

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου-Εισηγήτρια και
Μιχαήλ Σειραδάκης Μέλη.

Για να εξετάσει την από 16/4/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
360/17-4-2018 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Κατά της (.....) και των όρων της με αρ. 24/ 2017 διακήρυξης
με την οποία προκηρύχθηκε Διεθνής Δημόσιος Διαγωνισμός για την προμήθεια
υπερηχοτομογράφων για τις ανάγκες των Κέντρων Υγείας στην Περιφέρεια
Δυτικής Μακεδονίας.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να
ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολο της άλλως κατά το μέρος των παράνομων,
κατά τα εκτιθέμενα στη βάση της προσφυγής, όρων αυτής. Ταυτόχρονα
σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα όπως ανασταλεί η διενέργεια του
διαγωνισμού και ιδίως το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών μέχρι την
έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα
Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή η Διοίκηση της (.....) με τη με αρ. 24/ 2017 διακήρυξη προκήρυξε Διεθνή Δημόσιο Διαγωνισμό για την προμήθεια υπερηχοτομογράφων για τις ανάγκες των Κέντρων Υγείας στην Περιφέρεια Δυτικής Μακεδονίας (CPV: 33124120-2) και συγκεκριμένα την προμήθεια δύο (2) υπερηχοτομογράφων γενικής χρήσης για τις ανάγκες των Κέντρων Υγείας Κοζάνης και Γρεβενών και ενός (1) υπερηχοκαρδιογράφου για τις ανάγκες του Κέντρου Υγείας Κοζάνης, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, προϋπολογισμού 129.032,26€ Φ άνευ Φ.Π.Α., με δικαίωμα των διαγωνιζόμενων να υποβάλλουν προσφορά είτε α) για το σύνολο των ειδών είτε β) για ένα ή περισσότερα είδη αλλά για τη συνολική ποσότητα κάθε είδους. Ο εν λόγω διαγωνισμός υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα: ΣΥΣΤΗΜΙΚΟΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΣ 1: «Υπερηχοτομογράφοι γενικής χρήσης», εκτιμώμενης αξίας 110.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 88.709,68€, ΦΠΑ 24%: 21.290,32€) και ΣΥΣΤΗΜΙΚΟΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΣ 2: «Υπερηχοκαρδιογράφος», εκτιμώμενης αξίας 50.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 40.322,58€, ΦΠΑ 24%: 9.677,42€). Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 08/03/2018 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης όπου έλαβε Συστημικό αριθμό 2018/S 049-109284 και δημοσιεύτηκε στις 10/03/2018, αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων / ΚΗΜΔΗΣ στις 22/3/2018 λαμβάνοντας ΑΔΑΜ και αυθημερόν καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε Συστημικούς Αριθμούς: και Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 23/04/2018 και ώρα 23:59 μμ. και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών η 30.04.2018, ημέρα Δευτέρα και ώρα 10:00 πμ. Η προσφεύγουσα δεν υπέβαλλε προσφορά στον ανωτέρω διαγωνισμό.

Αριθμός Απόφασης : Α198/2018

2. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή της, η οποία κατετέθη την 16/4/2018 στους διαδικτυακούς τόπους του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) με αριθμό συστήματος και, η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά των όρων της με αρ. 24/ 2017 διακήρυξης με την οποία προκηρύχθηκε Διεθνής Δημόσιος Διαγωνισμός για την προμήθεια υπερηχοτομογράφων για τις ανάγκες των Κέντρων Υγείας στην Περιφέρεια Δυτικής Μακεδονίας και συγκεκριμένα για την προμήθεια 2 «Υπερηχοτομογράφων γενικής χρήσης» αριθμό συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ , και 1 «Υπερηχοκαρδιογράφου» (Υπερηχοτομογράφου καρδιολογικής χρήσης), και αριθμό συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ

3. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 ποσού εξακοσίων είκοσι πέντε ευρώ και εικοσι λεπτών (645,20 €) (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 200683163958 0611 0049, αποδεικτικό τραπεζικής συναλλαγής της CITI BANK για την πληρωμή του εν λόγω παραβόλου την 16/4/2018, εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»)

4. Επειδή η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

6. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει,

εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

8. Επειδή η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή η προσφεύγουσα άσκησε την προδικαστική προσφυγή της κατά του όρου 2.1.4 σελίδα 14 της διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι ο όρος με τον οποίο ζητείται *«τα ενημερωτικά και τεχνικά φυλλάδια και άλλα έντυπα - εταιρικά ή μη -με ειδικό τεχνικό περιεχόμενο μπορούν να υποβάλλονται στην Αγγλική γλώσσα (και απαραίτητα θα συνοδεύονται από μετάφραση στην ελληνική)»* είναι αυθαίρετος καθώς η μετάφραση των τεχνικών φυλλαδίων δεν προβλέπεται από το άρθρο 80 παρ. 10 του ν. 4412/2016. Επιπλέον στρέφεται κατά των τεχνικών προδιαγραφών τόσο για την ενότητα 1 που αφορά στον υπερηχοτομογράφο γενικής χρήσης όσο και για την ενότητα 2 που αφορά στον υπερηχοτομογράφο καρδιολογικής χρήσης. Ειδικότερα στρέφεται κατά των προδιαγραφών που απαιτούνται για τον υπό προμήθεια υπερηχοτομογράφο γενικής χρήσης, α) *«ΚΛΙΝΙΚΕΣ ΕΦΑΡΜΟΓΕΣ : «Εφαρμογές για Καρδιολογία (διαϋωρακικές και διοισοφάγειες εφαρμογές)» και ΤΥΠΟΙ ΗΧΟΒΟΛΩΝ ΚΕΦΑΛΩΝ «Ηχοβόλο κεφαλή πραγματικού χρόνου διοισοφάγειος : από 3 MHz έως 7 MHz.»*, ισχυριζόμενη ότι *«Η ως άνω προδιαγραφή με την οποία απαιτείται το σύστημα να εκτελεί και διοισοφάγειες εξετάσεις, αφενός μεν θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στο άνοιγμα των δημοσίων συμβάσεων στον ανταγωνισμό, αφετέρου δε η αναγκαιότητα της δεν τεκμηριώνεται για το συγκεκριμένο σύστημα ΓΕΝΙΚΗΣ (όχι δηλαδή καρδιολογικής) ΧΡΗΣΗΣ. Οι εφαρμογές αυτές αναφέρονται σε εξειδικευμένα καρδιολογικά συστήματα και η χρήση των κεφαλών αυτών περιορίζεται για την κάλυψη ενός πολύ μικρού ποσοστού καρδιολογικών εξετάσεων από εξειδικευμένους χειριστές σε μεγάλα διαγνωστικά κέντρα. Εξάλλου δεν ζητείται στην βασική σύνθεση ανάλογη κεφαλή και δεν θα μπορούν να εκτελεστούν τέτοιες εξετάσεις. Η εταιρεία μας, αλλά σχεδόν και το σύνολο των υπολοίπων κατασκευαστικών οίκων διαθέτουν ποικιλία καρδιολογικών ηχοβόλων κεφαλών για το ζητούμενο σύστημα. Η αδικαιολόγητη όμως απαίτηση*

της προδιαγραφής για δυνατότητα εξειδικευμένων διοισοφαγείων εξετάσεων στο μέλλον, αποκλείει την συμμετοχή της εταιρείας μας, και περιορίζει τον ανταγωνισμό, χωρίς καμία ουσιαστική κλινική αξία για το σκοπό για τον οποίο προορίζεται το μηχάνημα.[...]], β) «Βάθος σάρωσης: ≥ 38 cm» ισχυριζόμενη ότι «Με την αριθμητική τιμή 38cm που έχει τεθεί στην προδιαγραφή περιορίζεται σημαντικά ο αριθμός, των ούτως ή άλλως λίγων, κατασκευαστικών οίκων (και προϊόντων) που μπορούν να καλύψουν το σύνολο των τεχνικών προδιαγραφών, αποκλείοντας αδικαιολόγητα την δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό εν δυνάμει διαγωνιζομένων, που διαθέτουν μηχανήματα υπερηχοτομογραφίας με βάθος σάρωσης περίπου 33 cm. Η διαφορά αυτή δεν επηρεάζει σε καμία περίπτωση την κλινική αξία και την αποτελεσματικότητα του συστήματος. Η απαίτηση αυτή δεν έχει κλινική-πρακτική σημασία, ούτε εισφέρει κάποιο πλεονέκτημα στην εξέταση Αντιθέτως ένα βάθος σάρωσης της τάξεως των 33 cm που διατίθεται από την εταιρεία μας, καθώς και από τους περισσότερους κατασκευαστικούς οίκους, είναι επαρκές για την κάλυψη των αναγκών οιοδήποτε Νοσοκομείου. Εξάλλου τα 38 cm είναι ένα εξαιρετικά μεγάλο βάθος σάρωσης, το οποίο δεν έχει ιδιαίτερη εφαρμογή κατά την καθημερινή κλινική χρήση. [...] είναι αυθαίρετη, χωρίς να δικαιολογείται από τα σύγχρονα τεχνολογικά δεδομένα, ούτε να αιτιολογείται ειδικά από την αναθέτουσα αρχή η ανάγκη και η σημασία της.» Επιπλέον, στρέφεται κατά των προδιαγραφών που απαιτούνται για τον υπό προμήθεια υπερηχοτομογράφο καρδιολογικής χρήσης, α) «2. Κεφαλή Phased array μονού κρυστάλλου ή pure wave ή άλλης σύγχρονης τεχνολογίας, ευρέως φάσματος συχνοτήτων (1-4 MHz) κατάλληλη για καρδιολογικές και διακρανιακές εξετάσεις» ισχυριζόμενη ότι «Με την αριθμητική τιμή 1 MHz που έχει τεθεί στην προδιαγραφή περιορίζεται σημαντικά ο αριθμός, των ούτως ή άλλως λίγων, κατασκευαστικών οίκων (και προϊόντων) που μπορούν να καλύψουν το σύνολο των τεχνικών προδιαγραφών του διαγωνισμού, αποκλείοντας αδικαιολόγητα τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό εν δυνάμει διαγωνιζομένων, συμπεριλαμβανομένης της εταιρείας μας που διαθέτει αριθμητική τιμή κάτω εύρους συχνοτήτων 1,5 MHz[...] . Προκειμένου η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή να επιτρέψει και διασφαλίσει

την ευρύτερη δυνατή συμμετοχή στο διαγωνισμό, να μην ευνοεί συγκεκριμένα ιατρικά μηχανήματα ή προϊόντα και να είναι σύμφωνη με το CE MARK του προϊόντος της εταιρείας μας, ώστε να μην εμποδίζεται η κυκλοφορία του, πρέπει να τροποποιηθεί και να μειωθεί στα 1,5 MHz», .β) «3. Σταθμός αρχειοθέτησης Επεξεργασίας ποσοτικοποίησης των εξετάσεων» Ισχυριζόμενη ότι «η διατύπωση της προδιαγραφής είναι ασαφής και αόριστη, αφού δεν προσδιορίζεται τι πρέπει να περιλαμβάνει ο σταθμός αυτός. Ιδίως δεν προσδιορίζεται αν πρέπει να περιλαμβάνει Ηλεκτρονικό Υπολογιστή, ποιες οι προδιαγραφές αυτού και ποιο το λογισμικό του. Για την αποφυγή σύγχυσης, τόσο κατά την σύνταξη των προσφορών, όσο και κατά την αξιολόγηση (τεχνική και οικονομική) και τη διασφάλιση δημιουργίας ισοδύναμων συνθέσεων, θα πρέπει στην τεχνική προδιαγραφή να προσδιορίζονται επακριβώς οι προδιαγραφές του απαιτούμενου Hardware και Software. Σε αντίθετη περίπτωση ενδέχεται να προσφερθούν από συστήματα με λογισμικό εξωτερικού σταθμού εργασίας (χωρίς υπολογιστή), μέχρι συστήματα μόνο με υπολογιστή ή ακόμα και συστήματα μόνο με ενσωματωμένο σταθμό.», γ) «Ηχοβόλες κεφαλές ευρέως φάσματος συχνοτήτων, με μεγάλο συνολικά εύρος : από 1 MHz έως 18 MHz τουλάχιστον. Να προσφερθούν προς επιλογή αναλυτικά όλες οι διαθέσιμες κεφαλές ανά κατηγορία» ισχυριζόμενη ότι «Το ζητούμενο κάτω όριο του εύρους συχνοτήτων των ηχοβολων κεφαλών του 1 MHz προφανώς δεν αναφέρεται σε θεμελιώδη (κεντρική συχνότητα), αλλά σε μέρος φάσματος του συνολικού φάσματος συχνοτήτων των ηχοβολων κεφαλών (αναφερόμαστε σε όσα ανωτέρω σημειώνουμε για την απαίτηση αυτή σε προηγούμενη παράγραφο).Επίσης η αριθμητική τιμή των 18 MHz στο ανώτερο φάσμα συχνοτήτων δεν έχει εφαρμογή σε μηχανήματα που προορίζεται για καρδιολογική χρήση, δεδομένου ότι ακόμη κι αν ζητείτο αγγειολογική κεφαλή το φάσμα συχνοτήτων δεν θα υπερέβαινε τα 12 MHz[...].Με την αριθμητική τιμή 18 MHz που έχει τεθεί στην προδιαγραφή περιορίζεται σημαντικά ο αριθμός, των ούτως ή άλλως λίγων, κατασκευαστικών οίκων (και προϊόντων) που μπορούν να καλύψουν το σύνολο των τεχνικών προδιαγραφών, αποκλείοντας αδικαιολόγητα την δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό εν δυνάμει διαγωνιζομένων, με

μηχανήματα που διαθέτουν αριθμητική τιμή άνω εύρους συχνοτήτων στις linear κεφαλές 12 MHz [...]Επίσης δεδομένου ότι ο διαγωνισμός διενεργείται με βαθμολογία της τεχνικής προσφοράς, δεν πρέπει να τίθεται στις προδιαγραφές μια ακραία αριθμητική τιμή, αλλά μια συνήθης τιμή που να διαθέτουν τα περισσότερα συστήματα και η τυχόν καλύτερη επίδοση να λαμβάνει καλύτερη βαθμολογία.[...] Προκειμένου η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή να επιτρέψει και διασφαλίσει την ευρύτερη δυνατή συμμετοχή στο διαγωνισμό, να μην ευνοεί συγκεκριμένα ιατρικά μηχανήματα ή προϊόντα και να είναι σύμφωνη με το CE MARK του προϊόντος της εταιρείας μας, ώστε να μην εμποδίζεται η κυκλοφορία του, πρέπει να τροποποιηθεί και να μειωθεί στα 12 MHz», δ) «Ηχοβόλος κεφαλή Sector Phased Array: από 1 MHz έως 8 MHz, Ηχοβόλος κεφαλή Linear Array : από 3 MHz έως 18 MHz, Ηχοβόλος κεφαλή Convex : από 1,0 MHz έως 9 MHz» ισχυριζόμενη ότι «Η διατύπωση της τεχνικής προδιαγραφής είναι ασαφής και προκαλεί σύγχυση, δεδομένου ότι στην πλειοψηφία των συστημάτων υπερηχοτομογραφίας τα ζητούμενα εύρη συχνοτήτων καλύπτονται όχι από μία Ηχοβόλο κεφαλή (όπως ίσως εκ παραδρομής ζητείται), αλλά από σύνολο κεφαλών. Επίσης το ζητούμενο κάτω όριο του εύρους συχνοτήτων των ηχοβόλων κεφαλών του 1 MHz προφανώς δεν αναφέρεται σε θεμελιώδη (κεντρική συχνότητα), αλλά σε μέρος φάσματος του συνολικού φάσματος συχνοτήτων των ηχοβόλων κεφαλών, όπως αναφέρουμε και σε προηγούμενη παράγραφο.Επίσης το ανώτερο άνω φάσμα συχνοτήτων των 18 MHz δεν έχει εφαρμογή σε μηχάνημα που προορίζεται για καρδιολογική χρήση, δεδομένου ότι ακόμη κι αν ζητείτο αγγειολογική κεφαλή το φάσμα συχνοτήτων δεν θα υπερέβαινε τα 12 MHz. Ηχοβόλες κεφαλές με εύρος συχνοτήτων άνω των 12 MHz χρησιμοποιούνται για απεικόνιση μαστού, επιφανειακών δομών μυοσκελετικού. Εξάλλου οι ηχοβόλες κεφαλές linear που αγγίζουν υψηλό φάσμα συχνοτήτων έως 18 MHz δεν αποτελούν ζητούμενο της βασικής σύνθεσης του συστήματος, το οποίο αποτελεί σύστημα υπερηχοκαρδιογραφίας. Προς αποφυγή επαναλήψεως αναφερόμαστε στις προηγούμενες παραγράφους, στις οποίες λεπτομερώς αναφερόμαστε στους λόγους ακύρωσης των συγκεκριμένων προδιαγραφών.», ε) «Άλλες ηχοβόλες κεφαλές, Biplane Διορθικές, 4D κοιιλιάς,

Αριθμός Απόφασης : Α198/2018

4D ενδοκολπικές, διεγχειριστικές, λαπαροσκοπικές» ισχυριζόμενη ότι «Οι ζητούμενες στην συγκεκριμένη προδιαγραφή ηχοβόλες κεφαλές δεν έχουν καμία απολύτως σχέση με τον σκοπό για τον οποίο προορίζεται το μηχάνημα, «Υπερηχοκαρδιογράφος για το Κ.Υ.Κοζάνης» όπως ορίζεται στη σελίδα 5 της διακήρυξης. Οι ζητούμενες ηχοβόλες κεφαλές Biplane διορθικές είναι για εξετάσεις προσάτη, οι 4D κοιλιάς και 4D ενδοκολπικές είναι για μαιευτικά και γυναικολογικά περιστατικά και οι διεγχειριστικές, λαπαροσκοπικές κεφαλές είναι αποκλειστικά για χρήση σε αποστειρωμένο περιβάλλον οργανωμένου χειρουργείου μεγάλου Νοσοκομείου και δεν έχουν καμία χρήση σε Κέντρο Υγείας και ιδιαίτερα σε καρδιολογικό τμήμα. Με την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή περιορίζεται σημαντικά ο αριθμός, των ούτως ή άλλως λίγων, κατασκευαστικών οίκων (και προϊόντων) που μπορούν να καλύψουν το σύνολο των τεχνικών προδιαγραφών του διαγωνισμού, αποκλείοντας αδικαιολόγητα την δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό εν δυνάμει διαγωνιζομένων. Εξάλλου, στον ίδιο διαγωνισμό περιγράφεται και ζητείται και έτερο σύστημα υπερηχοτομογράφου γενικής χρήσης για το ίδιο Κέντρο Υγείας Κοζάνης. Κατά τα ανωτέρω, προκειμένου να διασφαλιστεί η ευρύτερη δυνατή συμμετοχή στο διαγωνισμό και να μην ευνοούνται συγκεκριμένα ιατρικά μηχανήματα ή προϊόντα η τεχνική προδιαγραφή πρέπει να ακυρωθεί αφού το συγκεκριμένο σύστημα (Υπερηχοκαρδιογράφος) προορίζεται για καρδιολογική χρήση», στ) Ρυθμός ανανέωσης εικόνας (frame rate) : ≥ 1.500 f/s, ισχυριζόμενη ότι «Με την αριθμητική τιμή ≥ 1.500 f/s, που έχει τεθεί στην προδιαγραφή περιορίζεται σημαντικά ο αριθμός, των ούτως ή άλλως λίγων, κατασκευαστικών οίκων (και προϊόντων) που μπορούν να καλύψουν το σύνολο των τεχνικών προδιαγραφών, αποκλείοντας αδικαιολόγητα τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό εν δυνάμει διαγωνιζομένων, με μηχανήματα που διαθέτουν αριθμητική τιμή ρυθμού ανανέωσης εικόνας ≥ 1.000 f/s. Δεδομένου ότι ο διαγωνισμός διενεργείται με βαθμολογία της τεχνικής προσφοράς, δεν πρέπει να τίθεται στις προδιαγραφές μια ακραία αριθμητική τιμή, αλλά μια συνήθης τιμή που να διαθέτουν τα περισσότερα συστήματα και η τυχόν καλύτερη επίδοση να λαμβάνει καλύτερη βαθμολογία. Επιπλέον η αριθμητική τιμή ≥ 1.500 f/s είναι

Αριθμός Απόφασης : Α198/2018

αυθαίρετη και δεν στηρίζεται σε διεθνή πρότυπα ή σε τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης. Μάλιστα η αναθέτουσα αρχή δεν δικαιολογεί γιατί θέτει αυτή την υψηλή αριθμητική τιμή στη συγκεκριμένη προδιαγραφή και τι σκοπό εξυπηρετεί. Προκειμένου η συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή να επιτρέψει και διασφαλίσει την ευρύτερη δυνατή συμμετοχή στο διαγωνισμό, να μην ευνοεί συγκεκριμένα ιατρικά μηχανήματα ή προϊόντα και να είναι σύμφωνη με το CE MARK του προϊόντος της εταιρείας μας, ώστε να μην εμποδίζεται η κυκλοφορία του, πρέπει να τροποποιηθεί και να μειωθεί στα ≥ 1.000 f/s εφόσον δεν προσδιορίζεται σε ποιο βάθος, γωνία σάρωσης, συχνότητα επιτυγχάνεται», ζ) «Βάθος σάρωσης: ≥ 38 cm» ισχυριζόμενη τους ίδιους λόγους με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής στην ενότητα 1 «Βάθος σάρωσης: ≥ 38 cm», ως ανωτέρω ετέθη υπό στοιχείο β), η) «Κονσόλα χειρισμού με δυνατότητα αυξομείωσης ύψους, περιστροφής και ενσωματωμένη οθόνη αφής» ισχυριζόμενη ότι «Οι καρδιολογικές εξετάσεις γίνονται σε σταθερό ύψος - εξεταστικό κρεβάτι - και η αυξομείωση και η περιστροφή του ύψους της κονσόλας χειρισμού δεν προσδίδει κάποια ιδιαίτερη κλινική αξία στο υπό προμήθεια είδος, αλλά μόνο περιορίζει το εύρος των προϊόντων που μπορούν να συμμετέχουν στο διαγωνισμό. Η δυνατότητα αυτή δεν επηρεάζει την κλινική απόδοση του συστήματος, καθώς κάθε χαρακτηριστικό θα πρέπει να αξιολογείται σε συνδυασμό με τα υπόλοιπα χαρακτηριστικά του συστήματος. Επίσης δεδομένου ότι ο διαγωνισμός διενεργείται με βαθμολογία της τεχνικής προσφοράς, δεν πρέπει η συγκεκριμένη δυνατότητα να τεθεί στις προδιαγραφές ως λόγος απόρριψης, αλλά μόνο ως βαθμολογούμενο κριτήριο. Μάλιστα η αναθέτουσα αρχή δεν δικαιολογεί γιατί θέτει αυτή την συγκεκριμένη δυνατότητα και τι σκοπό εξυπηρετεί.», θ) «Άλλες εφαρμογές & σύγχρονες τεχνολογίες όπως 3D/4D : Να προσφερθούν προς επιλογή όλες οι διαθέσιμες εφαρμογές & σύγχρονες τεχνολογίες» ισχυριζόμενη ότι «Η ανωτέρω τεχνική προδιαγραφή για τεχνολογία 3D/4D, θα είχε κλινική χρησιμότητα μόνο αν συνοδευόταν από διευκρίνιση ότι αφορά εξετάσεις καρδιολογικές, διαθωρικές ή διοισοφάγειες. Σε αντίθετη περίπτωση αποτελεί τεχνολογία που χρησιμοποιείται για μαιευτική/ γυναικολογία, δεν έχει καμία

εφαρμογή για τον σκοπό για τον οποίο προορίζεται το μηχάνημα, περιορίζει σημαντικά τον ανταγωνισμό και δεν επιτρέπει στην εταιρεία μας την συμμετοχή στο διαγωνισμό, με καταξιωμένο σύστημα υπερηχοκαρδιογραφίας. Είναι, λοιπόν, εμφανές πως αυτή η τεχνική προδιαγραφή είναι αυθαίρετη, χωρίς να δικαιολογείται από τα σύγχρονα τεχνολογικά δεδομένα, ούτε να αιτιολογείται ειδικά από την αναθέτουσα αρχή η ανάγκη και η σημασία των συγκεκριμένων τεχνικών χαρακτηριστικών, αποκλείει ωστόσο τη συμμετοχή στο διαγωνισμό καταξιωμένων συστημάτων υπερηχοκαρδιογραφίας και για αυτό το λόγο πρέπει να ακυρωθεί. Με την προδιαγραφή αυτή περιορίζεται σημαντικά ο αριθμός, των ούτως ή άλλως λίγων, κατασκευαστικών οίκων (και προϊόντων) που μπορούν να λάβουν μέρος στον διαγωνισμό και για αυτό το λόγο πρέπει να ακυρωθεί.», 1) «Λογισμικό Strain Ελαστογραφίας καθώς και λογισμικό μετρήσεων αυτής : Να προσφερθεί προς επιλογή» ισχυριζόμενη ότι «Η τεχνική της ελαστογραφίας αφορά αποκλειστικά εφαρμογές ήπατος, μαστού ή άλλων ενδοκοιλιακών και επιφανειακών οργάνων και ουδεμία σχέση έχει με το μηχάνημα του διαγωνισμού (Υπερηχοτομογράφος καρδιολογικής χρήσης). Είναι, λοιπόν, εμφανές πως αυτή η τεχνική προδιαγραφή είναι αυθαίρετη, χωρίς να δικαιολογείται από το είδος του μηχανήματος που ζητείται, ούτε αιτιολογείται ειδικά από την αναθέτουσα αρχή η ανάγκη και η σημασία των συγκεκριμένων τεχνικών χαρακτηριστικών. Η δυνατότητα αυτή περιορίζει τον ανταγωνισμό, αποκλείει τη συμμετοχή στο διαγωνισμό καταξιωμένων συστημάτων υπερηχοκαρδιογραφίας και για αυτό το λόγο πρέπει να ακυρωθεί», 1α) «σταθμό εργασίας με αντίστοιχο λογισμικό για την αποστολή, επεξεργασία, Ποσοτικοποίηση και αποθήκευση των εικόνων: Να προσφερθεί στην βασική σύνθεση και να αναλυθούν όλες οι δυνατότητες που περιλαμβάνει καθώς και οι δυνατότητες αναβάθμισης.» ισχυριζόμενη τους ίδιους λόγους με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής στην ενότητα 2, ως ανωτέρω ετέθη υπό στοιχείο β) «3. Σταθμός αρχειοθέτησης Επεξεργασίας ποσοτικοποίησης των εξετάσεων».

10. Επειδή η Προσφεύγουσα μετά ταύτα αιτείται να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και ειδικότερα η αναστολή της

αποσφράγισης των φακέλων με τα οικονομικά στοιχεία των προσφορών έως την έκδοση απόφασης επί της ασκηθείσας προσφυγής.

11. 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».

12. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «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 απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να 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 μη 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 δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

Αριθμός Απόφασης : Α198/2018

13. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

14. 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»*.

15. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των 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.

16. Επειδή προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι σωρευτικά α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του 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 εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

17. Επειδή, κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων του άρθρου 346 και 360 του ν. 4412/2016, το θεσπιζόμενο με αυτές σύστημα προσωρινής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι ανωτέρω συμβάσεις από βλάβη την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν, εξ αιτίας πιθανολογούμενης παραβάσεως, εκ μέρους της Διοικήσεως, των κανόνων οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου της μελλούσης να συναφθεί συμβάσεως, καθώς και τα κριτήρια βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο ανάδοχος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση συμβάσεως ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της σχετικής διακηρύξεως, πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί βλάβη από όρο της διακηρύξεως, ο οποίος παραβιάζει, κατ'αυτόν, τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, την διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια. (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 612/2012, 1025/2010, 1354/2009). Εξ άλλου, εάν η ταχθείσα με την διακήρυξη προθεσμία προς κατάθεση της προσφοράς έχει λήξει προτού εκδικασθεί η προδικαστική προσφυγή και ο προσφεύγων δεν έχει λάβει μέρος στον διαγωνισμό με επιφύλαξη, το έννομο συμφέρον του προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της διακηρύξεως διατηρείται μόνον εφ' όσον προβάλλει ότι η διακήρυξη περιλαμβάνει όρο, ο οποίος αποκλείει παρανόμως, κατ' αυτόν, την συμμετοχή του στον διαγωνισμό (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 405/2009, 715,2006, 508/2006, 269/2006, 799/2005), ή ότι την εκ μέρους του υποβολή προσφοράς κατέστησαν ανέφικτη ή ουσιωδώς δυσχερή ορισμένες προσβαλλόμενες με την προδικαστική προσφυγή πλημμέλειες της διακηρύξεως (πρβλ. Ε.Α. ΣτΕ 16, 9/2015, 415/2014, 314/2013. 616, 472, 434/2012, 182/2011, 405/2009, 1141/2008, 1023/2007, 340/2006, 269/2006, 237/2006 βλ. και C 230/2002 της 12 Φεβρουαρίου 2004, Grossmann Air Service κατά Δημοκρατίας της Αυστρίας).

18. Επειδή σε κάθε περίπτωση, ανεξαρτήτως προβολής 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), ήτοι στην περίπτωση της προσφυγής με την κατάθεσή της εφόσον δεν προβλέπεται από τον Ν. 4412/2016 και το οικείο κανονιστικό πλαίσιο (ΠΔ 39/2017) η συμπλήρωση της προσφυγής με υποβολή υπομνήματος.

19. Επειδή το έννομο συμφέρον του οικονομικού φορέα, που προσφεύγει ενώπιον της ΑΕΠΠ εξειδικεύεται αυθεντικά και αποκλειστικά από τον ίδιο, εξετάζεται δε από την τελευταία ως προς την νομιμότητά του, την απόδειξή του και τα ιδιαίτερα χαρακτηριστικά του που επιβάλλουν την έννομη προστασία του, δεν είναι ανταγωνιστικό του δημοσίου συμφέροντος, δεν είναι αποδοκιμαστέο ως ιδιοτελής (πρβλ. Δημήτριος Θ. Πυργάκης, «Το έννομο συμφέρον στη δίκη ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας», Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 17).

20. Επειδή, ως έχει παγίως κριθεί ο περιορισμός των προσώπων που δύνανται να προσφύγουν κατά μιας κανονιστικής πράξης, υπό την έννοια της θεμελίωσης του εννόμου συμφέροντος είναι θεμιτός και επιβεβλημένος, μη προσκρούων στο άρθρο 6 της ΕΣΔΑ καθόσον συνάδει στην εξασφάλιση αποτελεσματικής έννομης προστασίας κατά το προδικαστικό στάδιο, αποτρέποντας την έναρξη προπετών διαδικασιών, με παρελκυστικά κίνητρα που παρεμποδίζουν την υγιή ανταγωνισμό και την ανάπτυξη.

21. Επειδή, ως έγινε δεκτό στην σκέψη 1 της παρούσας, η προσφεύγουσα δεν υπέβαλλε προσφορά στον επίμαχο διαγωνισμό για καμία ενότητα, όπως προκύπτει από τους ηλεκτρονικούς με α/α συστήματος

Αριθμός Απόφασης : Α198/2018

Ε.Σ.Η.Δ.Η 55900 και 55901, τόπους του διαγωνισμού, παρά το γεγονός ότι η σχετική προθεσμία έληξε την 23/4/2018 και ώρα 23.59 μ.μ.

22. Επειδή, με τα ανωτέρω δεδομένα και με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 17 έως 20, η προσφεύγουσα ασκεί την κρινόμενη, προεχόντως, άνευ εννόμου συμφέροντος. Και τούτο διότι, ενώ δεν μετέσχε στον επίδικο διαγωνισμό, δεν προέβαλε με την προδικαστική προσφυγή της συγκεκριμένα παράπονα κατά των προσβληθέντων όρων της διακηρύξεως, παρά μόνον αρκείται στην γενική και αόριστο αναφορά της αντιθέσεως των όρων αυτών προς το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο και παραπονεείται για την κατ'αυτήν παράλειψη της διακηρύξεως προς θέσπιση όρων και συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών που αυτή επιθυμεί, κατά τις επαγγελματικές ανάγκες, να προδιαγράψει (ΕΑ ΣτΕ 866/2010, 577/2008, 1317/2007, 201/2007, 1274/2006, 1076, 977/2006), αμφισβητώντας απαραδέκτως τη σκοπιμότητα της θέσπισης επί μέρους συγκεκριμένων προδιαγραφών (ΕΑ. Ε.Α. 354/2014, 1140/2010 Ε.Α. 3719/2011, 1140/2010, 1354, 670/2009, 438/2008, 977/2006, 876/2004βλ κ.ά.). Εξάλλου, από το περιεχόμενο της προσφυγής της και των πληττομένων από την προσφεύγουσα όρων, ανεξαρτήτως της νομιμότητάς τους, δεν φαίνεται να είναι τέτοιας φύσεως, που να αποκλείουν τη συμμετοχή της προσφεύγουσας στον επίδικο διαγωνισμό, έστω υπό επιφύλαξη.

23. Επειδή υπό τις ανωτέρω, περιστάσεις, η προσφεύγουσα δεν επικαλείται βλάβη λόγω αδυναμίας συμμετοχής της στον επίδικο διαγωνισμό και, πάντως, δεν προβάλλει, ούτε άλλωστε πιθανολογείται, ότι ο τρόπος με τον οποίο προκηρύχθηκε ο επίδικος διαγωνισμός την εμπόδιζε να υποβάλει την προσφορά της, διατυπώνοντας σχετική επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητα της διακήρυξης.

24. Επειδή, πιθανολογείται η απόρριψη της υπό κρίση Προσφυγής ως προδήλως απαράδεκτης λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος.

25. Επειδή, προϋπόθεση που πρέπει να πληρούται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής και τον ορισμό προσωρινών μέτρων αποτελεί το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής (σκέψη 16), όρος που δεν πληρούται εν προκειμένω.

Αριθμός Απόφασης : Α198/2018

26. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτεται το αίτημα αναστολής της Προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....».

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 26 Απριλίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Ανθούλα Νικολαΐδου