

**Η**

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

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Απριλίου 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 5-4-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 324/5-4-2018 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...ΑΕΒΕ, νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ...».

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση κατά το προσβαλλόμενο μέρος της με αρ.Β/4190/2018 διακήρυξης της σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια αντιδραστηρίων βιοχημικού εργαστηρίου με συνοδό εξοπλισμό.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ...ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 1.891,13 €, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του δια του από 2-4-2018 εμβάσματος του προσφεύγοντος μέσω της τράπεζας ALPHA BANK, εμπρόθεσμα και παραδεκτά ασκείται κατά τα λοιπά.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αρ. ...διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διεθνή διαγωνισμό, για την ανάδειξη

## **Αριθμός απόφασης: Α183/2018**

αναδόχου για την προμήθεια αντιδραστηρίων βιοχημικού εργαστηρίου με συνοδό εξοπλισμό, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 644.902,76 €, συμπ/νου του αναλογούντος ΦΠΑ, διάρκειας ενός (1) έτους, με CPV ..., και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 25-4-2018. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε πέντε (5) Τμήματα, ήτοι: α) Τμήμα 1 Σύστημα Ανοσολογικών-Βιοχημικών Εξετάσεων, Αρ.Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ..., προϋπολογισθείσας αξίας 469.000€, συμπ/νου ΦΠΑ, β) Τμήμα 2 Αναλυτής Ειδικών Ανοσολογικών Εξετάσεων, Αρ.Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ..., προϋπολογισθείσας αξίας 90.000€, συμπ/νου ΦΠΑ, γ) Τμήμα 3 Αναλυτής Αιμοσφαιρινών, Αρ.Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ..., προϋπολογισθείσας αξίας 10.000€, συμπ/νου ΦΠΑ, δ) Τμήμα 4 Αιματολογικός Αναλυτής, Αρ.Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ..., προϋπολογισθείσας αξίας 902,76€, συμπ/νου ΦΠΑ και ε) Τμήμα 5 Αναλυτής Αερίων Αίματος, Αρ.Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ..., προϋπολογισθείσας αξίας 75.000€, συμπ/νου ΦΠΑ. Κατά τη διακήρυξη, προσφορές υποβάλλονται για ένα ή για περισσότερα ή για όλα τα τμήματα του διαγωνισμού, υποχρεωτικά για όλες τις εξετάσεις/είδη από τα οποία αποτελείται κάθε τμήμα και για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας αυτών. Η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 8-3-2018, δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 15-3-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ...και στο ΕΣΗΔΗΣ την ίδια ημέρα με α/α ....

**3.** Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως εταιρία δραστηριοποιούμενη στην εμπορία αντιδραστηρίων βιοχημικού εργαστηρίου συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν του Τμήματος 1 της συγκεκριμένης σύμβασης, ο οποίος όμως, κατά τους ισχυρισμούς του, δυσχεραίνεται να υποβάλλει συμμετοχή και κινδυνεύει να απορριφθεί η υποβληθησόμενη προσφορά του εξαιτίας των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης. Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

## Αριθμός απόφασης: Α183/2018

4. Επειδή, έως την ημέρα εξέτασης του αιτήματος του προσφεύγοντος, περί λήψης προσωρινών μέτρων, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε καταθέσει απόψεις περί αυτού.

5. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή ο προσφεύγων επικαλείται όσον αφορά στο προκηρυχθέν Τμήμα 1 του διαγωνισμού, που αφορά στο Σύστημα Ανοσολογικών-Βιοχημικών Εξετάσεων ότι : **α)** περιέχεται όρος σύμφωνα με τον οποίο «.....*Το προαναλυτικό σύστημα θα πρέπει να είναι αμεταχείριστο και φυσικώς συνδεδεμένο με δυο (2) όμοιους βιοχημικούς και δυο (2) όμοιους ανοσολογικούς προσφερόμενους αναλυτές, ανεξάρτητους μεταξύ τους (χωρίς σύνθεση αναλυτών), χωρίς διαμεσολάβηση άλλου συστήματος.....*», ο οποίος όμως αφενός προκαλεί σύγχυση και ασάφεια αναφορικά με την έλλειψη της διαμεσολάβησης άλλου συστήματος είτε υπό την έννοια ότι αναφέρεται στη σύνδεση του προαναλυτικού συστήματος με τους αναλυτές είτε, εάν θεωρηθεί ο όρος σαφής, είναι μη αναγκαίος, δεδομένου ότι από τη διακήρυξη βαθμολογείται η απόδοση και ταχύτητα με 100-120 βαθμούς και άρα επαρκώς το Νοσοκομείο διασφαλίζει την απόδοση και ταχύτητα και είναι και καταχρηστικός όρος, γιατί δεν καλύπτει συγκεκριμένη και προδιαγεγραμμένη ανάγκη, ενώ μπορεί να δημιουργήσει ανταγωνιστικό πλεονέκτημα σε παλαιότερης γενιάς συστήματα, αφετέρου η απαίτηση του προπεριγραφέντος όρου για αναλυτές ανεξάρτητους μεταξύ τους (χωρίς σύνθεση αναλυτών) προκαλεί εμπόδια στον ανταγωνισμό χωρίς όφελος για το Νοσοκομείο, αφού το Νοσοκομείο, κατά τον προσφεύγοντα, δεν έχει κανένα λόγο να επέμβει στη συνδεσμολογία των αναλυτών, αλλά μόνον ο προσφέρων μπορεί να επιλέξει την καλύτερη μέθοδο σύνδεσης, ώστε να υπάρχει παραγωγικότητα και οικονομία και **β)** στην προσβαλλόμενη διακήρυξη δεν έχει επισυναφθεί σχέδιο της σύμβασης που θα υπογραφεί, ούτε είναι διαθέσιμο σχέδιο με άλλον τρόπο.

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

7. 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 136-137/2018 Πράξης του Προέδρου του σε εξέταση περί

## Αριθμός απόφασης: Α183/2018

τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω προσφυγής.

8. 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.

9. 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 της προσφεύγουσας, 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

## **Αριθμός απόφασης: Α183/2018**

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.

**10.** 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.

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

**12.** Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της 409/2018 Πράξεως του Προέδρου του Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 24-4-2018, 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.

**13.** 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 διενέργειας του διαγωνισμού έως και την 11<sup>η</sup> Μαΐου 2018. 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

## **Αριθμός απόφασης: Α183/2018**

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 ενδιαμέση και εντός του χρόνου της χορηγούμενης παρατάσεως, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

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

### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Διατάσσει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την 11<sup>η</sup> Μαΐου 2018, δια της επιβολής στην αναθέτουσα αρχή όπως παρατείνει τον χρόνο καταληκτικής υποβολής προσφορών τουλάχιστον έως και το πέρας της ανωτέρω ημέρας, υπό την επιφύλαξη έκδοσης απόφασης επί της προσφυγής ενδιαμέσως, οπότε αίρεται αυτοδίκαια οποιοδήποτε προσωρινό μέτρο.

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.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13-4-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ**