλεψης προσφοράς «ισοδύναμων» τεχνολογικών σχεδιασμών στις πληττόμενες τεχνικές προδιαγραφές, συμπεριλαμβανομένων των προδιαγραφών 8.9 και 9.7, τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι, σύμφωνα με τα αναγραφόμενα στη σκέψη 64, και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή νομίμως επέλεξε να παραπέμψει σε λειτουργικές απαιτήσεις του οικείου μηχανήματος και όχι σε πρότυπα ή σήματα για τα οποία προβλέπεται η ισοδυναμία. Ομοίως, τυγχάνουν απορριπτέοι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας που υπεισέρχονται στη σκοπιμότητα των ως άνω προδιαγραφών, ήτοι οι χαρακτηρισμοί ότι είναι μη συνήθεις, χωρίς ιδιαίτερη τεχνολογική αξία, χωρίς επιστημονική τεκμηρίωση, ενώ ως αβάσιμοι απορρίπτονται οι ισχυρισμοί ότι ευνοούνται τα προϊόντα της παρεμβαίνουσας σχετικά με τις προδιαγραφές 8.9 και 9.7, δοθέντος ότι η παρεμβαίνουσα με την παρέμβασή της επικαλείται και αποδεικνύει ότι και έτερη εταιρεία που δραστηριοποιείται στην οικεία αγορά, πληροί τις εν θέματι προδιαγραφές.

Αριθμός απόφασης: 824/2020

68. Επειδή, ωστόσο, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με την αναγκαιότητα των προδιαγραφών 8.9 και 9.7 που δεν αντικρούονται ειδικώς, σαφώς και πλήρως από την αναθέτουσα αρχή, προβάλλονται παραδεκτώς, ενώ, αντίθετα, οι οικείοι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας προβάλλονται απαραδέκτως, καθώς μόνη η αναθέτουσα αρχή δύναται να καθορίσει τις ανάγκες της υπό τον έλεγχο των ακραίων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας από την ΑΕΠΠ. Επομένως, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα υπό σκ. 60-63, λόγω των ελλιπών στοιχείων που απέστειλε η αναθέτουσα αρχή για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων, της ΑΕΠΠ μη δυνάμενης να κρίνει το πρώτον ζητήματα σχετιζόμενα με τεχνική κρίση της Διοικήσεως σχετικά με τις εν θέματι προδιαγραφές, συνάγεται τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής ως προς τη βασιμότητα των ισχυρισμών της προσφεύγουσας. Επομένως, οι λόγοι της προσφυγής κατά των προδιαγραφών 8.9 και 9.7 της Διακήρυξης πρέπει να γίνουν δεκτοί.

69. Επειδή, περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας υπέρ της αναγκαιότητας και της σκοπιμότητας των πληττόμενων τεχνικών προδιαγραφών απορρίπτονται ως απαράδεκτοι ενώ, προβάλλονται αλυσιτελώς οι ισχυρισμοί της σχετικά με άλλες αποφάσεις της ΑΕΠΠ αφενός μεν ενόψει της αυτοτέλειας κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. ΔεφΠειρ 120/2018, 219/2018, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 215/2013 σκ. 9, 472/2012 σκ. 7 , 1019/2010 σκ.13, 1173/2009, ΕΑ ΣτΕ 269/2014, 416/2013, 215/2013, 769/2011, ΕΑ ΣτΕ 215/2013 σκ. 9, 472/2012 σκ. 7, 1019/2010 σκ.13, 1173/2009,), αφετέρου λόγω των *ad hoc* καθοριζόμενων αναγκών της κάθε αναθέτουσας αρχής ενόψει της προκειμένης διαγωνιστικής διαδικασίας.

70. Επειδή τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην υπό κρίση Διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΣτΕ ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004, ΔΕΕ, Απόφαση της 4.12.2003, Υπόθεση C-448/2001, *ENV... Wienstrom GmbH κ.λ.π*, σκέψεις 92-95) ώστε να δοθεί η δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς που δεν είχαν επιδείξει ενδιαφέρον

Αριθμός απόφασης: 824/2020

εξαιτίας της αρχικής της μορφής, να υποβάλουν προσφορές κατόπιν της τροποποίησής της. Συνεπώς, σύμφωνα με τα ως άνω προεκτεθέντα, η εν θέματι Διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

71.Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

72. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή, κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

73. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να απορριφθεί.

74. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ.5 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη, κατά τα προβλεπόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου ποσούτριών χιλιάδων εξακοσίων τριάντα (3.630) ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29 Ιουνίου 2020 και εκδόθηκε στις 20 Ιουλίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
ΙΩΑΝΝΑ ΘΕΜΕΛΗ

Η Γραμματέας
ΓΕΩΡΓΙΑ ΔΟΥΓΚΑ