

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Μαΐου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχάλης Οικονόμου, Πρόεδρος, δυνάμει της με αριθμ. 62/2021 απόφασης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 15.06.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1225/15.06.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία ... (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στο ..., ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή») και κατά της υπ' αριθμ. .../2021 διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής.

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Γερασιμούλα Μαρία

Δρακονταειδή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 1.300,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 11.06.2021 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη χωρίς ΦΠΑ του διαγωνισμού ποσού 258.000,00 ευρώ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθ. .../2021 διακήρυξη προκήρυξε ηλεκτρονικό διεθνή ανοικτό διαγωνισμό για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΙΑΤΡΟΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ- ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΨΗΦΙΑΚΟΥ ΜΑΣΤΟΓΡΑΦΟΥ» με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 319.920,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% και του δικαιώματος προαίρεσης, με καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών την 30η/06/2021, ημέρα Τετάρτη και ώρα 15:00. Η διαδικασία θα διενεργηθεί με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), η οποία είναι προσβάσιμη μέσω της Διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr, την 06/07/2021, ημέρα Τρίτη και ώρα 11:00.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 28.05.2021 με Μ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό Περίληψη της ως άνω διακήρυξης απεστάλη στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 27.05.2021.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 15.06.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στις 28.05.2021 στο ΚΗΜΔΗΣ, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 γ (εδ. β')

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

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 ο προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής καθώς, όπως δηλώνει, ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον ως άνω διαγωνισμό. Περαιτέρω, ως ισχυρίζεται, ο σκοπός και το αντικείμενο εργασιών του ταυτίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης. Παράλληλα δε είναι κατάλληλα πιστοποιημένος για την άσκηση της σχετικής δραστηριότητας και καλύπτει με απόλυτη επάρκεια τα κριτήρια επιλογής που έχουν οριστεί με τη διακήρυξη του διαγωνισμού. Πλην, όμως, ως, επίσης, ισχυρίζεται ο προσφεύγων, στη διακήρυξη υπάρχουν όροι που έχουν τεθεί κατά παράβαση των κανόνων του εσωτερικού και κοινοτικού δικαίου και δεν επιτρέπουν την ανάπτυξη ανταγωνισμού, αφού, με βάση τις απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής στις τεχνικές προδιαγραφές του Παραρτήματος ΙΙΙ της διακήρυξης, ενότητα 7 «Ψηφιακός Ανιχνευτής» με αριθ. 4 και 7, αποκλείεται η δυνατότητα συμμετοχής του στο διαγωνισμό.

7. Επειδή στις 15.06.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1539/2021 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 και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στις 17.06.2021 στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού μέσω της επικοινωνίας τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων και επί της προδικαστικής προσφυγής.

10. 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.

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

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, στις 23.06.2021 ο προσφεύγων ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ και συγκεκριμένα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» το με ίδια ημερομηνία υπόμνημά της προς ανάπτυξη και επίρρωση των ισχυρισμών της και αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής το οποίο, επίσης, απέστειλε αυθημερόν και με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Δοθέντος ότι η συζήτηση της προσφυγής ορίσθηκε στις 23-07-2021, το ανωτέρω υπόμνημα υποβλήθηκε εμπροθέσμως και, ως εκ τούτου, λαμβάνεται υπόψη από το αποφασίζον Κλιμάκιο κατά το σκέλος αυτού που αφορά την αντίκρουση της συμπληρωματικής αιτιολογίας της αναθέτουσας αρχής.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «[...]

(B) ΑΝΑΛΥΤΙΚΑ Ο ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ

Λόγος προσφυγής: Αυθαίρετη και εσφαλμένη διατύπωση όρων που περιορίζουν τον υγιή και αποτελεσματικό ανταγωνισμό και θέτουν αδικαιολόγητο περιορισμό συμμετοχής μας στο διαγωνισμό [...] Η παραπάνω προδιαγραφή περιορίζει σημαντικά τον ανταγωνισμό καθώς η πλειονότητα των εταιριών, μεταξύ των οποίων και η δική μας, που εμπορεύονται ψηφιακούς μαστογράφους δεν μπορούν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό αυτό. Πιο συγκεκριμένα, είναι ευρέως γνωστό ότι τα σύγχρονα συστήματα ψηφιακής μαστογραφίας που κυκλοφορούν τόσο στην ευρωπαϊκή όσο και στη διεθνή αγορά, πληρώντας τους σχετικούς κανονισμούς ασφαλείας κα ποιότητας, διαθέτουν μέγεθος ρίχει του ψηφιακού ανιχνευτή $\leq 100\mu\text{m}$ και αντίστοιχα ανάλυση εικόνας της τάξεως των $51\mu\text{p}/\text{mm}$. Από την άλλη πλευρά, την εν λόγω απαίτηση για resolution τουλάχιστον $71\mu\text{p}/\text{mm}$ πληρούν μόνο δύο εταιρίες. Συγκεκριμένα αναφερόμαστε στην εταιρία «...», η οποία συμμετέχει σε

Αριθμός απόφασης: A158 /2021

ανάλογους διαγωνισμούς με μαστογράφο της εταιρίας ..., καθώς και η εταιρία «...» η οποία διαθέτει το μηχάνημα Και τα δύο αυτά συστήματα μαστογράφου διαθέτουν resolution άνω των 71p/mm. Καθίσταται σαφές, επομένως, ότι η εν λόγω προδιαγραφή με την ισχύουσα διατύπωσή της, πλήττει κατάφορα τον υγιή και αποτελεσματικό ανταγωνισμό που πρέπει να εξασφαλίζει η αναθέτουσα αρχή σε ένα δημόσιο διαγωνισμό. Αντιθέτως, περιορίζει τόσο πολύ τον ανταγωνισμό, δίνοντας το δικαίωμα να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό αυτό μόνο δύο εταιρίες. Η εν λόγω «συμπεριφορά» της αναθέτουσας αρχής παραβιάζει ουσιωδώς κανόνες της εθνικής και ευρωπαϊκής έννομης τάξης αναφορικά με το νομικό πλαίσιο που θα πρέπει να διέπει τις διαδικασίες των δημόσιων συμβάσεων. Επίσης, γίνεται αντιληπτό ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έλαβε υπόψη της την κίνηση της εσωτερικής και διεθνούς αγοράς, όσον αφορά την εμπορεία ψηφιακών μαστογράφων, διότι έθεσε μία προδιαγραφή που ουσιαστικά πληρούν μόνο δύο εταιρίες. Η εταιρία μας, λοιπόν, η οποία προτίθεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό, ουσιαστικά αποκλείεται από αυτόν καθότι διαθέτει δύο συστήματα τα οποία μπορεί να προσφέρει (... & ...), αυτά όμως λόγω ότι διαθέτουν resolution 51p/mm, αυτομάτως αποκλείονται από το διαγωνισμό. Δεδομένου, επομένως, ότι όπως αναφέρθηκε αναλυτικά και πιο πάνω στον εν λόγω διαγωνισμό μπορούν να συμμετάσχουν μόνο δύο εταιρίες που να μπορούν να ανταποκριθούν στις συγκεκριμένες προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές, καθίσταται σαφές ότι η διακήρυξη του Γ.Ν. ... προσκρούει στην εθνική και ευρωπαϊκή νομοθεσία καθότι παραβιάζεται ουσιωδώς ο υγιής και αποτελεσματικός ανταγωνισμός που θα έπρεπε να περιβάλλει τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία. Και ναι μεν, όπως έχει κριθεί νομολογιακά, οι τεχνικές προδιαγραφές εκ φύσεως θέτουν ορισμένους οικονομικούς φορείς εκτός από τη συμμετοχή τους σε διαγωνιστική διαδικασία, μολοταύτα όταν ουσιαστικά πρόκειται να συμμετάσχουν μόνο δύο εταιρίες σε έναν δημόσιο διαγωνισμό, η ερμηνεία αυτή δεν μπορεί να βρει πρόσφορο έδαφος εφαρμογής καθότι παραβιάζονται ουσιώδεις και अपαράβατοι κανόνες που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς τόσο σε εθνικό όσο και σε ευρωπαϊκό επίπεδο. Στο Παράρτημα III, επίσης, στην ενότητα 7 «Ψηφιακός Ανιχνευτής», τίθεται και η

Αριθμός απόφασης: A158 /2021

προδιαγραφή υπ' αριθ. 10: «Να προσφερθεί προς επιλογή δυνατότητα Τομοσύνθεσης μαστού DBT η οποία θα πρέπει να γίνεται σε διαφορετικές γωνίες και τουλάχιστον & MLO. Η τομοσύνθεση ανά λήψη να ολοκληρώνεται σε λιγότερο από πέντε δευτερόλεπτα (5 sec) και οι ανακατασκευασμένες εικόνες να απεικονίζονται σε τομές 1mm και να είναι εφικτό να χρησιμοποιείται η τεχνική τομοσύνθεσης για προληπτική χρήση (screening). Η ως άνω προδιαγραφή περιορίζει χωρίς οποιοδήποτε νόμιμο έρεισμα και τεχνικό όφελος την συμμετοχή του αναγνωρισμένου κατασκευαστικού Οίκου που αντιπροσωπεύει η εταιρεία μας στον εν λόγω διαγωνισμό περιορίζοντας ανεπίτρεπτα τον ανταγωνισμό.[...]Πιο αναλυτικά, ο χρόνος της τομοσύνθεσης καίτοι είναι ένας από τους βασικούς πυλώνες ενός ψηφιακού μαστογράφου, παρόλα αυτά δεν είναι ο σημαντικότερος και τούτο διότι ο σκοπός που εξυπηρετεί ένα τέτοιο μηχάνημα είναι η καλύτερη δυνατή ψηφιακή απεικόνιση για την πιθανή διάγνωση κάποιας κακοήθειας στο συγκεκριμένο σημείο του σώματος. Με το να λαμβάνεται υπόψη αποκλειστικά και μόνο ο χρόνος της τομοσύνθεσης και όχι και το εύρος γωνίας αυτής, ουσιαστικά ο διαγωνισμός άγει εκτός του σκοπού του. Δε θα πρέπει να διαφύγει της προσοχής Σας ότι η ταχύτητα της τομοσύνθεσης ανά λήψη δεν συντελεί από μόνη της στο καλύτερο δυνατό αποτέλεσμα. Φυσικά και είναι λογικό, λαμβάνοντας υπόψη τη θέση της εξεταζόμενης, ότι μια τέτοια εξέταση είναι επώδυνη και φυσικά η σύντηξη της διάρκειάς της είναι σημαντική. Παρ' όλα αυτά τι είναι σημαντικότερο; Η διάρκεια της εξέτασης ή η ακρίβεια του αποτελέσματος αυτής; Προφανώς το δεύτερο! Επομένως, γίνεται σαφές ότι η αναθέτουσα αρχή θέτοντας μονόπλευρα ένα τέτοιο όριο στο χρόνο λήψης της τομοσύνθεσης, ουσιαστικά δε λαμβάνει υπόψη της το βασικότερο παράγοντα της ακρίβειας μιας μαστογραφίας το οποίο αποτελεί και το βασικότερο κριτήριο για την αποτελεσματική παροχή διάγνωσης και περίθαλψης ασθενών. Αξίζει να αναφέρουμε ότι οι εταιρίες που πληρούν την ως άνω τεχνική προδιαγραφή (ήτοι χρόνος τομοσύνθεσης $\leq 5\text{sec}$), διαθέτουν μηχανήματα με μικρό εύρος γωνίας, της τάξεως των 15 μοιρών, κάτι που αυτομάτως συνεπάγεται ότι λαμβάνεται πολύ μικρότερη πληροφορία για τον υπό εξέταση μαστό εις βάρος της ακρίβειας της διάγνωσης. Ο χρόνος της τομοσύνθεσης συνδέεται άρρηκτα

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

με το εύρος της γωνίας που λαμβάνει το μηχάνημα κατά την διαδικασία της εξετάσεως. Στην ως άνω διακήρυξη αναφέρεται μόνο ο χρόνος της τομοσύνθεσης, αλλά δεν συνυπολογίζεται το πιο σημαντικό στοιχείο κατά την τομοσύνθεση, το οποίο είναι το "εύρος γωνίας" που μπορεί να λάβει το συγκρότημα κατά την τομοσύνθεση. Συνεπώς, ο όρος του διαγωνισμού είναι μονόπλευρος και ελλιπής αφού δεν λαμβάνει επιπρόσθετα υπόψη το πλέον σημαντικό κριτήριο, ήτοι την γωνία (δηλαδή τις μοίρες) της τομοσυνθέσεως, με αποτέλεσμα να μην μπορεί εκ των πραγμάτων να υπάρξει αντικειμενική σύγκριση και αξιολόγηση των μαστογράφων που θα προσφερθούν προς παραβίαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των ενδιαφερομένων και της αντικειμενικής συγκρίσεως των προσφορών τους. (βλ. Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Δημήτρης Ράϊκος, Γ' έκδοση, Σάκκουλας 2019, σελ. 179). Η εταιρεία μας διαθέτει και προτίθεται να προσφέρει μαστογράφο με το πλέον μεγαλύτερο εύρος γωνίας τομοσύνθεσης, της τάξεως των 50 μοιρών, και με χρόνο λήψης της τομοσύνθεσης <25sec με αποτέλεσμα να λαμβάνεται περισσότερη πληροφορία για τον υπό εξέταση μαστό, από άλλες ανταγωνίστριες εταιρείες που έχουν μικρό εύρος γωνίας, τοις τάξεως των 15 μοιρών, κάτι που αυτόματα σημαίνει ότι λαμβάνεται πολύ μικρότερη πληροφορία για τον υπό εξέταση μαστό. Στο σημείο αυτό θα πρέπει να τονίσουμε ότι στην προαναφερθείσα προσβαλλόμενη τεχνική προδιαγραφή υπ' αριθ. 4, ζητείται resolution εικόνας τουλάχιστον 7lp/mm, «για την διάγνωση από το πλέον αρχικό στάδιο». Επομένως, πώς είναι δυνατόν η μία προδιαγραφή να ζητάει ο ψηφιακός ανιχνευτής του ψηφιακού μαστογράφου να μπορεί διαγνώσει (τυχόν κακοήθεια) από το πλέον αρχικό στάδιο και από την άλλη στην υπ' αριθ. 10 προδιαγραφή να ζητείται χρόνος τομοσύνθεσης ≤5sec, από τη στιγμή που αυτόν τον χρόνο τον προσφέρουν μόνο μαστογράφοι με μικρό εύρος γωνίας τομοσύνθεσης της τάξεως των 15ο [...]. Ειδικότερα, η μεν πρώτη εταιρία (...) προσφέρει μηχάνημα της εταιρίας ..., το οποίο διαθέτει εύρος γωνίας τομοσύνθεσης 30 μοίρες και χρόνο τομοσύνθεσης 20sec (βλ. σελ. 20 ΣΧΕΤ. 6 & σελ. 3 ΣΧΕΤ. 7). Η ... προσφέρει το μηχάνημα ..., το οποίο έχει εύρος γωνίας τομοσύνθεσης 25 μοίρες και χρόνο 9sec (βλ. σελ. 22 ΣΧΕΤ. 8 & σελ. 5 ΣΧΕΤ. 9). Η εταιρία μας, διαθέτει

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

δύο μοντέλα α) το ... και β) το ..., τα οποία έχουν εύρος γωνίας τομοσύνθεσης 50 μοίρες και χρόνο λήψης <25sec (βλ. σελ. 10 ΣΧΕΤ. 2). Εκ της συγκρίσεως των ως άνω παρατιθέμενων στοιχείων, τα οποία αποδεικνύονται με τα προσκομιζόμενα σχετικά, διαπιστώνεται ότι ο χρόνος λήψης της τομοσύνθεσης είναι αλληλένδετος με το εύρος γωνίας λήψης. Όσο πιο μικρό το εύρος γωνίας λήψης τόσο πιο σύντομος ο χρόνος λήψης της τομοσύνθεσης και αντιστρόφως όσο πιο μεγάλο το εύρος γωνίας λήψης τόσο πιο μεγάλος ο χρόνος λήψης της τομοσύνθεσης.

Είναι εμφανές, ότι με την τιθέμενη τεχνική προδιαγραφή πλήττεται ουσιαδώς ο υγιής ανταγωνισμός καθότι διαμορφώνει μια διακήρυξη και έναν διαγωνισμό στον οποίο ουσιαστικά μπορούν να συμμετάσχουν το πολύ δύο εταιρίες!! Και πέραν αυτής της επικίνδυνης διαπίστωσης, θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι ο χρόνος 3,7sec και 4 sec, που επιτυγχάνουν το μηχάνημα της εταιρίας ... και της εταιρίας ... αντίστοιχα, διαμορφώνεται στην τιμή αυτή λόγω ότι διαθέτουν πολύ μικρό εύρος γωνίας τομοσύνθεσης (15 μοίρες). Η επιτροπή σύνταξης των τεχνικών προδιαγραφών δεν έλαβε υπόψιν της την ποιότητα και ακρίβεια της εξετάσεως, αλλά μονόπλευρα και χωρίς καμία τεχνική ή επιστημονική τεκμηρίωση έλαβε υπόψιν της μόνο τον χρόνο της εξετάσεως, χωρίς όμως να κάνει σε κανένα σημείο μνεία του εύρους γωνίας κατά την τομοσύνθεση, το οποίο και αποτελεί τον σημαντικότερο παράγοντα κατά την λήψη τομοσυνθετικών εικόνων που είναι αλληλένδετος με το χρόνο εξέτασεως. Ενδεικτικά, προσκομίζουμε το ... που αναφέρεται στην τομοσύνθεση των 50 μοιρών, όπως επίσης και βιβλιογραφία σχετικά με τα πλεονεκτήματα της τομοσύνθεσης των 50 μοιρών (ΣΧΕΤ. 10 και 11) προς επίρρωση του σχετικού ισχυρισμού μας. Στο σημείο αυτό, παραθέτουμε και ορισμένα από τα πλεονεκτήματα που έχει μία τομοσύνθεση εύρους γωνίας 50ο , όπως αυτά αναφέρονται στη σχετική βιβλιογραφία που προσκομίζουμε με την παρούσα προσφυγή μας: - «Σε αυτή την προσδοκώμενη προληπτική δοκιμή βάσει πληθυσμού, υπήρξε αύξηση στο ποσοστό ανίχνευσης καρκίνου κατά 34%, η οποία επιτεύχθηκε μόνο με τομοσύνθεση μίας προβολής. Την ίδια στιγμή, η δύναμη συμπίεσης του μαστού μειώθηκε κατά 40% και η δόση ακτινοβολίας μειώθηκε κατά 15%. Είναι η μόνη δοκιμή ελέγχου που έχει υψηλότερη

Αριθμός απόφασης: A158 /2021

διαγνωστική ακρίβεια με τομοσύνθεση σε χαμηλότερη δόση ακτινοβολίας σε σύγκριση με το τρέχον πρότυπο ελέγχου». - «Η ευρείας γωνίας 50ο τομοσύνθεση είχε την υψηλότερη ευαισθησία των τριών συστημάτων που δοκιμάστηκαν. Το ποσοστό των εκτοπισμών μειώθηκε σε σύγκριση με τα αποτελέσματα του “Full Field Digital Mammography”» - «Η τομοσύνθεση ευρείας γωνίας έχει μεγαλύτερο βάθος ανάλυσης (.....)λόγω της ευρύτερης τομογραφικής γωνίας που χρησιμοποιείται» - «Η τομοσύνθεση με μεγαλύτερο γωνιακό εύρος αυξάνει το βάθος ανάλυσης και βελτιώνει επίσης την ορατότητα σε αντικείμενα χαμηλής συχνότητας, δηλαδή την ανίχνευση των μαζών». Επιπροσθέτως, θα πρέπει να αναφέρουμε ότι ο προκηρυχθείς διαγωνισμός του Γ.Ν ... «...», ως κριτήριο κατακύρωσης έχει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής. Προφανώς, η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή (χρόνος λήψης τομοσύνθεσης <5sec), δεν συμβάλλει στο σκοπό αυτό καθότι όπως αναλύσαμε και ανωτέρω, ο χρόνος αυτός των 5sec μπορεί να επιτευχθεί μόνο από ψηφιακούς μαστογράφους που έχουν μικρό εύρος γωνίας λήψης τομοσύνθεσης της τάξεως των 15ο. Αντιθέτως, ο χρόνος λήψης της τομοσύνθεσης θα έπρεπε να ετίθετο σε συνάρτηση με το εύρος γωνίας της τομοσύνθεσης καθότι, όπως προαναφέρθηκε, η σύντμηση του χρόνου τομοσύνθεσης δεν μπορεί από μόνη της να συμβάλει στην καλύτερη δυνατή λήψη εικόνας. Αυτό μπορεί να επιτευχθεί μόνο από ένα πιο μεγάλο εύρος γωνίας (ήτοι 50ο), που ναι μεν αυξάνει ελάχιστα το χρόνο της εξέτασης, αλλά αποδεδειγμένα παρέχει καλύτερα απεικονιστικά αποτελέσματα. Επίσης, όπως φαίνεται και στη σχετική βιβλιογραφία που παραθέτουμε (ΣΧΕΤ. 11), οι ψηφιακοί μαστογράφοι που διαθέτουν εύρος γωνίας τομοσύνθεσης 50ο, δεν επιβαρύνουν την εξεταζόμενη καθότι μειώνεται η πίεση στο μαστό και επομένως η εξέταση όχι μόνο παρέχει καλύτερη απεικόνιση (προς όφελος φυσικά της υγείας της εξεταζόμενης), αλλά η ίδια η φύση της εξέτασης γίνεται πιο ανεκτή. Επίσης, μολονότι η εν λόγω εξέταση έχει έναν βαθμό εκπομπής ακτινοβολίας προς την ασθενή, έχει αποδειχτεί (όπως φαίνεται στη βιβλιογραφία που προσκομίζουμε) ότι παρόλο που ο χρόνος εξέτασης είναι λίγο πιο αυξημένος σε σχέση με τα 5sec που απαιτεί η διακήρυξη, μολοταύτα

Αριθμός απόφασης: A158 /2021

η δόση της ακτινοβολίας είναι μειωμένη κατά 15%!! Θα πρέπει, ακόμα, να σημειωθεί ότι ως γνωστόν στις εξετάσεις μαστογραφίας, απαιτούνται δύο (2) λήψεις ανά μαστό και επομένως ο χρόνος της εξέτασης αυξάνεται στο τετραπλάσιο από τις τεχνικές προδιαγραφές που διαθέτει το μηχάνημα κάθε εταιρίας. Για παράδειγμα, σε ένα μηχάνημα το οποίο προσφέρει χρόνο λήψης της τομοσύνθεσης τα 15sec, η όλη διαδικασία ολοκληρώνεται σε 60sec (15x4) καθότι απαιτούνται 2 λήψεις ανά μαστό! Αντιθέτως, με μηχανήματα μεγάλου εύρους γωνίας λήψης της τομοσύνθεσης, δεν απαιτούνται δύο λήψεις ανά μαστό καθότι είναι τόσο μεγάλο το εύρος της λήψης, που μέσα σε ένα χρόνο (πχ 20sec) και σε μία μόνο λήψη ανά μαστό λαμβάνεται όλη η απαραίτητη πληροφορία, που σε μηχανήματα μικρού εύρους γωνίας λήψης τομοσύνθεσης απαιτείται ο διπλάσιος χρόνος!! Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή έθεσε αυθαίρετα και αδικαιολόγητα το χρόνο λήψης της τομοσύνθεσης σε <5sec, ούτως ώστε να είναι κατάλληλο και για προληπτική μαστογραφία. Θα πρέπει να αναφέρουμε ότι η εν λόγω χρονική τιμή δεν προκύπτει από καμία μελέτη και από κανένα απτό στοιχείο της καθημερινότητας, καθότι δεν προκύπτει από πουθενά ότι για να είναι ένας ψηφιακός μαστογράφος κατάλληλος και για προληπτική μαστογραφία, θα πρέπει να έχει χρόνο λήψης της τομοσύνθεσης σε <5sec. Επιπροσθέτως, δεν μπορούμε να νοήσουμε το λόγο για τον οποίο η αναθέτουσα αρχή προβαίνει σε διαχωρισμό της προληπτικής μαστογραφίας από την κανονική που γίνεται στα πλαίσια μιας ήδη υπάρχουσας ασθένειας!! Τόσο στην προληπτική, όσο και στην «κανονική» μαστογραφία, σκοπός είναι η εξαγωγή της καλύτερης δυνατής διάγνωσης. Προφανώς, με το να θέτει η αναθέτουσα αρχή χρονικό όριο 5sec για την προληπτική μαστογραφία, υποβαθμίζει την αξία της πρόληψης θεωρώντας ότι η πρόληψη είναι δευτερεύουσας σημασίας από τη θεραπεία και για το λόγο αυτό θα πρέπει να γίνεται σε πολύ σύντομο χρονικό διάστημα, το οποίο προφανώς δε θα συμβάλει στο καλύτερο δυνατό αποτέλεσμα. Όλα αυτά τα δεδομένα, δεν ελήφθησαν υπόψιν της επιτροπής κατάρτισης των τεχνικών προδιαγραφών του εν λόγω διαγωνισμού, η οποία αρκέστηκε απλώς στην αναγραφή του χρόνου λήψης της τομοσύνθεσης στα 5sec, χωρίς να λάβει όμως υπόψη της και τη σημαντικότερη παράμετρο για το είδος αυτής της εξέτασης που δεν είναι

άλλη από το εύρος γωνίας λήψης της τομοσύνθεσης. Η εταιρία μας, λοιπόν, η οποία προτίθεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό, ουσιαστικά αποκλείεται από αυτόν καθώς διαθέτει δύο συστήματα τα οποία μπορεί να προσφέρει (... & ...), αυτά όμως λόγω ότι διαθέτουν εύρος γωνίας λήψης τομοσύνθεσης 50ο , ο χρόνος λήψης της τομοσύνθεσης είναι <25sec. Εννοείται ότι το εύρος γωνίας λήψης της τομοσύνθεσης αποτελεί διακριτή έννοια του χρόνου λήψης αυτής, και σε καμία περίπτωση δεν συνιστά εναλλακτική λύση. Σε κάθε περίπτωση, όμως, εύρος γωνίας λήψης και χρόνος λήψης αποτελούν μία ενιαία και αδιαίρετη προδιαγραφή η οποία πρέπει να αξιολογείται συλλογικά και όχι αποσπασματικά. Η αναθέτουσα κατά παράβαση των κανόνων της επιστήμης και της κοινής λογικής, επιχειρεί άστοχα να διαχωρίσει την τεχνική προδιαγραφή αυτή λαμβάνοντας υπόψη μονομερώς και ελλιπώς μόνο το χρόνο λήψης χωρίς συνυπολογισμό του εύρους γωνίας. Ο διαχωρισμός αυτός της τεχνικής προδιαγραφής είναι ανεπίτρεπτος κατά τους κανόνες της ιατρικής επιστήμης, δε δικαιολογείται από καμία επιστημονική μελέτη και οδηγεί σε παράβαση των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού και της αντικειμενικής συγκρίσεως των προσφορών. Για το λόγο αυτό κρίνεται απαραίτητος ο συνυπολογισμός των δύο ατών κριτηρίων προς αντικειμενική αξιολόγηση της ως άνω τεχνικής προδιαγραφής. Ένας σύντομος χρόνος λήψης προφανώς είναι σημαντικός, αλλά θα πρέπει να αξιολογηθεί σε συνδυασμό με το εύρος γωνίας προκειμένου να αξιολογηθεί η τεχνική προδιαγραφή του μηχανήματος και να επιτευχθεί ο τελικός σκοπός της προμήθειας που είναι η παροχή όσο το δυνατόν αναλυτικότερης πληροφορίας κατά την εξέταση. Επιπροσθέτως, τα κινητικά παράσιτα που μπορούν να δημιουργηθούν κατά το χρόνο τομοσυνθέσεως αφορούν παλαιότερης τεχνολογίας μαστογράφους. Οι σύγχρονοι μαστογράφοι διαθέτουν εξελιγμένα λογισμικά συστήματα τα οποία περιορίζουν στο ελάχιστο τα κινητικά παράσιτα. Η εταιρεία μας διαθέτει το ... λογισμικό, το οποίο μειώνει τα κινητικά παράσιτα (Artifacts), ως αναφέρεται και στην προσκομιζόμενη βιβλιογραφία και κατάλογο πλεονεκτημάτων της γωνίας τομοσυνθέσεως των 50 μοιρών. «Η ανακατασκευή εικόνας με το ... παρέχει καλύτερη αντίθεση και ποιότητα εικόνας, λιγότερα κινητικά παράσιτα και βελτιωμένη ορατότητα των ασβεστοποιήσεων από την κανονική

ανακατασκευή, καθώς και βελτιωμένη απόδοση ανίχνευσης με αλγόριθμους βαθιάς μάθησης.» Αναφορικά, τέλος, με την δόση που λαμβάνει ο ασθενής κατά την τομοσύνθεση, δεν θα πρέπει να διαφύγει της προσοχής Σας ότι με το προσφερόμενο από την εταιρεία μας σύστημα μαστογραφίας «Η δόση κατά την τομοσύνθεση με συστήματα μαστογραφίας ... είναι μικρότερη συγκριτικά με συστήματα άλλων ανταγωνιστών». *Dance et al., Comparison of breast doses for digital tomosynthesis estimated from patient exposures and using PMMA breast phantoms; Breast Imaging, 11th International Workshop, IWDM 2012, Philadelphia, PA, USA, July 8 - 11, 2012 Proceedings: LNCS 7361, pp ... <http://link....com/chapter/.../...>*. Στο σημείο αυτό, παραθέτουμε αποσπάσματα μελετών του Εθνικού Συστήματος Υγείας της ... (ΣΧΕΤ. 12, σελ. 25-26) στα οποία εμφανίζεται η υπεροχή των συστημάτων ψηφιακής μαστογραφίας που διαθέτει η εταιρία μας σε σχέση με αυτά των ανταγωνιστριών εταιριών της[...].»

13. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων ισχυρίζεται τα ακόλουθα: «Σε απάντηση της προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας «...», παραθέτουμε παρακάτω αναλυτικά τις απόψεις της υπηρεσίας.

Αρχικά επισημαίνουμε ότι οι προδιαγραφές έχουν προέλθει μετά από δημόσια διαβούλευση στον ιστότοπο του ΕΣΗΔΗΣ με κωδικό ανάρτησης 1ης Διαβούλευσης ..., (03/09/2019) και κωδικό ανάρτησης 2ης Διαβούλευσης ..., (16/12/2019), και στις οποίες η ανωτέρω εταιρεία δεν συμμετείχε.

Αναφορικά με τις Τεχνικές Προδιαγραφές στην ενότητα 7, «Ψηφιακός Ανιχνευτής» η υπ' αριθ. 4 τεχνική προδιαγραφή ζητάει: «Το resolution της αποκτηθείσας εικόνας πρέπει να είναι τουλάχιστον 7lp/mm στην συμβατική μαστογραφία για την διάγνωση από το πλέον αρχικό στάδιο».

Επισημαίνουμε ότι η διακριτική ικανότητα είναι η παράμετρος που καθορίζει τη δυνατότητα του ψηφιακού Μαστογράφου να διαχωρίσει ανατομικές δομές κατά την προληπτική ψηφιακή μαστογραφία, όπου οι ενδεχόμενες βλάβες βρίσκονται σε πρώιμο στάδιο και είναι εξαιρετικά δυσδιάκριτες. Είναι συνεπώς υψίστης σημασίας τεχνικό χαρακτηριστικό που καθορίζει την πρώιμη διάγνωση καρκίνων από το πλέον αρχικό στάδιο.

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

Όπως είναι προφανές, όσο μεγαλύτερος είναι ο αριθμός των γραμμών, που ανιχνεύονται/διακρίνονται/περιέχονται σε ένα (1) χιλιοστό (mm), (lp/mm), τόσο μεγαλύτερη είναι και η διακριτική ικανότητα του συστήματος μαστογραφίας, το οποίο θα αποδώσει και αντίστοιχες εικόνες υψηλής διακριτικής ικανότητας και θα καταστεί δυνατή η απεικόνιση και η ανάδειξη κακοηθειών μικρού μεγέθους και σε πρώιμο στάδιο. Με δεδομένο ότι υπάρχουν στην παγκόσμια αγορά συστήματα που φτάνουν σε διακριτική ικανότητα έως και 10 lp/mm, ζητήθηκαν από τις προδιαγραφές συστήματα υψηλών αποδόσεων, δηλαδή τουλάχιστον 7lp/mm, όπως άλλωστε προτείνει η ΕΕΑΕ στις «Κατευθυντήριες οδηγίες για τα πρωτόκολλα ελέγχων ποιότητας Μαστογραφικών συστημάτων». Ειδικότερα η ΕΕΑΕ προκειμένου να ορίσει τα αποδεκτά όρια της διακριτικής ικανότητας του συστήματος μαστογραφίας, χρησιμοποιεί αποκλειστικά και μόνο την μέτρηση/παράμετρο γραμμές/ανά χιλιοστό (lp/mm), (αποδεικνύοντας όσα ανωτέρω σημειώθηκαν, ότι δηλαδή ο λόγος lp/mm είναι η μοναδική παράμετρος, που παγκοσμίως χρησιμοποιείται για τον προσδιορισμό της διακριτικής ικανότητας του ψηφιακού ανιχνευτή), αφετέρου δε, ζητά οι ψηφιακοί ανιχνευτές να έχουν μεγαλύτερη διακριτική ικανότητα από 7 γραμμές ανά χιλιοστό (>7lp/mm) ως το ελάχιστο αποδεκτό όριο «διακριτικής ικανότητας υψηλής αντίθεσης» των σύγχρονων ψηφιακών συστημάτων μαστογραφίας.

Στη σελίδα 18, των εν λόγω κατευθυντήριων οδηγιών, αναγράφονται τα κάτωθι (επισυνάπτεται αυτούσιο το σχετικό αρχείο)

Η υπηρεσία μας διαμόρφωσε τις προδιαγραφές μέσω της σχετικής διαβούλευσης που προηγήθηκε και η ευχέρεια της αυτή ελέγχεται μόνο στο μέτρο που καταλήγει σε υπέρβαση των άκρων ορίων της, δηλαδή θεσπίζει αποδεδειγμένα αδικαιολόγητη απαίτηση, που ουδέν όφελος θα προσφέρει για την εξυπηρέτηση του σκοπού της προμήθειας. Συγκεκριμένα, η απαίτηση για υψηλή διακριτική ικανότητα και ευκρίνεια συστήματος με σκοπό την διάγνωση κακοηθειών και μικροαποπιτανώσεων από το πλέον αρχικό στάδιο θεωρείται απολύτως εύλογη και θεμιτή, για τον σκοπό που πρέπει να εξυπηρετεί ο ψηφιακός Μαστογράφος, διότι θα χρησιμοποιηθεί για προληπτική διάγνωση

(screening). Είναι αναγκαία η υψηλότερη ευκρίνεια συστήματος, που σημαίνει ποιοτικότερη διαγνωστική αξία προς όφελος των εξεταζομένων γυναικών.

Αναφορικά με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ότι η επίμαχη προδιαγραφή πλήττει κατάφορα τον υγιή και αποτελεσματικό ανταγωνισμό επειδή «αποκλείει» όλες τις εταιρίες που θα μπορούσαν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό αυτό και δραστηριοποιούνται στην ελληνική αγορά, πλην του Οίκου ... και του Οίκου ..., επισημαίνουμε ότι το συγκεκριμένο ζητούμενο χαρακτηριστικό και ουσιώδες είναι και επιπλέον δεν είναι επουδενί φωτογραφικό με δεδομένο ότι πληρούται από τουλάχιστον τρεις (3) κατασκευαστές που δύνανται να συμμετέχουν σε τέτοια προμήθεια και δη πληρούται κατ' ελάχιστον από τις εταιρίες ..., ... και

Αναφορικά με τις Τεχνικές Προδιαγραφές στην ενότητα 7 «Ψηφιακός Ανιχνευτής», η προδιαγραφή υπ' αριθ. 10 ζητάει: «Να προσφερθεί προς επιλογή δυνατότητα Τομοσύνθεσης μαστού DBT η οποία θα πρέπει να γίνεται σε διαφορετικές γωνίες και τουλάχιστον & MLO. Η τομοσύνθεση ανά λήψη να ολοκληρώνεται σε λιγότερο από πέντε δευτερόλεπτα (5sec) και οι ανακατασκευασμένες εικόνες να απεικονίζονται σε τομές 1mm και να είναι εφικτό να χρησιμοποιείται η τεχνική τομοσύνθεσης για προληπτική χρήση (screening).

Αναφορικά με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ότι η επίμαχη προδιαγραφή θέτει περιοριστικά όριο στο χρόνο λήψης της τομοσύνθεσης και ουσιαστικά δεν λαμβάνει υπόψη της τον παράγοντα της ακρίβειας μιας μαστογραφίας το οποίο αποτελεί και το βασικότερο κριτήριο για την αποτελεσματική παροχή διάγνωσης ασθενών, επισημαίνουμε ότι και εδώ σφάλλει εφόσον ζητούνται από τις τεχνικές προδιαγραφές και άλλα ποιοτικά κριτήρια που αφορούν την τελική ποιότητα εικόνας, την υψηλή διαγνωστική αξία και την λαμβανόμενη πληροφορία και που σχετίζονται με την απόδοση του ψηφιακού ανιχνευτή όπως οι παράγοντες DQE, MTF, επίπεδα δόσεων καθώς και χαρακτηριστικά του ψηφιακού ανιχνευτή όπως αριθμός pixels, βάθος χρώματος-bit., δυναμικό εύρος, κλπ).

Η μαστογραφία συνιστά μια όντως επώδυνη εξέταση, ο χρόνος ολοκλήρωσης της τελευταίας είναι κρίσιμος για τον πόνο και την κατάσταση

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

του ασθενούς, η δε αύξηση του χρόνου ανά επιμέρους λήψη, πρόδηλα μειώνει τη διάρκεια της εξέτασης και κατ' αποτέλεσμα βελτιώνει τις συνθήκες εξέτασης για τον ασθενή. Η μείωση του χρόνου μιας επώδυνης, για κάθε ασθενή, εξέτασης και η διευκόλυνση των εξεταζόμενων, συνιστούν αυτονόητη ιατρική προτεραιότητα και ουσιώδη σκοπό, μεταξύ άλλων, της προμήθειας ενός διαγνωστικού μηχανήματος, πέραν και αυτοτελώς της ποιότητας του κλινικού αποτελέσματος και της εκπνεμπόμενης ακτινοβολίας. Ομοίως, δεδομένου πως κάθε εξέταση απαιτεί πολλαπλές λήψεις ανά μαστό, όσο μεγαλύτερος ο χρόνος λήψης τόσο μεγαλύτερη και η διάρκεια της απαιτούμενης για την εξέταση διάρκειας πίεσης στους μαστούς που μαστογραφούνται και άρα ο πόνος του ασθενούς. Αναφορικά με την αύξηση του χρόνου της τομοσύνθεσης ανά λήψη, επισημαίνεται ότι, όσο αυξάνει ο χρόνος λήψης των μαστογραφικών εικόνων, αυξάνει και η πιθανότητα κίνησης της ασθενούς, γεγονός που οδηγεί σε artifact (ψευδοεικόνες) στην τομοσύνθεση. Τα εν λόγω "artifacts" θα είχαν ως συνέπεια μειωμένη ικανότητα διάγνωσης και ενδεχόμενο επανάληψης της εξέτασης, με αποτέλεσμα την επιπλέον δόση ακτινοβολίας και επιπλέον χρόνο. Σημειωτέον ότι όσο μεγαλώνει ο χρόνος η εξέταση γίνεται πιο "επώδυνη" εφόσον η συμπίεση κατά την μαστογραφία δεν είναι εύκολα ανεκτή.

Αναφορικά με την αιτίαση της προσφεύγουσας ότι ο χρόνος της τομοσύνθεσης εξαρτάται άρρηκτα από το εύρος της γωνίας που λαμβάνει το μηχανήμα κατά την διαδικασία της εξετάσεως, οφείλουμε να απαντήσουμε ότι το εύρος γωνίας που χρησιμοποιεί ο κάθε κατασκευαστής για να επιτελέσει μία εξέταση τομοσύνθεσης είναι ειδικότερη τεχνολογία και τεχνική που ο εκάστοτε κατασκευαστής διαθέτει, είναι μη αξιολογήσιμη καθώς ο κάθε κατασκευαστής έχει τον δικό του τρόπο και εύρος γωνίας ώστε να εκτελεί την εξέταση και τέλος το εύρος γωνίας είναι εντελώς άσχετο με την τελική ποιότητα εικόνας η οποία εν προκειμένω εξασφαλίζεται από το ζητούμενο των προδιαγραφών εφόσον να προσφέρεται ανώτερη των 71p/mm.

Η εταιρία ... δηλώνει ότι διαθέτει πλεονεκτικότερη τεχνική λόγω του μεγαλύτερου εύρους γωνίας με αποτέλεσμα να λαμβάνεται περισσότερη πληροφορία για τον υπό εξέταση μαστό από ότι οι άλλες ανταγωνίστριες εταιρείες που έχουν μικρό εύρος γωνίας, όταν όμως είναι δεδομένο ότι δεν

μπορεί τελικά να εξασφαλίσει την ζητούμενη από τις προδιαγραφές υψηλή διακριτική ικανότητα των 7lp/mm την οποία άλλα συστήματα εξασφαλίζουν ακόμα και με μικρότερες γωνίες, άρα με συντομότερους χρόνους εξέτασης και άρα με ανώδυνη εξέταση για την ασθενή.

Επομένως η γωνία σάρωσης σε καμία περίπτωση δεν αποτελεί ποιοτικό κριτήριο σε ένα σύστημα μαστογραφίας - τομοσύνθεσης σε αντίθεση με το χρόνο εξέτασης που αυταπόδεικτα συνεισφέρει στην ελάττωση του πόνου της εξεταζόμενης, στην μείωση των artifacts και στην ζητούμενη κάλυψη των απαιτήσεων πληθυσμιακού ελέγχου-screening.

Η εταιρεία ... αναφέρει πως η γωνία λήψης 50 μοιρών μειώνει την δόση κατά 15%, και υποστηρίζει αυτό μέσω μίας βιβλιογραφικής παραπομπής σε έντυπο της ... με τίτλο «Benefits...». Από την ανάγνωση της σύντομης αναφοράς που παραθέτει το έγγραφο της ... δεν προκύπτει από πουθενά πως αυτό επιτυγχάνεται με την λήψη γωνίας 50 μοιρών αλλά οφείλεται αποκλειστικά στην υιοθέτηση της τεχνικής λήψης που είναι η DBT.

Αναφορικά με την παρουσίαση μίας μελέτης του 2012 όπου αναφέρει πως η δόση κατά την Τομοσύνθεση με συστήματα μαστογραφίας ... είναι μικρότερη συγκριτικά με συστήματα άλλων ανταγωνιστών και έπειτα από διαδικτυακή αναζήτηση της εν λόγω μελέτης, (<https://....com/.../.../.../....pdf>), διαπιστώνεται πως αφορά εξοπλισμό και τεχνολογία του 2012, αναφέρεται δε σε Ευρωπαϊκές οδηγίες διασφάλισης ποιότητας και Διάγνωσης του 2006, επιπλέον στα επιστημονικά συμπεράσματα αυτής δεν υπάρχει αναφορά για υπεροχή κάποιας συγκεκριμένης εταιρείας ή μοντέλου, πόσο μάλλον η γενίκευση που επικαλείται η εταιρεία ... στην προσφυγή της. Οι ερευνητές καταλήγουν αναφέροντας πως η σημασία των δεδομένων δόσης πρέπει να αξιολογείται σε σχέση με την κλινική απόδοση και τον μελλοντικό ρόλο της τεχνικής DBT.

Όλα τα παραπάνω έχουν ήδη κριθεί και από προγενέστερες αποφάσεις της ΑΕΠΠ [...] Παρακαλούμε, κατά την εξέταση του αιτήματος αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων, όπως λάβετε υπόψη σας όλα τα ανωτέρω και το γεγονός ότι η χρηματοδότηση της ανωτέρω προμήθειας θα υλοποιηθεί μέσω

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

προγράμματος ΕΣΠΑ 2014-2020 του ..., όπου τηρούνται αυστηρά χρονικά πλαίσια[...]

14. Επειδή, με το υπόμνημα επί των απόψεων ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι: «1. Επί τη βάση των αιτιάσεων μας και επί του πρώτου λόγου της Προσφυγής μας το Νοσοκομείο στις Απόψεις του ισχυρίζεται ότι, στην υπ' αριθ. .../2021 διακήρυξη του επίδικου διαγωνισμού, έθεσε ως ελάχιστη τιμή του resolution της αποκτηθείσας εικόνας τα 71p/mm προκειμένου το προσφερόμενο σύστημα να έχει την καλύτερη δυνατή διακριτική ικανότητα, το οποίο συνεπάγεται εικόνες υψηλής διακριτικής ικανότητας και δυνατότητα απεικόνισης μικρών όγκων σε αρχικό στάδιο. Προφανώς, όπως προκύπτει και από το περιεχόμενο της προσφυγής μας, δεν προσφύγαμε κατά της συγκεκριμένης τεχνικής προδιαγραφής προκειμένου να αμφισβητήσουμε τις δυνατότητες που μπορεί να συνεπάγεται η τιμή των 71p/mm του resolution της αποκτηθείσας εικόνας από τον ψηφιακό ανιχνευτή. Επομένως, όλη η σχετική ανάλυση που κάνει η αναθέτουσα αρχή στο κείμενο των Απόψεών της, γίνεται εκ του περισσού και άνευ ουσίας. Όπως αναφέρουμε και στην υπό κρίση Προσφυγή μας, προσβάλλουμε την εν λόγω προδιαγραφή για το λόγο ότι αυτή περιορίζει τον κύκλο των υποψήφιων οικονομικών φορέων που μπορούν να καταθέσουν παραδεκτή προσφορά στο διαγωνισμό. Συγκεκριμένα, η εν λόγω προδιαγραφή πλήττει αφόρητα και άνευ ιδιαίτερου επιστημονικού λόγου τον υγιή και αποτελεσματικό ανταγωνισμό που θα πρέπει να διέπει μια διαγωνιστική διαδικασία. Όπως αναφέρουμε και στην προσφυγή μας, την εν λόγω προδιαγραφή πληρούν μόνο δύο εταιρίες. Οι εταιρίες ... και Τον εν λόγω ισχυρισμό μας, μάλιστα, αποδέχεται και η ίδια η αναθέτουσα αρχή, η οποία όμως αναφέρει ότι την τιμή αυτή πληροί και μηχάνημα της εταιρίας ..., χωρίς όμως να κάνει ουδεμία αναφορά σε ποιο μοντέλο της εταιρίας αυτή αναφέρεται ούτε και ποια είναι η τιμή του resolution στο μηχάνημα της Επομένως, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει τελείως αόριστα και άνευ τεκμηρίωσης, ότι υπάρχει και τρίτη εταιρία που πληροί την προδιαγραφή, ο συγκεκριμένος ισχυρισμός της θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος και να μη ληφθεί υπόψη. Εκ των ως άνω συνεπάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή ουδεμία αναφορά έκανε στους ισχυρισμούς μας αναφορικά με τον περιορισμό

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

του ανταγωνισμού εξαιτίας της προσβαλλόμενης αυτής τεχνικής προδιαγραφής, παρά μόνο παρέθεσε ανάλυση σχετικά με τα πλεονεκτήματα της υψηλής τιμής του resolution του ψηφιακού ανιχνευτή. Μάλιστα, παραδέχεται ότι ουσιαστικά μόνο δύο εταιρίες πληρούν τη συγκεκριμένη προδιαγραφή, ενώ η αναφορά για πλήρωση της προδιαγραφής από τρίτη εταιρία είναι αόριστη και ατεκμηρίωτη. Γίνεται αντιληπτό, επομένως, ότι δεδομένου ότι μόνο δύο εταιρίες πληρούν την εν λόγω προδιαγραφή, πλήττεται αφόρητα και παράνομα ο ανταγωνισμός, διότι περιορίζεται σημαντικά ο κύκλος των υποψήφιων οικονομικών φορέων που μπορούν να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό αυτό. 2. Εν συνεχεία, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι όσο μεγαλώνει ο χρόνος εξέτασης τόσο πιο επώδυνη γίνεται η εξέταση, καθότι η συμπίεση κατά τη μαστογραφία δεν είναι εύκολα ανεκτή και επίσης αυξάνεται και η πιθανότητα κίνησης της εξεταζόμενης, γεγονός που οδηγεί σε ψευδοεικόνες (artifacts) στην τομοσύνθεση. Επιπλέον, αναφέρει ότι το μεγαλύτερο εύρος γωνίας λήψης της τομοσύνθεσης, όχι μόνο δεν συνεισφέρει πουθενά, αλλά αντιθέτως συστήματα τομοσύνθεσης με μικρότερες γωνίες σάρωσης παρουσίασαν υψηλότερο ρυθμό αύξησης στην ανιχνευσιμότητα καρκίνων (cancer detection rate). Κατ' αρχήν, οι εν λόγω ισχυρισμοί της αναθέτουσας είναι αβάσιμοι και ανυπόστατοι, καθότι δεν τεκμηριώνονται και δεν αποδεικνύονται με ουδεμία αναφορά σε σχετική μελέτη ή έρευνα. Οι ισχυρισμοί της, επομένως, είναι έωλοι, αναπόδεικτοι, ατεκμηρίωτοι και απορριπτέοι. Αντιθέτως, σε όλους αυτούς τους ισχυρισμούς, στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μας έχουμε ήδη απαντήσει και μάλιστα πλήρως τεκμηριωμένα[...].».

15.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 προβλέπεται 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.

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

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.

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 [...].».

16. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «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 σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: [...] 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, [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.),...».

17. Επειδή το άρθρο 54 του ν. 4412/2016 ορίζει 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

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

σύμβασης και είναι ανάλογα με την αξία και τους σκοπούς της. [...]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 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 προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά.[...]

18. Επειδή στους όρους της διακήρυξης ορίζεται ότι: « [...] Παράρτημα II – ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ της διακήρυξης του διαγωνισμού, και ειδικότερα στην ενότητα με α/α 16 «Σύστημα Απολύμανσης Χώρου», έχουν οριστεί, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα:

«..... 5. Να είναι τροχήλατο, βάρους < 50 κιλά, διαστάσεων το πολύ 90 X 90 X 190 cm (Μ X Π X Υ), έτσι ώστε αφενός να μην καταλαμβάνει μεγάλο

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

αποθηκευτικό χώρο αλλά και να περνά άνετα από τις πόρτες και τα ασανσέρ κατά τη διακίνησή του στα διάφορα τμήματα του Νο-σοκομείου.

... 11. Η αντικατάσταση των λαμπών υπεριώδους ακτινοβολίας να είναι απλή και εύκολη για αυτό να μη είναι πολλές (κάτω από 5 κατά πρότίμηση) για τάχιστα αντικατάστασή τους αλλά και ελαχιστοποίηση του χώρου αποθήκευσης ανταλλακτικής πλήρης συστοιχίας, με δεδομένη την ως άνω αναγραφόμενη αποτελεσματικότητά τους. Να διαθέτουν περίβλημα που να λειτουργούν ως ανακλαστήρες για την καλύτερη κι αποτελεσματικότερη διάχυση της έντασης της ενέργειας που εκπέμπουν και γενικώς να περιγραφεί ο τρόπος με τον οποίο επιτυγχάνε-ται η αποτελεσματική χρήση τους....».

[...]».

19. 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). Επομένως, η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητας των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Παρομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

20.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

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

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.).

21.Επειδή, προς εξασφάλιση της ισότιμης προσβάσεως των οικονομικών φορέων στη διαδικασία συνάψεως συμβάσεως και προκειμένου οι δημόσιες συμβάσεις να είναι ανοιχτές στον ανταγωνισμό, απαγορεύεται, κατ' αρχήν, η θέσπιση προδιαγραφών που περιορίζουν τον κύκλο των διαγωνιζομένων επιχειρήσεων, υπό την έννοια ότι οι τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτές χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου. Δεν αποκλείεται, όμως, ένας τέτοιος περιορισμός, ως εκ των απαιτήσεων συγκεκριμένων προδιαγραφών, αν μόνον αυτές οι συγκεκριμένες προδιαγραφές εξυπηρετούν αποτελεσματικά τις ανάγκες για την κάλυψη των οποίων τίθενται (ΣτΕ 1105/2010, πρβλ. ΣτΕ. 365/2007, Ε.Α. ΣτΕ 267/2008). Επομένως, ο έλεγχος του συννόμου των ελαχίστων τεχνικών προδιαγραφών, θα πρέπει να συνεκτιμά τα ανωτέρω και μάλιστα να λαμβάνει υπόψη με ιδιαίτερη σοβαρότητα την ανά περίπτωση αιτιολογία που η αναθέτουσα παρέχει σχετικά με την καταλληλότητα και εν γένει διευκόλυνση που επιτυγχάνεται

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

από συγκεκριμένους σχετικούς όρους. Τούτο δεν σημαίνει ότι η αναθέτουσα δύναται να αποκλείει τον ανταγωνισμό θεσπίζοντας κατά το δοκούν τεχνικά χαρακτηριστικά ως επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις, αλλά ότι το αναγκαίο αυτών ερμηνεύεται και υπό την οπτική της χρηστικότητας και καταλληλότητας και ούτως η διάκριση μεταξύ επιθυμητού και αναγκαίου αυτονόητα στενεύει. Επειδή, πρέπει να τονισθεί, σχετικώς, ότι τυχόν ταύτιση των πληττόμενων προδιαγραφών με προϊόντα συγκεκριμένης εταιρείας, δεν αρκεί για να θεωρηθεί ότι οι σχετικές τεχνικές προδιαγραφές είναι φωτογραφικές (Ε.Α. ΣΤΕ 1025, 836/2010, 829, 201/2007) Εξάλλου, δεν θεωρούνται ως φωτογραφικές οι τεχνικές προδιαγραφές, στις περιπτώσεις εκείνες που, τελικώς, συμμετέχει στο διαγωνισμό ικανός αριθμός προσφερόντων, γιατί, μετά από μία ευρεία συμμετοχή, σε κάθε περίπτωση, δεν προκύπτει περιορισμός του ανταγωνισμού (ΣΤΕ 214,215/2011).

22. Επειδή, οι κανονιστικές ρυθμίσεις, όπως οι θεσπιζόμενοι με την διακήρυξη διαγωνισμού όροι, δεν χρήζουν, ως εκ της φύσεώς τους, αιτιολογίας (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 918/2003, 876/2004), η Διοίκηση είναι, κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακηρύξεως ως προς τα προς προμήθεια είδη, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη, ενώ θα πρέπει να θεωρείται ότι απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στο διαγωνισμό η σκοπιμότητα της θεσπίσεως επί μέρους όρων και τεχνικών προδιαγραφών (βλ. Επ. Αν. ΣΤΕ 434/2008).

23.Επειδή, ετέρωθεν και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές ελέγχονται από την άποψη της τήρησης της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣΤΕ 189/2015, ΕΑ ΣΤΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.), σε κάθε δε περίπτωση θα πρέπει να εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης και να μην εισάγουν αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, υπό την έννοια ότι οφείλουν να αποφεύγουν διατάξεις που οδηγούν σε τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού μέσω απαιτήσεων που ευνοούν συγκεκριμένο

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

οικονομικό φορέα, μέσω της ενσωμάτωσης σε αυτή χαρακτηριστικών που διακρίνουν συνήθως τα προϊόντα/υπηρεσίες του τελευταίου, ούτε να συνεπάγονται αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕΣ 2402/2010).

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 σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» 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 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

26.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της.2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

27.Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής -λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και, ειδικότερα, η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

28. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

29. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού της προσφυγής αλλά και των ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προσβαλλομένη και τους τιθέμενους όρους της διακήρυξης αυτής, απαιτείται ενδελεχής έρευνα που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

30. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος από τον αποκλεισμό της συμμετοχής του στο διαγωνισμό είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 739/2008, 1087/2006, 822/2005).

31. Επειδή η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια, και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος καθώς και η επικαλούμενη από την αναθέτουσα αρχή αναγκαιότητα να μην απωλέσει την χρηματοδότηση μέσω ΕΣΠΑ, επιτάσσουν εξίσου με την ταχεία διεξαγωγή και την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008).

32. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη. Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τα ανωτέρω, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος,

Αριθμός απόφασης: Α158 /2021

προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι λιγότερες από τα οφέλη σύμφωνα με τα αναφερόμενα ανωτέρω.

33. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της υπό εξέταση προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

34. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

35. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της προσβαλλόμενης απόφασης και λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων του αιτούντος.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό εξέταση προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24 Ιουνίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος
ΜΙΧΑΛΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

Ο Γραμματέας
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ