

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 19 Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή-Εισηγήτρια και
Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 12-7-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 651/13-7-2018 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «... LTD», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ... – ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΑΚΗ ΜΟΝΑΔΑ ...».

Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία ο προσφεύγων σωρεύει αίτημα αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, επιδιώκει την ακύρωση, άλλως ανάκληση, άλλως τροποποίηση της υπ' αρ. 27/28-6-2018 (θέμα 6^ο οικ.) απόφασης του Δ.Σ. του Γενικού Νοσοκομείου ... κατά το μέρος με το οποίο έγιναν δεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και η τεχνική προσφορά της έτερης συμμετέχουσας στο διαγωνισμό εταιρίας «... ΕΠΕ».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' αρ. 5 ΠΔ 39/2017 αρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ... ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 600,00 €, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του μέσω της τράπεζας ALPHA BANK από τη Γ.Γ.Π.Σ., εμπρόθεσμα και παραδεκτά ασκείται κατά τα λοιπά.

Αριθμός απόφασης: Α...../2018

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αρ. 22/26-4-2018 διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά μόνο βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΕΠΙΚΣΕΥΗΣ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗΣ ΙΑΤΡΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ» για τις ανάγκες του Γ.Ν. ... (N.M. ... – N.M. ...), 12μηνιαίας διάρκειας με δυνατότητα παράτασης για 3 επιπλέον μήνες, προϋπολογισμού 142.456,92€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, με CPV ..., καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 28-5-2018, υποδιαιρούμενη σε τμήματα ως εξής: Α. Επισκευή και Συντήρηση ιατρικού εξοπλισμού N.M.: 1. Συντήρηση 3 αναισθησιολογικών μηχανημάτων και 5 αναισθησιολογικών μόνιτορς, 2. Συντήρηση και Επισκευή 4 αναπνευστήρων, 3. Συντήρηση 2 μηχανημάτων τεχνητού νεφρού του οίκου BELLCO, 4. Συντήρηση 7 μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO, 5. Συντήρηση 6 μηχανημάτων τεχνητού νεφρού NIKKISSO, 6. Συντήρηση 7 μηχανημάτων τεχνητού νεφρού FRESSENIUS, 7. Συντήρηση 4 αναισθησιολογικών μηχανημάτων, Β. Επισκευή και Συντήρηση ιατρικού εξοπλισμού N.M.: 1. Συντήρηση 5 αναπνευστήρων , 2. Συντήρηση μηχανήματος συνεχών μεθόδων αιμοκάθαρσης της ΜΕΘ, 3. Συντήρηση ακτινολογικών, 4. Συντήρηση 4 αναισθησιολογικών μηχανημάτων με αναλυτή αερίων και μόνιτορ παρακολούθησης, 5. Συντήρηση αποστειρωτικού κλιβάνου πλάσματος, 6. Συντήρηση υπερηχοτομογράφου, 7. Συντήρηση 4 χειρουργικών διαθερμιών , 8. Συντήρηση 3 αναπνευστήρων, 9. Συντήρηση 1 ακτινοσκοπικού μηχανήματος χειρουργείων, 10. Συντήρηση ακτινολογικού, 11. Συντήρηση 3 φορητών ακτινολογικών και 12. Συντήρηση οστεοπυκνόμετρου. Η διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ 2-5-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC003024192 στο ΕΣΗΔΗΣ την 4-5-2018 με α/α 56671. Για το τμήμα 4. που αφορά στη συντήρηση 7 μηχανημάτων τεχνητού νεφρού GAMBRO για τη N.M. ..., προϋπολογισθείσας αξίας 24.796,80€ συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ, κατέθεσαν προσφορά δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και η εταιρία «... ΕΠΕ». Με την προσβαλλόμενη με αρ.27/2018 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας για το συγκεκριμένο τμήμα για αμφότερες τις συμμετέχουσες εταιρίες.

3. Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως εταιρία δραστηριοποιούμενη στον τομέα της παροχής υπηρεσιών συντήρησης μηχανημάτων τεχνητού νεφρού, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης σύμβασης, ενώ αυτονόητα θίγεται από την πληττόμενη απόφαση, διότι, όπως δηλώνει, εσφαλμένα και παρά το νόμο έγινε δεκτή κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών η έτερη συμμετέχουσα για το ίδιο τμήμα εταιρίας «... ΕΠΕ». Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

4. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή ο προσφεύγων επικαλείται ότι είναι άκυρη και απαράδεκτη η έγκριση και αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής της εταιρίας «... ΕΠΕ» λόγω: **α)** ελλιπούς συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ, **β)** μη συμπλήρωσης στο ΤΕΥΔ της πληροφορίας για τον τεχνικό εξοπλισμό και των μέτρων που λαμβάνει για τη διασφάλιση της ποιότητας απαίτηση 3 μέρους IV κεφαλαίου Γ του ΤΕΥΔ, **γ)** μη συμπλήρωσης της πληροφορίας για τα συστήματα διαχείρισης της αλυσίδας εφοδιασμού και ανίχνευσης που θα εφαρμόσει κατά την εκτέλεση της σύμβασης απαίτηση 4 μέρους IV κεφαλαίου Γ του ΤΕΥΔ, **δ)** μη συμπλήρωσης της πληροφορίας για τη διενέργεια ελέγχων από την αναθέτουσα αρχή απαίτηση 5 μέρους IV κεφαλαίου Γ του ΤΕΥΔ, **ε)** μη συμπλήρωσης της πληροφορίας για τους τίτλους σπουδών και επαγγελματικών προσόντων απαίτηση 6 μέρους IV κεφαλαίου Γ του ΤΕΥΔ, **στ)** μη συμπλήρωσης της πληροφορίας για το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό απαίτηση 8 μέρους IV κεφαλαίου Γ του ΤΕΥΔ, **ζ)** μη συμπλήρωσης της πληροφορίας για τα μηχανήματα, εγκαταστάσεις και τεχνικό εξοπλισμό που θα έχει στη διάθεσή της απαίτηση 9 μέρους IV κεφαλαίου Γ του ΤΕΥΔ, **η)** μη συμπλήρωσης της πληροφορίας για το μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών («γενικός») απαίτηση 1β μέρους IV κεφαλαίου Β του ΤΕΥΔ, **θ)** μη συμπλήρωσης της πληροφορίας για το μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών («ειδικός») απαίτηση 2β μέρους IV κεφαλαίου Β του ΤΕΥΔ, **ι)** μη ορθών και ψευδών στοιχείων συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ απαίτηση 2^α μέρους IV

κεφαλαίου Β - οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του ΤΕΥΔ. Επίσης ο προσφεύγων επικαλείται ότι είναι άκυρη και απαράδεκτη η έγκριση και αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρίας «... ΕΠΕ» διότι: **ια)** δεν πληροί την τεθείσα από τη διακήρυξη προδιαγραφή περί διατήρησης επαρκούς αποθέματος ανταλλακτικών, **ιβ)** παραβιάσθηκαν από την αναθέτουσα αρχή οι αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, της αναλογικότητας, της δεσμευτικότητας, της χρηστής διοίκησης, καθώς και ο νόμος κατά το μέτρο που η εταιρία «... ΕΠΕ» δεν τήρησε τους όρους της διακήρυξης και παρά ταύτα έγινε δεκτή η συμμετοχή και η τεχνική προσφορά της.

5. Επειδή, μέχρι και σήμερα η αναθέτουσα αρχή δεν έχει καταθέσει απόψεις επί της τυχόν λήψης προσωρινών μέτρων.

6. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας 861/2018 Πράξης του Προέδρου του σε εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω προσφυγής.

7. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων και δη: **α)** εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, **β)** της διατύπωσης του όρου “κατάλληλα μέτρα”, όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την “καταλληλότητά” τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, **γ)** της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες αφενός ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της “καταλληλότητας”, την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και αφετέρου αναφέρουν ότι τα “μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται” στην έννοια των “καταλλήλων μέτρων”, προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια προσωρινά μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων των προσφευγόντων, συμπεριλαμβανομένων, εξάλλου, των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων

οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης, όπως εν προκειμένω), όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

8. Επομένως, όσον αφορά στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου ή της ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης του προσφεύγοντος, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

9. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία του προσφεύγοντος από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

10. Επειδή, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και οι λόγοι της κριθούν ως νόμιμοι, εκτός του ότι η εκ της αιτίας αυτής μείωση του ανταγωνισμού θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμους όρους διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής - μετά από περαιτέρω πρόοδο της και προώθηση σε επόμενα στάδια - θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την

Αριθμός απόφασης: Α...../2018

αναθέτουσα αρχή όσο και για τους συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του σταδίου υποβολής προσφορών.

11. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της 861/2018 Πράξεως του Προέδρου 6ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 27-7-2018, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής για εύλογο χρόνο προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα ή τρίτους.

12. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή της περαιτέρω διενέργειας του διαγωνισμού έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής. Η παράταση αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής 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 διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

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

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Διατάσσει την αναστολή της περαιτέρω διαγωνιστικής διαδικασίας και δη του ανοίγματος των οικονομικών προσφορών έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: Α...../2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 19-7-2018 και εκδόθηκε την 20-7-2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ