

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ
ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Αυγούστου 2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Ελισσάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει τα αιτήματα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνονται:

α) στην από 13.08.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1016/13.08.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης [εφεξής πρώτη προσφεύγουσα] και

β) στην από 14.08.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1034/16.08.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης [εφεξής δεύτερη προσφεύγουσα].

Κατά του ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ΗΛΕΙΑΣ – ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗ ΜΟΝΑΔΑ ΠΥΡΓΟΥ [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Με τις ως άνω Προδικαστικές Προσφυγές οι προσφεύγουσες επιδιώκουν όπως ακυρωθεί το Απόσπασμα Πρακτικού της 26ης/02.08.2019

Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. 8303/11.04.2019 Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Προμήθεια Βιοϊατρικού Εξοπλισμού Γενικού Νοσοκομείου Ηλείας – Νοσηλευτικής Μονάδας Πύργου», μέσω του Ε.Π. «Δυτική Ελλάδα» του ΕΣΠΑ 2014-2020 (Κωδικός NUTS EL633). Ειδικότερα, κάθε μία προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά της ανταγωνίστριας εταιρείας για το Τμήμα 3. Με τα αιτήματα αναστολής οι προσφεύγουσες επιδιώκουν την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας για το Τμήμα 3 μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί των Προσφυγών.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 8303/11.04.2019 Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός Διαγωνισμός άνω των ορίων, με αντικείμενο την «Προμήθεια Βιοϊατρικού Εξοπλισμού Γενικού Νοσοκομείου Ηλείας – Νοσηλευτικής Μονάδας Πύργου», συνολικού προϋπολογισμού 410.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής ανά είδος. Η εν λόγω Διακήρυξη, η οποία περιλαμβάνει 8 Τμήματα, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 12.04.2019 με ΑΔΑΜ:19PROC004788863 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Α/Α 72875, 72878, 72879, 72880, 72881, 72882, 72883 και 72884. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 20.05.2019 και ώρα 15.00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 27.05.2019 και ώρα 11 π.μ.. Για το Τμήμα 3 (Αναπνευστήρες – CPV 33157400-9), για το οποίο ασκήθηκαν οι υπό κρίση Προσφυγές, υπέβαλαν προσφορά μόνο οι δύο προσφεύγουσες. Το Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής με το Απόσπασμα Πρακτικού της 26ης/02.08.2019 Συνεδρίασης ενέκρινε το υπ' αριθμ. 16.731/02.08.2019 Πρακτικό της Επιτροπής και έκρινε αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές προσφορές και των δύο συμμετεχουσών εταιρειών.

3. Επειδή, για την άσκηση των ανωτέρω Προδικαστικών Προσφυγών προκύπτει πως έχουν προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, τα ηλεκτρονικά παράβολα υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικούς: α) 291179936959 1007 0082, ποσού ευρώ εξακοσίων (€600,00) από την πρώτη προσφεύγουσα και β) 291367714959 1008 0096, ποσού ευρώ εξακοσίων (€600,00) από τη δεύτερη προσφεύγουσα, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1-2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1-2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 410.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α΄ 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά την 26.06.2017.

5. Επειδή, οι Προδικαστικές Προσφυγές έχουν ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκαν εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στις προσφεύγουσες, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 05.08.2019.

6. Επειδή, οι προσφεύγουσες θεμελιώνουν, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση των υπό κρίση Προσφυγών με, περαιτέρω, αιτήματα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς δραστηριοποιούνται στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση προμήθειας και έχουν υποβάλει προσφορά, με αποτέλεσμα κάθε μία εξ αυτών να υφίσταται βλάβη από την αποδοχή της προσφοράς της ανταγωνίστριας εταιρείας, η οποία κατά τους ισχυρισμούς της παραβιάζει όρους της Διακήρυξης και έπρεπε να έχει απορριφθεί.

7. Επειδή, επομένως, οι υπό κρίση Προδικαστικές Προσφυγές μετά των σχετικών ως άνω αιτημάτων για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρονται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» για το Τμήμα 3 (Αναπνευστήρες), καθώς παραβιάζει όρους της Διακήρυξης, χωρίς η προσβαλλόμενη απόφαση να αιτιολογεί επαρκώς την κρίση της, παραβιάζοντας έτσι την αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και την αρχή της νομιμότητας. Πιο συγκεκριμένα, η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της ανταγωνίστριας εταιρείας δεν πληροί την τεχνική προδιαγραφή με αριθμό 15, η οποία απαιτούσε το προσφερόμενο είδος να διαθέτει « *συναγερμούς (Alarms) για τις παρακάτω τουλάχιστον περιπτώσεις:*

- *Υψηλή και χαμηλή πίεση αερισμού*
- *Άπνοια*
- *Χαμηλό και υψηλό εκπνεόμενο όγκο ανά λεπτό και όγκο αναπνοής (TV)*
- *Χαμηλή και υψηλή συγκέντρωση εισπνεόμενου οξυγόνου*
- *Υψηλή και χαμηλή αναπνευστική συχνότητα*
- *Πτώση τροφοδοσίας στο κεντρικό δίκτυο αέρα- οξυγόνου*
- *Χαμηλό επίπεδο φόρτισης μπαταρίας*
- *Βλάβη συσκευής».*

Η πρώτη προσφεύγουσα αναφέρει ειδικότερα τα εξής: «[...] Η συμμετέχουσα εταιρεία «.....» απαντάει θετικά στο κατατιθέμενο φύλλο συμμόρφωσης της - δηλώνοντας μάλιστα ότι συμμορφώνεται πλήρως - ότι διαθέτει συναγερμό χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας (βλέπετε συνημμένο 1), ωστόσο από τα σημεία των παραπομπών της δεν προκύπτει αυτή η αντιστοιχία. Συγκεκριμένα, στην παραπομπή στο Document 1 σελ. 6 (βλέπετε συνημμένο 2], ενώ σε όλους τους ρυθμιζόμενους συναγερμούς έχει ένδειξη High / Low, στον συναγερμό συχνότητας αναπνοών RR έχει μόνο την ένδειξη High. Επίσης στην σελίδα 233

του εγχειριδίου χρήσης αναφέρεται ότι διαθέτει συναγερμό «Respiratory rate high» υψηλής αναπνευστικής συχνότητας, αλλά σε κανένα σημείο δεν αναφέρεται η ένδειξη «Respiratory rate low» δηλαδή «χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας» (βλέπετε συνημμένο 3). Το γεγονός ότι δεν διατίθεται συναγερμός για χαμηλή αναπνευστική συχνότητα επιρρωνύεται σαφώς από την ίδια την κατασκευάστρια του προσφερόμενου αναπνευστήρα εταιρεία, αφού στην από 8/5/19 βεβαίωση κατασκευαστή στην οποία παραπέμπει η εταιρία (βλέπετε συνημμένο 4) αναφέρει τα κάτωθι: Care System Workstation Critical Care V500 ventilator, has a direct alarm for high Respiratory Rate (RR) and through Apnea time alarm and respiration Rate (RR) setting it also sounds an alarm for low respiratory rate cases. Μετάφραση: Ο αναπνευστήρας Infinity Acute Care System Workstation Critical Care V500, διαθέτει απευθείας συναγερμό για την υψηλή αναπνευστική συχνότητα (RR) και μέσω του συναγερμού χρόνου άπνοιας και της ρύθμισης αναπνευστικής συχνότητας (RR) ηχεί επίσης ένας συναγερμός για τις περιπτώσεις χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας. Αφενός δηλαδή βεβαιώνεται ότι διαθέτει απευθείας συναγερμό για την υψηλή αναπνευστική συχνότητα και μόνο, ενώ αντίθετα, για τη χαμηλή αναπνευστική συχνότητα δεν διαθέτει απευθείας συναγερμό αλλά μέσω του συναγερμού χρόνου άπνοιας χρησιμοποιείται αυτός ο συναγερμός για περιπτώσεις χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας. Αφετέρου φυσικά - όπως ομολογείται από τη συμμετέχουσα - δεν υπάρχει κανένας απευθείας συναγερμός χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας, όπως ζητείται, αλλά αυτό που περιγράφει είναι ότι κάποιες φορές μπορεί να θεωρηθεί ως τέτοιος ο αερισμός άπνοιας. Όμως οι τεχνικές προδιαγραφές απαιτούν ρητώς και κατηγορηματικούς να διαθέτει ξεχωριστό συναγερμό για άπνοια έτσι κι αλλιώς. Υπογραμμίζουμε ότι άλλο φαινόμενο είναι η άπνοια - για την οποία ούτως ή άλλως ζητείται συναγερμός - και άλλο φαινόμενο η χαμηλή αναπνευστική συχνότητα για την οποία επίσης ζητείται συναγερμός. Η περιγραφή της εταιρείας για τον τρόπο με τον οποίο κατά τη δική της άποψη επιτυγχάνει έμμεσο συναγερμό για τις περιπτώσεις χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας μέσω του ίδιου συναγερμού που είναι αφιερωμένος

στην άπνοια, ουδεμία σχέση έχει με ρύθμιση συναγερμού χαμηλής συχνότητας, απλώς είναι ένα «αφήγημα» για να δικαιολογήσει την αδυναμία ευθείας θετικής απάντησης - πλήρωσης μιας ζητούμενης προδιαγραφής. Μολονότι δε ο υποτιθέμενος τρόπος ρύθμισης μέσω του χρόνου άπνοιας και της ρύθμισης της αναπνευστικής συχνότητας RR, ως παράμετρος αερισμού και όχι ως παράμετρος συναγερμού, δεν παρατίθεται από την εταιρεία μας προς απόδειξη μη πλήρωσης της προδιαγραφής η οποία είναι απόλυτη και ούτως ή άλλως δεν πληρούται από την συμμετέχουσα, γεγονός που έδει να έχει οδηγήσει σε απόρριψη της προσφοράς της, πιστεύουμε ότι ακόμη κι έτσι απαντώντας η συμμετέχουσα εταιρεία προκειμένου να καλύψει την πλημμέλεια της, είναι τουλάχιστον ατυχές να ισχυρίζεται κάποιος ότι ο χρήστης θα ρυθμίζει τους συναγερμούς με αυτόν τον τρόπο. Η ρύθμιση των συναγερμών πρέπει να είναι άμεση σε απόλυτο αριθμό ρύθμισης (5, 7, 10 αναπνοές) και η απεικόνιση τους επίσης ξεκάθαρη με συγκεκριμένο μήνυμα για την κατάσταση που πρέπει να αντιμετωπίσει ο χρήστης. Δηλαδή εάν ηχήσει ένας συναγερμός «Άπνοιας» ο οποίος αφορά παύση αναπνοής από τον ασθενή (κατάσταση η οποία μπορεί να οδηγήσει σε πολύ δυσάρεστα αποτελέσματα για την υγεία του ασθενούς), είναι αδύνατο να ξεχωρίσει ο ιατρός εάν ο ασθενής παύει να αναπνέει (οπότε έχουμε το φαινόμενο της άπνοιας) ή αν αναπνέει σε χαμηλούς ρυθμούς (οπότε έχουμε το φαινόμενο της χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας). Η Μονάδα Εντατικής Θεραπείας είναι ένας χώρος όπου και η παραμικρή λεπτομέρεια παίζει σημαντικό ρόλο για την αποκατάσταση ή επιδείνωση της υγείας του ασθενή οπότε και η σωστή παρακολούθηση του είναι ύψιστης σημασίας, για αυτό τον λόγο αοριστίες και ασάφειες δεν επιτρέπονται. Σε αντίθετη περίπτωση θα προέκυπτε ευλόγως το ερώτημα για ποιόν λόγο δεν υιοθετεί ο κατασκευαστής παρόμοιο τρόπο για την περίπτωση ρύθμισης της υψηλής αναπνευστικής συχνότητας, αφού ο έμμεσος τρόπος που προτείνει για συναγερμό σε περιπτώσεις χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας είναι δήθεν τόσο αποτελεσματικός. Σε κάθε περίπτωση υπενθυμίζουμε ότι η διατύπωση της τεχνικής προδιαγραφής αρχίζει με την φράση «Να διαθέτει συναγερμούς (Alarms) για τις παρακάτω τουλάχιστον περιπτώσεις» που υποδηλώνει

σαφήνεια και ακρίβεια των ζητούμενων δυνατοτήτων/περιπτώσεων, οπότε ζητείται να υπάρχει απευθείας αυτόνομος συναγερμός για κάθε χωριστή περίπτωση. Σε διαφορετική περίπτωση θα είχε τον όρο «ή αντίστοιχους» αφήνοντας το περιθώριο για εναλλακτικές προσεγγίσεις. Όμως ο συντάκτης των τεχνικών προδιαγραφών χρησιμοποίησε γλώσσα σαφή και απόλυτη επί σκοπώ τα μηνύματα συναγερμών που θα ηχούν να δίνουν άμεση και ξεκάθαρη εικόνα στον θεράποντα ιατρό και όχι συγκεχυμένη. Διαφορετικά, με την υποθετική ερμηνεία της συμμετέχουσας ότι οι περιπτώσεις χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας εντάσσονται στις περιπτώσεις άπνοιας, δεν θα απαιτείτο να ζητείται να διατίθεται χωριστός συναγερμός για άπνοια και χωριστός συναγερμός για χαμηλή αναπνευστική συχνότητα, όπερ είναι το ζητούμενο της προδιαγραφής. Συμπερασματικά, από τον αναπνευστήρα V500 δεν πρόκειται ποτέ να δοθεί συναγερμός «χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας» οποιοσδήποτε και να είναι οι ρυθμίσεις που προτείνει η εταιρία Η απάντηση επομένως περί τεκμηρίωσης/πλήρωσης της προδιαγραφής που παρέχει η συμμετέχουσα είναι ελλιπής και ατεκμηρίωτη, η δε προδιαγραφή δεν πληρούται εφόσον προφανέστατα δεν διατίθεται στον προσφερόμενο από την εταιρία αναπνευστήρα συναγερμός χαμηλής αναπνευστικής συχνότητας. Λαμβάνοντας υπόψη τα προαναφερόμενα, προκύπτει ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης έσφαλε θεωρώντας ότι η προσφορά της πληροί τη συγκεκριμένη προδιαγραφή και έγινε αποδεκτή η προσφορά της, βαθμολογήθηκε δε με 103 βαθμούς στο κριτήριο Κ1 Τεκμηριωμένη κάλυψη απαιτήσεων Διακήρυξης και συμφωνία της προσφοράς με ουσιώδη τεχνικά χαρακτηριστικά της Διακήρυξης για το σύνολο των μερών που απαρτίζουν το προσφερόμενο είδος, όπως καθορίζεται στον πίνακα των απαιτούμενων προδιαγραφών, μολονότι η προσφορά της δεν πληροί την εν λόγω προδιαγραφή και προκρίθηκε να συμμετέχει στο επόμενο στάδιο της οικονομικής αξιολόγησης. Συμπερασματικά, η προσφορά της συμμετέχουσας είναι απορριπτέα σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών της διακήρυξης, όπου ορίζεται μεταξύ λοιπών ότι: “2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών. 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". Επισημαίνεται ότι για την παραπάνω αναλυτικά εκτεθείσα πλημμέλεια της προσφοράς της συμμετέχουσας εταιρείας δεν δύναται να γίνει επίκληση στην ευχέρεια του άρθρου 102 του Ν.4412/2016 προς συμπλήρωση μέσω νομίμων διευκρινήσεων, καθότι περαιτέρω, ως έχει κριθεί νομολογιακά βάσει και της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της υποχρέωσης διαφάνειας, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεση της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG 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) [...].».

9. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» για το Τμήμα 3 (Αναπνευστήρες), καθώς δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές με αριθμούς 17 και 5. Η δεύτερη προσφεύγουσα αναφέρει ειδικότερα τα εξής: «1ος ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Η υπ' αριθ. 136002/17-5-2019 ηλεκτρονική προσφορά της εταιρείας «.....» δεν πληροί τις προϋποθέσεις της υπ' αριθ. 17 τεχνικής προδιαγραφής της παρ. 3 του Παραρτήματος II της υπ' αριθ. 8303/11-4-2019 Διακήρυξης (Τεχνικές Προδιαγραφές Αναπνευστήρων). Δυνάμει της υπ' αριθ. 17 τεχνικής προδιαγραφής της παρ. 3 του Παραρτήματος II, το οποίο φέρει τον τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές Αναπνευστήρων» και αποτελεί ουσιώδες μέρος της εν λόγω διακήρυξης απαιτείται «Η βαθμονόμηση των αισθητήρων να εκτελείται αυτόματα, χωρίς να διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός. Θα εκτιμηθεί αν για την αλλαγή των αισθητήρων ροής δεν απαιτείται διακοπή του μηχανικού αερισμού» (σχετ. 2, σελ. 58). Πρόκειται για τεχνική προδιαγραφή, η οποία αποτελεί ουσιώδη ιδιότητα, την οποία απαιτείται να έχουν οι αναπνευστήρες που θα προμηθευτεί η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τον όρο αυτό της διακήρυξης

(ΕΣΗΔΗΣ 72879). Ωστόσο, η υπ' αριθ. 136002 ηλεκτρονική προσφορά της εταιρείας «.....» δεν πληροί την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή, με αποτέλεσμα η προσβαλλομένη να τυγχάνει ακυρωτέα ως προς το μέρος αυτό της αποδοχής της συμμετοχής της άνω εταιρείας στην περαιτέρω διαδικασία κατακύρωσης της προμήθειας του υλικού αυτού. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από την Απάντηση-Τεκμηρίωση του «Πίνακα ΣΙ: Φύλλο Συμμόρφωσης Τεχνικών Προδιαγραφών» (σχετ. 5, σελ. 12, α.α. 17) της ηλεκτρονικής, τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «.....» και ειδικότερα από την παραπομπή αυτής στο αντίστοιχο -μοναδικό- αποδεικτικό έγγραφο για την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή, ήτοι το «Τεχνικό Πιστοποιητικό» (σχετ. 6), η απαιτούμενη τεχνική προδιαγραφή δεν πληρούται. Τούτο, καθώς η εταιρεία αναφέρει μεν ότι «η βαθμονόμηση των αισθητήρων εκτελείται αυτόματα, χωρίς να διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός αφού πραγματοποιείται πριν την σύνδεση του ασθενούς στον αναπνευστήρα και το ίδιο ισχύει και για την αντικατάσταση του», ωστόσο αυτό ουδόλως αποδεικνύεται από το «Τεχνικό Πιστοποιητικό» που επικαλείται και προσκομίζει και το οποίο έχει επί λέξει ως εξής: «• Sensors calibration are performed automatically without interrupting mechanical ventilation. Calibration is done before the patient is connected to the ventilator and the same is valid for replacing them". Δηλαδή στα Ελληνικά: «Η βαθμονόμηση των αισθητήρων εκτελείται αυτόματα χωρίς να διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός. Η βαθμονόμηση γίνεται πριν ο ασθενής συνδεθεί στον αναπνευστήρα και το ίδιο ισχύει και για την αντικατάστασή του». Τούτο, σημαίνει, ότι η εταιρεία «.....» προσφέρει υλικό (αναπνευστήρες), οι οποίοι φέρουν αισθητήρες, η βαθμονόμηση των οποίων εκτελείται μεν αυτόματα, αλλά τούτο συμβαίνει μόνο κατά το χρονικό διάστημα προ της σύνδεσης του ασθενούς στον αναπνευστήρα και όχι κατά τη διάρκεια του μηχανικού αερισμού, όπως ρητώς ζητείται από την απαιτούμενη προδιαγραφή 17. Καμία μνεία, αναφορά, διαβεβαίωση ή αποδεικτική ισχύς δεν αποδίδεται σε αυτούς για το χρονικό διάστημα μετά τη σύνδεση του ασθενούς με τον αναπνευστήρα, καθώς, όλως καταφανώς, η απαιτούμενη υπ' αριθ. 17 τεχνική προδιαγραφή δεν υποστηρίζεται από το υλικό της εταιρείας. Συνεπώς, ο προσφερόμενος

εξοπλισμός της εταιρείας ουδόλως ανταποκρίνεται στην απαιτούμενη υπ7 αριθ. 17 τεχνική προδιαγραφή αναπνευστήρων, καθώς ρητά απαιτείται η βαθμονόμηση των αισθητήρων να εκτελείται αυτόματα, χωρίς να διακόπτεται ο μηχανικός αερισμός, ήτοι μετά τη σύνδεση του ασθενούς με τον αναπνευστήρα. Προς, περαιτέρω, επίρρωση των ανωτέρω, στο ήδη υποβληθέν από την εταιρεία «.....» υλικό τεκμηρίωσης και συγκεκριμένα στο Φυλλάδιο 3 αυτού που αποτελεί το εγχειρίδιο χρήσης του αναπνευστήρα, υφίσταται πίνακας με περιπτώσεις όπως αυτές των «Alarm» ήτοι «Συναγερμός», με τα αντίστοιχα «Definition» ήτοι «Ορισμός» και «Action needed» ήτοι «Ενέργειες που απαιτούνται». Από τον έλεγχο αυτού διαπιστώνεται πως σε πολλές περιπτώσεις απαιτείται η βαθμονόμηση των αισθητήρων ροής και O₂, ενώ ο ασθενής είναι σε μηχανικό αερισμό ως μνεία στις «Ενέργειες που απαιτούνται» (σχετ. 7, σελ. 191,195,198 και 199). Ενδεικτικά: α) σε περιπτώσεις αποσύνδεσης ή παρεμπόδισης των σωληνώσεων του αισθητήρα ροής, ενεργοποιείται συναγερμός "Check flow sensor tubing" με «Ενέργειες που απαιτούνται» την σύνδεση νέου αισθητήρα και βαθμονόμηση του. β) σε περιπτώσεις απώλειας των σωστών δεδομένων βαθμονόμησης του αισθητήρα ροής, ενεργοποιείται συναγερμός "Flow sensor calibration needed" με «Ενέργειες που απαιτούνται» την βαθμονόμηση του αισθητήρα ροής. γ) σε περιπτώσεις που οι μετρήσεις του αισθητήρα οξυγόνου δεν είναι οι αναμενόμενες, ενεργοποιείται συναγερμός "O₂ sensor calibration needed" με «Ενέργειες που απαιτούνται» την βαθμονόμηση του αισθητήρα οξυγόνου. Σε όλες αυτές τις περιπτώσεις ο χειριστής θα πρέπει το συντομότερο δυνατό να εκτελέσει βαθμονόμηση των αισθητήρων, αποσυνδέοντας τον ασθενή, κάτι που φυσικά συνεπάγεται τον τερματισμό του μηχανικού αερισμού του ασθενούς, καθώς οι αισθητήρες του αναπνευστήρα (όπως δηλώνει στην απάντηση-τεκμηρίωσή της η εταιρεία «.....» στο φύλλο συμμόρφωσής της (σχετ. 5, σελ.12, α.α. 17)), αλλά και όπως περιγράφεται στο «Τεχνικό Πιστοποιητικό» (σχετ. 6) που επικαλείται και προσκομίζει, βαθμονομούνται αυτόματα μόνο πριν την σύνδεση του ασθενούς και όχι σε άλλη πιθανή περίπτωση, όπως αυτή της εν εξελίξει σύνδεσής του, όπως απαιτείται από την

συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή). Συνεπώς, κατά να ανωτέρω προκύπτει σαφώς και πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η προσβαλλομένη σφάλει ως προς την αποδοχή της συμμετοχής της εταιρείας «.....», καθώς η προφορά της δεν πληροί την υπ' αριθ. 17 τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης και εξ' αυτού του λόγου τυγχάνει ακυρωτέα. 2ος ΛΟΓΟΣ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ: Η υπ' αριθ. 136002/17-5-2019 ηλεκτρονική προσφορά της εταιρείας «.....» δεν πληροί τις προϋποθέσεις της υπ' αριθ. 5 τεχνικής προδιαγραφής της παρ. 3 του Παραρτήματος II της υπ' αριθ. 8303/11-4-2019 Διακήρυξης (Τεχνικές Προδιαγραφές Αναπνευστήρων). Δυνάμει της υπ' αριθ. 5 τεχνικής προδιαγραφής της παρ. 3 του Παραρτήματος II, το οποίο φέρει τον τίτλο « Τεχνικές Προδιαγραφές Αναπνευστήρων» και αποτελεί ουσιώδες μέρος της εν λόγω διακήρυξης απαιτείται, μεταξύ άλλων τύπων αερισμού, ο αναπνευστήρας να εκτελεί απαραίτητως και τον παρακάτω τύπο αερισμού: «Αερισμό αναλογικής υποστήριξης πίεσης (Proportional). Σε περίπτωση που απαιτείται ειδικό αναλώσιμο, να προσφερθεί με τουλάχιστον 20 (είκοσι) τεμάχια από το εν λόγω αναλώσιμο» (σχετ. 2, σελ. 57). Πρόκειται για τεχνική προδιαγραφή, η οποία αποτελεί ουσιώδη ιδιότητα, την οποία απαιτείται να έχουν οι αναπνευστήρες που θα προμηθευτεί η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τον όρο αυτό της διακήρυξης (ΕΣΗΔΗΣ 72879). Ωστόσο, η υπ' αριθ. 136002 ηλεκτρονική προσφορά της εταιρείας «.....» δεν πληροί την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή, με αποτέλεσμα η προσβαλλομένη να τυγχάνει ακυρωτέα ως προς το μέρος αυτό της αποδοχής της συμμετοχής της άνω εταιρείας στην περαιτέρω διαδικασία κατακύρωσης της προμήθειας του υλικού αυτού. Ειδικότερα, όπως προκύπτει από την Απάντηση-Τεκμηρίωση του «Πίνακα ΣΙ: Φύλλο Συμμόρφωσης Τεχνικών Προδιαγραφών» της ηλεκτρονικής, τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «.....» και ειδικότερα από την παραπομπή αυτής στα αντίστοιχα αποδεικτικά έγγραφα για την εν λόγω τεχνική προδιαγραφή, η απαιτούμενη τεχνική προδιαγραφή δεν πληρούται. Τούτο, καθώς η εταιρεία αναφέρει ότι ο αναπνευστήρας, ήτοι το μοντέλο που προσφέρει για την εν λόγω διακήρυξη, διαθέτει Αερισμό προσαρμοζόμενης υποστήριξης ASV «ο οποίος μεταξύ πολλών άλλων περιλαμβάνει και αναλογική υποστήριξη πίεσης σύμφωνα

με τις ανάγκες του ασθενούς (παράμετροί μηχανικής των πνευμόνων & δραστηριότητα ασθενούς), χωρίς να απαιτείται κανένα ειδικό αναλώσιμο» (σχετ. 5, σελ. 5, α.α.5 τελευταία περίπτωση). Όμως, από το σύνολο των παραπομπών της εταιρείας στο ίδιο φυλλάδιο συμμόρφωσής της και προς απόδειξη της απαιτούμενης κατά το τμήμα της υπ' αριθ. 5 τεχνικής προδιαγραφής που αναφέρεται -αναλυτικά και- επί λέξει ως άνω, αλλά και στη διακήρυξη, περίπτωσης τύπου αερισμού, διαπιστώνεται ότι στην περίπτωση του λογισμικού ASV, αυτού δηλαδή που διαθέτει το μοντέλο αναπνευστήρα που προσφέρει η εταιρεία «.....», ο ιατρός θέτει τον στόχο για τον όγκο ανά λεπτό και ο αναπνευστήρας καθορίζει τον συνδυασμό του ζωτικού όγκου και του ρυθμού των αναπνοών σύμφωνα με την μηχανική του αναπνευστικού του ασθενούς (σχετ. 8, σελ. 5). Δηλαδή, το λογισμικό ASV καθορίζει τον ρυθμό των αναπνοών παρέχοντας στον ασθενή είτε αερισμό ελεγχόμενης πίεσης με στόχο τον όγκο σε παθητικούς ασθενείς (ασθενείς χωρίς αναπνευστικές προσπάθειες) ή παρέχει αερισμό πίεσης υποστήριξης και πάλι με στόχο τον όγκο σε ενεργούς ασθενείς (ασθενείς με αναπνευστικές προσπάθειες). Συμπερασματικά, το λογισμικό (ASV), που προσφέρει η ως άνω εταιρεία παρέχει προσαρμοζόμενη υποστήριξη πίεσης μόνο με στόχο τον όγκο. Ο τύπος αερισμού (ASV), πρόκειται, συνεπώς και εν τοις πράγμασι, για έναν τύπο αερισμού με στόχο τον όγκο και όχι με στόχο την πίεση όπως απαιτεί η υπ' αριθ. 5 τεχνικής προδιαγραφής της παρ. 3 του Παραρτήματος II «Αερισμό αναλογικής υποστήριξης πίεσης (Proportional)». Αξίζει μάλιστα να σημειωθεί ότι, τύπο αερισμού υποστήριξης πίεσης με στόχο τον όγκο. όπως το ASV, που προσφέρει η εταιρεία «.....» απαιτεί αυτοτελώς, ως διαφορετικό τύπο αερισμού, η υπ' αριθ. 5 τεχνική προδιαγραφή στην υποπερίπτωση 5. όπου περιγράφεται ως εξής: «Αερισμός συνεχούς θετικής πίεσης με ή χωρίς υποστήριξη όγκου (CPAP/VS)» (σχετ. 2, σελ. 57, α.α. 5, υποπερίπτωση 5). Συνεπώς, κατά να ανωτέρω προκύπτει σαφώς και πέραν πάσης αμφιβολίας ότι η προσβαλλομένη σφάλει ως προς την αποδοχή της συμμετοχής της εταιρείας «.....», καθώς η προφορά της δεν πληροί την υπ' αριθ. 5 τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης ως προς τον τύπο αερισμού με την περιγραφή «Αερισμό αναλογικής υποστήριξης πίεσης (Proportional). Σε

περίπτωση που απαιτείται ειδικό αναλώσιμο, να προσφερθεί με τουλάχιστον 20 (είκοσι) τεμάχια από το εν λόγω αναλώσιμο» και εξ' αυτού του λόγου τυγχάνει ακυρωτέα».

10. 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».

11. 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».

12. Επειδή, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, 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.

13. 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. Ωστόσο, δε 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 την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

14. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

15. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών των προσφευγουσών κατά της προσβαλλόμενης πράξης, απαιτείται ενδελεχής εξέταση των σχηματισθέντων φακέλων σε

σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία καθώς και, ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων.

16. Επειδή, α) οι υπό κρίση Προσφυγές δεν παρίστανται προδήλως अपαράδεκτες, β) πιθανολογείται βλάβη των προσφευγουσών από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεδομένου μάλιστα ότι το κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής ανά είδος, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας των Προσφυγών χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, τα κρινόμενα αιτήματα αναστολής πρέπει να γίνουν δεκτά, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων των προσφευγουσών.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τα αιτήματα παροχής προσωρινής προστασίας των προσφευγουσών.

Αναστέλλει τη διαγωνιστική διαδικασία για το Τμήμα 3 (Αναπνευστήρες) έως την έκδοση κύριας απόφασης της ΑΕΠΠ επί των Προδικαστικών Προσφυγών.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22.08.2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κουρή Σταυρούλα

Τσουλούφα Αργυρώ