

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.01.2021 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 240/01.02.2021 της εταιρίας με την επωνυμία « \*\*\* \*\*\* », νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του \*\*\* και της απόφασης που εκδόθηκε κατά την 1<sup>η</sup>/14.01.2021 τακτική συνεδρίαση του Δ.Σ. του Νοσοκομείου περί αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, με την Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν αφενός μεν απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της, αφετέρου δε έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης « \*\*\* \*\*\* \*\*\* » όπως και την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της οικείας Προσφυγής.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμόν \*\*\* Διακήρυξη προκηρύχθηκε από το \*\*\* ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την προμήθεια \*\*\* , με κριτήριο

## Αριθμός Απόφασης : Α 26 / 2021

ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής και συνολικό προϋπολογισμό 116.935,48€ χωρίς ΦΠΑ. Η Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 04.09.2020 και την ίδια ημερομηνία αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ με Α/Α Συστήματος : \*\*\* . Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η Παρασκευή 29/9/2020, ώρα 15.00 και ως ημερομηνία Διενέργειας η 6/10/2020, ώρα:10:00. Στο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα εταιρία « \*\*\* \*\*\* » και η εταιρία « \*\*\* \*\*\* \*\*\* ». Κατόπιν αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων, με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας και έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρίας « \*\*\* \*\*\* \*\*\* », η οποία βαθμολογήθηκε περαιτέρω.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό \*\*\*, ποσού 600,00 ευρώ.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 116.935,48 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, κατ'εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017, καθότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 20.01.2021, οπότε και

έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό, και η υπόψη Προσφυγή ασκήθηκε στις 29.01.2021, ήτοι εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου 10ήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή ασκείται με έννομο συμφέρον από την προσφεύγουσα εταιρία διότι με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της ενώ έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας « \*\*\* \*\*\* \*\*\* », απομειώνοντας την προσδοκία της προσφεύγουσας να συνεχίσει στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας και εν τέλει να αναλάβει την εκτέλεση της σύμβασης

7. Επειδή, με την Προσφυγή της, η προσφεύγουσα υποστηρίζει αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς της πρώτον ότι με τον όρο α/α 17 της διακήρυξης ζητούμενο είναι η εκπαίδευση των τεχνικών του νοσοκομείου στον κατασκευαστικό Οίκο (δύο οι συμβαλλόμενοι, νοσοκομείο και προμηθευτής). Την απαίτηση αυτή αποδέχεται πλήρως με την προσφορά της η προσφεύγουσα. Επομένως, κατά την προσφεύγουσα, δεν απαιτείτο καμία επιπλέον τεκμηρίωση. Εξ' άλλου και η ανταγωνίστρια εταιρία \*\*\* δεν παρέχει καμία επιπλέον τεκμηρίωση, αλλά παραπέμπει σε δικό της κείμενο (ανάλογο του οποίου έχουμε επισυνάψει και εμείς) και όχι σε κείμενο κάποιου τρίτου ή τέλος πάντων σε κάποιο έγγραφο με ιδιαίτερη βαρύτητα. Περαιτέρω, αναφορικά με τον 2<sup>ο</sup> λόγο απόρριψης της προσφοράς της, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι στο ISO 13485 που προσκομίζει αναγράφεται «Εισαγωγή, Εμπόριο, Διακίνηση και Τεχνική Υποστήριξη Μηχανημάτων Νοσοκομειακού Εξοπλισμού και των Αναλωσίμων αυτών». Ο όρος τεχνική υποστήριξη είναι αυτονόητο ότι συμπεριλαμβάνει την εγκατάσταση. Επιπλέον, στο όρο α/α 20 αναγράφονται τα εξής : «Η κατασκευάστρια εταιρία και ο προμηθευτής να διαθέτουν και EN ISO 13845:03 με πεδία πιστοποίησης τη διακίνηση και την τεχνική υποστήριξη των ιατροτεχνολογικών προϊόντων». Επίσης, επισυνάπτει την από 27/1/2021 βεβαίωση της TUV με την οποία βεβαιώνει ότι το πιστοποιητικό της καλύπτει

και την δραστηριότητα της εγκατάστασης, η οποία σε κάθε περίπτωση ενυπάρχει στην τεχνική υποστήριξη. Σε κάθε δε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή όφειλε να την καλέσει για διευκρινίσεις κατ' άρθρο 102 ν 4412/2016 και σύμφωνα με τον αντίστοιχο όρο στην σελ. 30 της διακήρυξης και όχι να αποκλείσει την προσφορά της. Ακόμη, αναφορικά με τον 3<sup>ο</sup> λόγο απόρριψης της προσφοράς της, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι προσκόμισε τα πρωτόκολλα παραλαβής, τα οποία είχαν συνταχθεί και έχει εις χείρας της καθ' όσον τα νοσοκομεία δεν συνέταξαν άλλα, τα οποία και επισύναψε. Ομοίως, η έτερη διαγωνιζόμενη \*\*\* προσκόμισε μόνο το ένα (1) πρωτόκολλο ποιοτικής παραλαβής (τα υπόλοιπα δεν είναι ποιοτικής και όχι τρία (3) που ζητούσε η διακήρυξη. Για τον ίδιο λόγο δηλαδή η προσφεύγουσα απερρίφθη ενώ η \*\*\* έγινε αποδεκτή, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης. Τέλος, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι ανεξαρτήτως της βασιμότητας των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που απορρίπτει την τεχνική προσφορά της, καθίσταται ακυρωτέα και λόγω του ότι παραβιάζει ευθέως την αρχή της αναλογικότητας αλλά και τη ρητή διάταξη της παραγράφου 5 του άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Αναφορικά με την αποδοχή της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας, η προσφεύγουσα υποστηρίζει, κατά τα αναλυτικώς εκτεθέντα στην προσφυγή της, ότι η δήλωση της εταιρίας « \*\*\* » ότι : «Το σύστημα είναι τεχνολογίας υπεροξειδίου του υδρογόνου H<sub>2</sub>O<sub>2</sub> χαμηλής θερμοκρασίας (δεν υπερβαίνει τους 55°C) κατάλληλο για την αποστείρωση θερμοευαίσθητων υλικών-εργαλείων» δεν καλύπτει τον όρο 1 κατά τον οποίο απαιτείται : «Το σύστημα να είναι τεχνολογίας πλάσματος με υπεροξείδιο του υδρογόνου (H<sub>2</sub>O<sub>2</sub>) χαμηλής θερμοκρασίας κατάλληλο για την αποστείρωση θερμοευαίσθητων υλικών». Επίσης, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι είναι σκοπίμως εσφαλμένη και ασαφής η απάντησή της στον όρο α/α 2 των τεχνικών προδιαγραφών. Συγκεκριμένα, δηλώνει ότι ο ωφέλιμος όγκος του θαλάμου είναι 82 λίτρα και παραπέμπει στην σελ.3 του Τεχνικού Φυλλαδίου Νο 1, όπου δεν αναφέρεται ο όγκος του θαλάμου, αποκρύπτοντας την σελ.5 του ίδιου

## Αριθμός Απόφασης : A 26 / 2021

φυλλαδίου όπου αναγράφονται οι πραγματικές διαστάσεις του θαλάμου που είναι: 450 χ 825 χ 220mm = 81,675 λίτρα. Όπως συμβαίνει με όλους τους θαλάμους κλιβάνων, οι ωφέλιμες διαστάσεις (που είναι και το ζητούμενο) είναι σαφώς μικρότερες από τις γεωμετρικές. Επομένως, η απάντηση της \*\*\* \*\* είναι ασαφής, παραπλανητική και ενδεχομένως υποκρύπτει απόκλιση από την απαίτηση να έχει ο θάλαμος ωφέλιμο όγκο 70 λίτρων τουλάχιστον. Ακόμη, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσφορά της \*\*\* \*\* πρέπει να απορριφθεί λόγω απόκλισής της από τον όρο α/α 23 των τεχνικών προδιαγραφών. Συγκεκριμένα με τον όρο αυτό το νοσοκομείο απαιτεί από τους προσφέροντες να καταθέσουν «πρωτόκολλα ποιοτικής παραλαβής από τουλάχιστον 3 νοσοκομεία στην Ελλάδα, εκτός αν η προσφερόμενη τεχνολογία είναι νέα στην εγχώρια αγορά» Η \*\*\* \*\* κατέθεσε μόνο ένα (1) πρωτόκολλο ποιοτικής παραλαβής και επομένως μη νομίμως έγινε αποδεκτή. Το δεύτερο που υπέβαλε δεν είναι ποιοτικής παραλαβής και τα δυο δε φέρουν ημερομηνίες παράδοσης τον 2<sup>ο</sup> και τον 11<sup>ο</sup> του 2019 και επομένως σε κάθε περίπτωση δεν μπορεί ούτε να θεωρηθεί το προϊόν της ως νέας τεχνολογίας και να εξαιρεθεί της υποχρέωσης προσκόμισης τριών πρωτοκόλλων. Τέλος, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης της αποκλίνει από το όρο α/α 19 των τεχνικών προδιαγραφών, ο οποίος απαιτεί « Το σύστημα να ελέγχεται και να πιστοποιείται για την ορθή λειτουργία του κάθε χρόνο. Να περιγραφεί η διαδικασία για την ετήσια πιστοποίηση κατά ISO 14937 προς αξιολόγηση» . Η \*\*\* \*\* απαντά ότι μπορεί να καλύψει την απαίτηση αλλά παραπέμπει στο Πρωτόκολλο Πιστοποίησης Απόδοσης και στο Πρωτόκολλο Πιστοποίησης Λειτουργίας, τα οποία δεν αναγράφουν πουθενά ότι συμμορφώνονται με το ISO 14937. Επομένως δεν τεκμηριώνουν τα δηλούμενα από την \*\*\* \*\* και δεδομένου ότι όλοι οι όροι των προδιαγραφών είναι απαραίτατοι, αποτελούν λόγο απόρριψης.

8. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. 2638/05.02.2021 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής, υποστηρίζοντας, κατά τα αναλυτικώς εκτεθέντα σε αυτήν, ότι η Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της ως αβάσιμη και περαιτέρω υποστηρίζοντας ειδικά ως προς το αίτημα αναστολής τα εξής : «1. Το αίτημα για λήψη προσωρινών μέτρων θα πρέπει να απορριφθεί, διότι η αιτούσα αορίστως επικαλείται βλάβη, χωρίς να προσδιορίζει το είδος της βλάβης που υπέστη και χωρίς να τεκμηριώνει και να αιτιολογεί αυτή. Αρκείται σε μία γενική αναφορά « ...Επειδή η βλάβη και η ζημιά μας είναι προφανής και πρόδηλη διότι μη νομίμως απερρίφθη η τεχνική προσφορά μας και μη νομίμως έγινε τεχνικά αποδεκτή η προσφορά της \*\*\*.....» επαναλαμβάνοντας ότι υπέστη βλάβη λόγω απόρριψης της προσφοράς της. Έτσι όμως αορίστως , όπως προβάλλεται, δεν μπορεί να εκτιμηθεί, ούτε μας δίνει τη δυνατότητα να το αντικρούσουμε συγκεκριμένα.2.- Αλλως και όλως επικουρικώς, η πρόκληση οικονομικής ζημίας εις βάρος της, δεν δικαιολογεί τη χορήγηση της αιτούμενης αναστολής εκτελέσεως και λήψης προσωρινών μέτρων ,διότι οι επιχειρήσεις που συμμετέχουν σε διαγωνισμούς αναλαμβάνουν, από τη φύση της δραστηριότητάς τους, και τον κίνδυνο να μην ανατεθεί σ` αυτές το έργο αλλά σε άλλον συμμετέχοντα.3.-Όπως παρατηρείται στην έκθεση των λόγων προσφυγής της, έμμεσα επιδιώκει την τροποποίηση αντίστοιχων όρων της Διακήρυξης(όπως αναφέρουμε και πιο πάνω στην αντίκρουσή τους)-γεγονός που πέραν ότι την καθιστά χωρίς έννομο συμφέρον, την αποδυναμώνει από κάθε ύπαρξη βλάβης, διότι άκαιρα και μη νόμιμα προτάσσονται ισχυρισμοί, οι οποίοι σύμφωνα με την ισχύουσα Νομοθεσία έπρεπε να προταθούν σε προγενέστερο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Εξάλλου, η θέσπιση με τη διακήρυξη των προδιαγραφών που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες η Αναθέτουσα Αρχή για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν

*πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από τη φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό. 4.-Αντίθετα, συντρέχει κατεπείγων λόγος να συνεχιστεί η διαγωνιστική διαδικασία, διότι η προμήθεια κλιβάνου πλάσματος αποτελεί είδος πρώτης ανάγκης για τη διασφάλιση της υγείας και ζωής των ασθενών, κάθε δε περαιτέρω καθυστέρηση θα προκαλέσει άμεσες αρνητικές συνέπειες».*

9. Επειδή, οι αιτιάσεις που προβάλλονται με την Προδικαστική Προσφυγή, δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμες, πλην χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, 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 των μερών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση, η οποία δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασης αυτής για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

10. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, δεδομένης και της φύσης της εξέτασης περί προσωρινών μέτρων, ως και του τυχόν αποτελέσματός της, η οποία εξαντλείται στον εντοπισμό πρόδηλου λόγου απαραδέκτου και ούτως, δεν επεκτείνεται σε ζητήματα που απαιτούν τέτοια ενδελεχή έρευνα και πάντως δεν είναι όλως προφανή, β) πιθανολογείται βλάβη της αιτούσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς η διατήρηση της προσβαλλόμενης δια της προσφυγής πράξης, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα επικαλείται αντίθεση της στον νόμο και τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, διαφάνειας και τυπικότητας, θα οδηγήσει

αναπόφευκτα σε αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και δ) από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος που επικαλείται η αναθέτουσα αρχή προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη μη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της υπόψη διαδικασίας ανάθεσης.

11. Επειδή η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι τυχόν ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμες τις μετέπειτα έτερες εκτελεστές πράξεις της αναθέτουσας αρχής, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος όλων των μερών. Η χορήγηση δε ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής αυτής. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προσβαλλόμενης, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας σε βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.



13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 10 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη αυθημερόν.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Νικόλαος Σ. Σαββίδης**

**Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου**