

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Φεβρουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Δήμητρα Μπαχτσεβανίδου και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.1.2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 121/29-1-2019 Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω Προσφυγή ο προσφεύγων ζητά να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της με αρ. ... διακήρυξης ανοικτού δημόσιου ηλεκτρονικού επαναληπτικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου «Παροχής υπηρεσιών συντήρησης και τεχνικής υποστήριξης τριάντα τεσσάρων (34) μηχανημάτων αιμοκάθαρσης της μονάδας Τεχνητού Νεφρού του Γενικού Νοσοκομείου ... για δύο (2) έτη», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 103.225,80 ευρώ, που δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 16-1-2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ την 17-1-2019 με συστημικό α/α....

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία ... και ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €), που πληρώθηκε δια εμβάσματος Τραπέζης ALPHA BANK.

2. Επειδή, η ως άνω Προσφυγή στρέφεται κατά Διακήρυξης ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού ανάθεσης υπηρεσιών άνω των ορίων. Ειδικότερα, ο

Αριθμός Αποφάσεων: 285/2019

προσφεύγων με την υπό κρίση Προσφυγή του προβάλλει επιμέρους πλημμέλειες και σφάλματα της υπόψη Διακήρυξης, αιτούμενος την ακύρωσή της. Πρώτον, ζητά την ακύρωσή της ως προς την εκτιμώμενη αξία αυτής που κατά τον προσφεύγοντα καθιστά αδύνατη και ιδιαίτερα δυσχερή τη συμμετοχή του και την υποβολή προσφοράς. Δια του δεύτερου λόγου του, βάλλει κατά του όρου 2.4 των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης σύμφωνα με τον οποίο ο συντηρητής θα πρέπει να διαθέτει οργανωμένο συνεργείο παροχής υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων αιμοκάθαρσης στη ..., με επαρκές απόθεμα ανταλλακτικών ενώ στην προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνεται πίνακας του απασχολούμενου τεχνικού προσωπικού θεωρημένος από την Επιθεώρηση Εργασίας. Σε περίπτωση δε διαγωνιζόμενου με έδρα εκτός..., θα πρέπει να υποβληθεί υπεύθυνη δήλωσή του ότι θα προβεί άμεσα στη δημιουργία συνεργείου παροχής υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων αιμοκάθαρσης στη ..., σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού και πριν την υπογραφή της σχετικής σύμβασης. Ο εν λόγω όρος εισάγει κατά τον προσφεύγοντα συγκεκριμένη διάκριση σε βάρος των ενδιαφερόμενων παρόχων που έχουν την ιθαγένεια άλλου κράτους μέλους, καθώς εξαρτά την συμμετοχή τους στον διαγωνισμό και συναφώς και την παροχή των σχετικών υπηρεσιών που αποτελούν το αντικείμενο του διαγωνισμού από την προηγούμενη δημιουργία δευτερεύουσας εγκατάστασης στην ..., είτε από την προηγούμενη δέσμευση του διαγωνιζόμενου ότι θα προβεί άμεσα στη δημιουργία δευτερεύουσας εγκατάστασης στη Παράλληλα εισάγει κατά τον προσφεύγοντα υπέρμετρη και δυσανάλογη υποχρέωση στους υποψήφιους συντηρητές, καθώς τους εξαναγκάζει σε δαπάνες εγκατάστασης και λειτουργίας υποκαταστήματος στην πόλη της ...s ενώ παραβιάζει και την αρχή της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού διότι είναι απόλυτα φωτογραφικός, δεδομένου ότι έχει τεθεί υπέρ της εταιρίας «...», η οποία είναι και ο μόνος πάροχος υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων τεχνητού νεφρού ... που κατά τους ισχυρισμούς της προσφυγής εδρεύει στη Με τον τρίτο λόγο του επικαλείται χρόνια μεροληψία της αναθέτουσας υπέρ του ως άνω οικονομικού φορέα.

3. Επειδή, με τις από 6-2-2019 με αρ. πρωτ. 6126 Απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα επί του πρώτου λόγου της προσφυγής επικαλείται ότι εκτίμησε στοιχεία της αγοράς και αναδιαμόρφωσε την

Αριθμός Αποφάσεων: 285/2019

εκτιμώμενη αξία της διακήρυξης, επί του δεύτερου λόγου ότι η απομακρυσμένη έδρα του συνεργεία δύναται να οδηγήσει σε δυσμενείς συνέπειες και καθυστερήσεις που δεν μπορούν να ξεπεραστούν με καλές συγκοινωνιακές συνδέσεις, ενώ η ταχεία και αποτελεσματική τεχνική υποστήριξη απαιτεί άμεση πρόσβαση στο μηχάνημα από έμπειρο τεχνικό με δυνατότητα άμεσης υποκατάστασης από άλλο πρόσωπο σε περίπτωση ανάγκης αλλά και επάρκεια μέσων και ανταλλακτικών ανά πάσα ώρα, εξαιτίας δε του νυν αριθμού μηχανημάτων οι αυξημένες ανάγκες συντήρησης απαιτούν συχνή παρουσία των συντηρητών.

4. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, κάτω των ορίων περί ανάθεσης υπηρεσιών και του χρόνου δημοσίευσής της στο ΚΗΜΔΗΣ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα κατά το αρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (γ) (εν προκειμένω, επικαλούμενος χρόνος γνώσης από τον προσφεύγοντα η 25-1-2019, δηλαδή την ένατη από την από 16-1-2019 δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ και άσκηση της προσφυγής την τέταρτη ημέρα από τον κατά τα ως άνω χρόνο γνώσης, ήτοι την 29-1-2019), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' αρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο. Ο προσφεύγων δε καταρχήν παρίσταται ότι έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώζ έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της Προσφυγής του, αφού δραστηριοποιείται επιχειρηματικά στον οικείο κλάδο και επικαλείται ότι οι προσβαλλόμενοι όροι αποκλείουν ή καθιστούν ιδιαίτερα δυσχερή τη συμμετοχή του στην προκείμενη διαδικασία. Επομένως, η υπό κρίση Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

5. Επειδή ως προς το πρώτο λόγο της προσφυγής περί της εκτιμώμενης αξίας της διακήρυξης, προκύπτουν τα εξής. Καταρχάς, το αρ. 6 παρ. 11 Ν. 4412/2016 αναφέρει τον τρόπο υπολογισμού εκτιμώμενης αξίας διακήρυξης βάσει παρελθοντικών στοιχείων, πλην όμως αναφέρει ότι αυτή δύναται να αναπροσαρμοστεί «*προκειμένου να ληφθούν υπόψη ενδεχόμενες μεταβολές ως προς τις ποσότητες ή την αξία τους κατά τους δώδεκα μήνες που*

Αριθμός Αποφάσεων: 285/2019

έπονται της αρχικής σύμβασης». Είναι σαφές δε ότι στις ως άνω μεταβολές ως προς την αξία, περιλαμβάνεται και η συνεκτίμηση των στοιχείων της αγοράς για ομοειδείς υπηρεσίες, δηλαδή το τίμημα με το οποίο παρέχονται σε άλλες αναθέτουσες κατά το πρόσφατο χρονικό διάστημα. Εξάλλου, ακριβώς το ζητούμενο της επίτευξης ανταγωνισμού στην ανάθεση δημοσίων συμβάσεων είναι η πτώση του κόστους για τον αγοραστή, ήτοι την αναθέτουσα αρχή, ζητούμενο που προδήλως διευκολύνεται από τη μείωση της εκτιμώμενης αξίας, αν προκύπτει ότι αυτή υπερβαίνει σημαντικά τις τυχόν κρατούσες ή τυγχάνουσες τιμές στην αγορά (η οποία υπέρβαση θα επέτρεπε το σύνολο των προσφερόντων να υποβάλουν υψηλότερη οικονομική προσφορά ακόμη και σε συνθήκες ανταγωνισμού, από αυτή που θα υπέβαλαν υπό συνθήκες μικρότερης εκτιμώμενης, άρα και μικρότερης ανώτατης προσφερόμενης τιμής). Επιπλέον, κατά το γράμμα της ίδιας της διάταξης και ειδικά του ως άνω χωρίου αυτής, «η συνολική πραγματική αξία των διαδοχικών συμβάσεων του ίδιου τύπου, οι οποίες συνήφθησαν κατά το προηγούμενο δωδεκάμηνο ή οικονομικό έτος, αναπροσαρμοσμένη», ή «η εκτιμώμενη συνολική αξία των διαδοχικών συμβάσεων που συνήφθησαν κατά το δωδεκάμηνο που έπεται της πρώτης παράδοσης ή κατά τη διάρκεια του οικονομικού έτους, εφόσον αυτό υπερβαίνει τους δώδεκα μήνες» δεν αποτελούν αποκλειστικά ορισμένο ποσοτικό μέγεθος από το οποίο δεσμεύεται άνευ ετέρου η αναθέτουσα αρχή, αλλά «λαμβάνεται ως βάση για τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης». Τούτο σημαίνει ότι στο πλαίσιο των γενικών αρχών των δημοσίων συμβάσεων (υπό το πρίσμα των οποίων ερμηνεύονται όλες οι εφαρμοστέες διατάξεις) και ειδικά αυτών της ενίσχυσης του ανταγωνισμού και της προάσπισης του δημοσίου συμφέροντος, οι αναθέτουσες όχι απλώς δύνανται αλλά και οφείλουν να ασκούν τη διακριτική τους ευχέρεια κατά τον ορισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης και να συνεκτιμούν τα στοιχεία που αναφέρονται στην ίδια ως άνω διάταξη σε συνδυασμό με τις κρατούσες συνθήκες, τους ίδιους πόρους και τις αντίστοιχες για τις ομοειδείς προμήθειες και υπηρεσίες τιμές στην αγορά προκειμένου να διαμορφώσουν ευλόγως την εκτιμώμενη αξία των υπό ανάθεση συμβάσεων. Υπό αντίθετη ερμηνεία της διάταξης, η σχετική αρμοδιότητα των αναθετουσών κατά τον ορισμό του προϋπολογισμού της σύμβασης, θα καθίστατο δεσμία χωρίς η δυνατότητα συνεκτίμησης των εν γένει συνθηκών και αναγκών. Περαιτέρω, δεδομένου ότι ο

Αριθμός Αποφάσεων: 285/2019

προσφεύγων επικαλείται στοιχεία αναρτημένα στο ΚΗΜΔΗΣ, το Κλιμάκιο ανέτρεξε σε ενδεικτική συγκριτική επισκόπηση των τιμημάτων ανά μηχανήμα και ανά μήνα δημόσιων συμβάσεων συντήρησης μηχανημάτων αιμοκάθαρσης όμοιων (AK 200, AK 200S) με αυτά στα οποία αφορά η προκείμενη διακήρυξη. Από την ως άνω δειγματοληπτική επισκόπηση επιρρωνύονται όσα αναφέρονται στις απόψεις της αναθέτουσας περί χαμηλότερων υφιστάμενων τιμών στην αγορά. Ειδικότερα, πλην αυτής του ... που αναφέρει ο προσφεύγων, προκύπτει η σύμβαση του Νοσοκομείου ... με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... 2018-04-25, με τίμημα 129,00 ευρώ πλην ΦΠΑ ανά μηχανήμα ανά μήνα (για 5 μηχανήματα AK200 και 1 έτος), η σύμβαση με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... 2018-02-09 του νοσοκομείου ... για 11 μηχανήματα AK200S για 1 έτος, έναντι 13.728,00 ευρώ προ ΦΠΑ, άρα 104 ευρώ ανά μηχανήμα ανά μήνα, η σύμβαση με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..., για 8 μηχανήματα AK 200S και 2 AK 200 ULTRA, εκ των οποίων τα πρώτα με ανταλλακτικά, για 1 έτος και με συνολικό τίμημα 11.120,00 ευρώ προ ΦΠΑ ή 139 ευρώ ανά μηχανήμα ανά μήνα, η σύμβαση με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... 2017-12-11 με διάρκεια 2 μηνών για 11 μηχανήματα AK200S και προ ΦΠΑ τίμημα 2.728,00 ευρώ ή 124,00 ευρώ ανά μηχανήμα ανά μήνα. Σημειωτέον δε ότι μόλις την 19-2-2019 συμβασιοποιήθηκε το αντικείμενο της με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... περί συντήρησης 2 μηχανημάτων AK200S για 12 μήνες, με ανά μήνα ανά μηχανήμα τίμημα 143,00 ευρώ προ ΦΠΑ, ομοίως δε και με τη με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... 2018-01-05 συμβασιοποιήθηκε η συντήρηση 1 μηχανήματος AK200 ULTRA S του Νοσοκομείου ... για 1 έτος, με τίμημα 140 ευρώ ανά μήνα προς ΦΠΑ, αμφότερες από την εταιρία..., της οποίας το κόστος ο προσφεύγων επικαλείται σε πολύ υψηλότερα επίπεδα. Περαιτέρω, η με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... 2018-11-26 αφορά συντήρηση μηχανημάτων AK200S και AK200 με χρονοχρέωση, όπου η ανώτατη χρέωση ορίζεται σε 145,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ για άνευ ορίου χρόνο λειτουργίας των μηχανημάτων και δη πέραν των 250 ωρών ανά μήνα, ως και με ενδιάμεσες τιμές 125 ευρώ χωρίς ΦΠΑ για 125-250 ώρες, 105 ευρώ χωρίς ΦΠΑ για 30-125 ώρες και 75 ευρώ χωρίς ΦΠΑ για κάθε μικρότερο χρόνο λειτουργίας, όσον αφορά το νοσοκομείο Δράμας. Τα παραπάνω αφενός δείχνουν ότι οι υπολογισμοί του προσφεύγοντος με βάση τους οποίους στοιχειοθέτησε το ελάχιστο εύλογο τίμημα σε πολύ υψηλότερα επίπεδα δεν αποκρίνονται στο σύνολο των στοιχείων της αγοράς και σε κάθε περίπτωση τουλάχιστον, από τα ως άνω στοιχεία προκύπτει ότι το νυν τίμημα

Αριθμός Αποφάσεων: 285/2019

των 126,50 ευρώ ανά μήνα ανά μηχανήμα δεν παρίσταται ως προδήλως και ιδιαίτερα χαμηλό σε σχέση με τα κρατούντα στην αγορά, τούτο δε σε συνδυασμό με ότι ο προσφεύγων ουδόλως αποδεικνύει ότι η προκείμενη σύμβαση απαιτεί συγκεκριμένους πόρους και έξοδα που οδηγούν κατ' αντικειμενικό τρόπο, ασχέτως τιμολογιακής πολιτικής και επιχειρηματικών πρακτικών επιμέρους επιχειρήσεων, στο ανέφικτο υποβολής μη ζημιογόνως προσφοράς με τη νυν εκτιμώμενη. Επιπλέον, το τυχόν γεγονός ότι ο υφιστάμενος προϋπολογισμός είναι ή ο προσφεύγων επικαλείται ότι είναι χαμηλός για τη συμμετοχή του προσφεύγοντα δεν συνεπάγεται παρανομία αυτού, αφού αυτονόητα οι όροι του διαγωνισμού έχουν μεταξύ άλλων ως αντικείμενο τον περιορισμό του ανταγωνισμού, δια της οριοθέτησης ως επιλέξιμων των οικονομικών φορέων που δύνανται να συμμορφωθούν με τις απαιτήσεις της διακήρυξης, μεταξύ άλλων και με το απαιτούμενο ανώτατο κόστος. Περαιτέρω, όσον αφορά τον ισχυρισμό περί του ότι ο υφιστάμενος προϋπολογισμός επιτάσσει την υποβολή ζημιογόνων προσφορών, τούτος προβάλλεται καταρχήν αναπόδεικτα, αφού ο προσφεύγων απλώς προβαίνει σε αναγωγή στοιχείων του γενικού κόστους συγκεκριμένων πηγών κόστους επί των γενικών αποτελεσμάτων μιας επιχείρησης σε επίπεδο ενός μηχανήματος εκ των εξυπηρετούμενων προς συντήρηση δια των οικείων συμβάσεων αυτής. Πλην όμως, το σύνολο των υπολογισμών του προσφεύγοντος δεν λαμβάνει υπόψη ότι πρώτον, στις επιχειρηματικές οικονομικές καταστάσεις εισέρχεται στην πραγματικότητα πλήθος στοιχείων που αφαιρούνται από τον κύκλο εργασιών για την εξαγωγή του καθαρού μετά φόρων κέρδους, όπως ανόργανα έξοδα, χρηματοπιστωτικά έξοδα, αγορές πλεονάζοντων υλικών για δημιουργία μελλοντικών αποθεμάτων ή έμμεσες αμοιβές μετόχων, δεύτερον, ότι το κονδύλι της μισθοδοσίας επηρεάζεται και από το διαφαινόμενο κέρδος (εξάλλου ουδόλως προκύπτει ότι τα αναφερόμενα στοιχεία δεν αφορούν και πέραν του νομίμου, εργατικό κόστος) και τρίτον, ότι ο αληθής ανά χρήση φόρος επηρεάζεται από πλήθος παραμέτρων (όπως επί παραδείγματι, προηγούμενες προκαταβολές) και δεν συνιστά απλό γινόμενο του φορολογικού συντελεστή επί το καθαρό προ φόρων αποτέλεσμα χρήσης. Επιπλέον, τα στοιχεία κόστους μιας οιασδήποτε επιχείρησης δεν συνιστούν απόδειξη για τα αντίστοιχα κόστη των λοιπών επιχειρήσεων της αγοράς. Αντίθετα, η απόδειξη περί ζημιογόνου προϋπολογισμού προϋποθέτει ότι πρέπει να καταδειχθούν οι ανάγκες σε

Αριθμός Αποφάσεων: 285/2019

προσωπικό, ανταλλακτικά, μετακινήσεις και λοιπά συγκεκριμένα έξοδα για την εξυπηρέτηση της σύμβασης, να παρατεθούν σαφή στοιχεία κόστους υλικών και ανταλλακτικών, να τεκμηριωθούν τα λοιπά έξοδα και να στοιχειοθετηθεί το κόστος απασχόλησης με βάση την οικεία περί αμοιβών και ασφάλισης του απασχολούμενου προσωπικού νομοθεσία και ΣΣΕ. Τίποτα όμως από αυτά δεν έλαβε εν προκειμένω χώρα, παρά ο προσφεύγων στηρίζει το σύνολο των οικείων επιχειρημάτων του στους οικείους κωδικούς κόστους των ετήσιων οικονομικών καταστάσεων του ιδίου και άλλων επιχειρήσεων, καθώς και στις επικλήσεις ενός οικονομικού φορέα περί στοιχειοθέτησης διαφυγόντος κέρδους του από άσχετη σύμβαση παρόμοιου αντικείμενου, στα πλαίσια αστικής επιδίωξης απαιτήσεών του, άρα τα στοιχεία που παραθέτει ουδόλως ερείδονται στις πραγματικές ανάγκες εξυπηρέτησης της συγκεκριμένης υπό ανάθεση σύμβασης, ουδόλως αναλύονται ανά πηγή κόστους με συσχέτιση επί της σύμβασης αυτής και ουδόλως αποδεικνύονται με αντικειμενικά στοιχεία, όπως τιμολόγια ανταλλακτικών και υπολογισμό του νόμιμου εργατικού κόστους, κατ' αποτέλεσμα δε, όσα προβάλλει είναι όλως αόριστα. Επιπλέον δε τούτου, αντικρούονται πλήρως από τις αξίες ανά μηχανήμα και ανά μήνα που προκύπτουν κατά τα ανωτέρω, από πρόσφατες δημόσιες συμβάσεις (σημειωτέον δε, ότι αναφέρεται σε στοιχεία κόστους του οικονομικού φορέα ... σε επίπεδα 200, 235 και 244 ευρώ ανά μηχανήμα ανά μήνα, την ώρα που κατά το ίδιο το ΚΗΜΔΗΣ ο ως άνω οικονομικός φορέας λίαν προσφάτως σύνηψε συμβάσεις με πολύ χαμηλότερα τιμήματα τον μήνα ανά μηχανήμα). Εξάλλου, ουδόλως τα μέσα τιμήματα των οικονομικών φορέων σε αντίστοιχες συμβάσεις, αποκλείουν τις αναθέτουσες να οδηγούν σε πίεση τιμών προς τα κάτω, αξιοποιώντας τα συγκριτικά σχετικώς χαμηλότερα στοιχεία και τιμήματα, προκειμένου να προωθήσουν το δημοσιολογιστικό τους συμφέρον. Και ναι μεν το προς τούτο όριο είναι το σημείο εκείνο όπου η υποβολή νόμιμης και μη ζημιογόνας προσφοράς καθίσταται ανέφικτη. Αυτό όμως κατά τα ανωτέρω, ουδόλως εν τέλει αποδείχθηκε ως προς το συγκεκριμένο υπό ανάθεση συμβατικό αντικείμενο από τον προσφεύγοντα, με ανάλυση των συγκεκριμένων στοιχείων κόστους που η εκτέλεσή του θα συνεπάγεται. Επιπλέον δε των ανωτέρω, η προκειμένη σύμβαση αφορά μεγάλο αριθμό μηχανημάτων και δη πολύ μεγαλύτερο από τις παραπάνω ενδεικτικά εντοπισθείσες στο ΚΗΜΔΗΣ συμβάσεις, και για μεγάλο χρονικό διάστημα, με αποτέλεσμα να

Αριθμός Αποφάσεων: 285/2019

δημιουργούνται οικονομίες κλίμακας και ευχέρεια μακροχρόνιου προγραμματισμού σε αποθέματα ανταλλακτικών και υλικών, ως και δυνατότητα συγκεντρωτικών τακτικών και έκτακτων ακόμη συντηρήσεων, στοιχεία που μειώνουν το ανά μηχάνημα ανά μήνα κόστος, σε σχέση με συμβάσεις βραχείς διάρκειας και μικρού αριθμού μηχανημάτων (όπου όμως και πάλι θα πρέπει να απασχολείται ένας τεχνικός ακόμη και για ένα μόνο μηχάνημα). Η δε αναθέτουσα αφενός όλως νομίμως έλαβε υπόψη της στοιχεία της αγοράς για την κατάρτιση της νυν εκτιμώμενης αξίας, κατ' απόρριψη των αιτιάσεων του προσφεύγοντος, αφού ουδόλως υποχρεούτο ες αεί να διατηρεί ίδιο τον προϋπολογισμό της, ασχέτως συνθηκών και τιμών της αγοράς, όπως θα προέκυπτε, αν αναγκαζόταν κάθε χρόνο να διατηρεί ίδιο προϋπολογισμό με τον προηγούμενο και μάλιστα χωρίς σύνδεση με τον επικρατούντα ανταγωνισμό και τη δομή της αγοράς. Ουδόλως δε προκύπτει εσφαλμένο ότι έλαβε υπόψη της ως συγκριτικό στοιχείο σύμβαση άλλου νοσοκομείου, η οποία αφορά και αυτή μεγάλο αριθμό μηχανημάτων και δη 29, ήτοι αριθμό λίγο μικρότερο από τον νυν εξυπηρετούμενο, λόγω ακριβώς των ειδικών συνθηκών οικονομικών κλίμακας και δυνατότητας καλύτερης διαχείρισης αποθεμάτων, προσωπικού και προγραμματισμού που υφίστανται σε συμβάσεις μεγάλου όγκου και επομένως, η ως άνω σύμβαση παρέχει εύλογο συγκριτικό στοιχείο. Σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα έχει καταρχήν διακριτική ευχέρεια θέσπισης του προϋπολογισμού της διαδικασίας, όπως ως άνω παρατηρήθηκε, η οποία ελέγχεται μόνο όσον αφορά την τυχόν υπέρβαση ασκήσεώς της, όπως στην περίπτωση θέσπισης εκτιμώμενης αξίας που καθιστά αδύνατη, όχι για μεμονωμένο οικονομικό φορέα, ζήτημα αδιάφορο, αλλά αντικειμενικώς και για κάθε ενδιαφερόμενο, τη συμμετοχή στον διαγωνισμό με μη ζημιολόγα προσφορά που δεν παραβιάζει το νόμιμο κόστος απασχόλησης. Όμως, το βάρος απόδειξης προς τούτο το φέρει ο προσφεύγων, ο οποίος κατά τα ως άνω και δη καίτοι από τα στοιχεία της αγοράς προκύπτει ότι το νυν ανά μήνα ανά μηχάνημα τίμημα δεν παρίσταται και μάλιστα προδήλως, τουλάχιστον μη εύλογο (και αυτό ακόμη περισσότερο λαμβανομένου υπόψη του όγκου εξυπηρετούμενων μηχανημάτων που μειώνει κατά κοινή λογική το ανά μηχάνημα ανά μήνα κόστος, ουδόλως δε ανταποδεικνύει ο προσφεύγων ως προς τούτο), ουδόλως απέδειξε ότι η συγκεκριμένη σύμβαση με τις συγκεκριμένες απαιτήσεις της, περιλαμβάνει για τον ανάδοχο συγκεκριμένα

Αριθμός Αποφάσεων: 285/2019

εργατικά, υλικά και οργανωτικά κόστη, τα οποία υπολογιζόμενα ένα προς ένα με βάση τις κατά νόμο αποδοχές και ασφαλιστικές υποχρεώσεις και τις κρατούσες στην αγορά κατά το παρόν διάστημα τιμές ανταλλακτικών, υλικών και κάλυψης οργανωτικών εξόδων, μετακινήσεις και μεταφορές, δεν είναι δυνατόν να εκτελεστεί (χωρίς παράβαση του ελάχιστου κόστους απασχόλησης και ασφάλισης) με μη ζημιογόνο τρόπο από ουδεμία επιχείρηση. Ως εκ των ως άνω, απορριπτός τυγχάνει ο πρώτος λόγος της προσφυγής.

6. Επειδή ως προς το δεύτερο λόγο της προσφυγής με τον οποίο ζητείται η ακύρωση του όρου 2.4. της διακήρυξης προκύπτουν τα ακόλουθα: Βάσει του σχετικού όρου 2.4. «Ο ΣΥΝΤΗΡΗΤΗΣ θα πρέπει να διαθέτει οργανωμένο συνεργείο παροχής υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων αιμοκάθαρσης στη ..., με επαρκές απόθεμα ανταλλακτικών. Στη προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνεται πίνακας του απασχολούμενου τεχνικού προσωπικού θεωρημένος από την Επιθεώρηση Εργασίας. Σε περίπτωση διαγωνιζόμενου με έδρα εκτός ..., θα πρέπει να υποβληθεί υπεύθυνη δήλωσή του ότι θα προβεί άμεσα στη δημιουργία συνεργείου παροχής υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής μηχανημάτων αιμοκάθαρσης στη ..., σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού και πριν την υπογραφή της σχετικής σύμβασης[.].». Το δε άρθρο 4 της διακήρυξης προβλέπει τα εξής: «ΕΠΑΝΟΡΘΩΤΙΚΗ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ – ΕΠΙΣΚΕΥΕΣ 4.1 Σε περίπτωση διακοπής της λειτουργίας οποιουδήποτε μηχανήματος ή οποιασδήποτε ανωμαλίας στη λειτουργία οποιουδήποτε από τα καλυπτόμενα με την παρούσα μέρη του, ο ΣΥΝΤΗΡΗΤΗΣ υποχρεώνεται να προσέρχεται αυθημερόν εάν η κλήση δοθεί μέχρι τις 12:00 ενώ εάν δοθεί μετά την 12:00 ώρα, οφείλει να προσέλθει το αργότερο την επόμενη εργάσιμη ημέρα και μέχρι την 10:00 ώρα. 4.2 Οι επισκευές θα πραγματοποιούνται από Δευτέρα έως Παρασκευή και κατά τις ώρες 08.00 έως 20.00 εκτός εορτών, αργιών κλπ.»

7. Επειδή, όσον αφορά τον υπό κρίση λόγο της Προσφυγής, θα πρέπει να σημειωθεί ότι ο προσβαλλόμενος όρος με αριθμό 2.4 προβλέπει για τους διαγωνιζόμενους με έδρα εκτός ... την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης ότι, σε περίπτωση κατακύρωσης του Διαγωνισμού σε αυτούς και πριν την υπογραφή της σχετικής σύμβασης, θα προβούν άμεσα στη δημιουργία συνεργείου παροχής υπηρεσιών συντήρησης και επισκευής

Αριθμός Αποφάσεων: 285/2019

μηχανημάτων αιμοκάθαρσης στη ... και ουδόλως απαιτεί ο διαγωνιζόμενος να διαθέτει ήδη τέτοιο συνεργείο πολλώ δε μάλλον να εδρεύει ή να είναι εγκατεστημένος στη ... (και άρα εξ αντικειμένου ο σχετικός όρος δεν είναι δυνατόν να φωτογραφίζει συγκεκριμένο υποψήφιο). Στο άρθρο 4 των Τεχνικών Προδιαγραφών προβλέπεται ότι όσον αφορά την επανορθωτική συντήρηση και τις επισκευές σε περίπτωση διακοπής της λειτουργίας οποιουδήποτε μηχανήματος ή οποιασδήποτε ανωμαλίας στη λειτουργία οποιουδήποτε από τα καλυπτόμενα με την παρούσα μέρη του, ο συντηρητής υποχρεώνεται να προσέρχεται αυθημερόν εάν η κλήση δοθεί μέχρι τις 12.00, ενώ εάν δοθεί μετά την 12.00 ώρα, οφείλει να προσέλθει το αργότερο την επόμενη εργάσιμη ημέρα και μέχρι την 10.00 ώρα. Οι επισκευές θα πραγματοποιούνται από Δευτέρα έως και Παρασκευή, από τις 8.00 έως τις 20.00. Λαμβάνοντας υπόψη τις ανωτέρω απαιτήσεις της διακήρυξης, τις οποίες μάλιστα συνομολογεί ο προσφεύγων σε συνδυασμό με το μεγάλο αριθμό μηχανημάτων αιμοκάθαρσης (34) που αφορά ο διαγωνισμός, τα οποία, σύμφωνα με την αναθέτουσα αρχή, εξυπηρετούν 170 ασθενείς ανά διήμερο και το γεγονός ότι δεν αποκλείονται εκ των προτέρων υποψήφιοι συντηρητές, οι οποίοι δεν διαθέτουν συνεργείο στη ... κατά την υποβολή της προσφοράς τους, αλλά αρκεί να υποβάλουν υπεύθυνη δήλωση ότι θα δημιουργήσουν τέτοιο συνεργείο, σε περίπτωση που ανακηρυχθούν ανάδοχοι, προκύπτει ότι ο προσβαλλόμενος όρος με στοιχεία 2.4 του άρθρου 2 του Παραρτήματος Α' της Διακήρυξης δεν είναι ασύνδετος προς το αντικείμενο των προς ανάθεση υπηρεσιών, είναι μάλιστα εύλογος προς τον σκοπό για τον οποίο έχει τεθεί, που είναι η άμεση και άρτια εξυπηρέτηση της σύμβασης και δεν εισάγει διακρίσεις. Επισημαίνεται δε ότι όπως ορθά υποστηρίζει και η αναθέτουσα με τις απόψεις της, οιοδήποτε επιχείρημα του προσφεύγοντος αναφορικά με την επάρκεια των συγκοινωνιακών συνδέσεων μεταξύ της πόλης της Αθήνας και της ...ς δεν συνιστά επαρκή βάση για το αδικαιολόγητο του υπό κρίση όρου, δεδομένου ότι ουδείς δύναται εξ αντικειμένου και κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας να προβλέψει (i) τη δυνατότητα άμεσης ανεύρεσης αεροπορικών ή σιδηροδρομικών εισιτηρίων αυθημερόν για πτήση/τρένο που θα φθάνει στη ... εντός του ορισμένου από τη διακήρυξη χρόνου επισκευής των μηχανημάτων, (ii) τις καιρικές συνθήκες που πιθανώς εμποδίζουν τις μεταφορές (iii) τους λόγους και τις συνθήκες ανωτέρας βίας

Αριθμός Αποφάσεων: 285/2019

(απεργίες, έργα/ατυχήματα/αυξημένη κίνηση στο οδικό δίκτυο), οι οποίες πολλαπλασιάζονται με την απόσταση που πρέπει να διανυθεί. Περαιτέρω ο χρόνος που απαιτείται για την ενδεχόμενη επισκευή πολλών μηχανημάτων σε συνδυασμό με το χρόνο που απαιτείται για να φθάσει ο συντηρητής από την Αθήνα στη ... ενδεχομένως να υπερβαίνει το ωράριο των επισκευών (20:00). Εξάλλου, η εν λόγω τεχνική κρίση της διοίκησης, περί της ανάγκης άμεσης και βέβαιης απόκρισης του συντηρητή επί βλάβης μηχανημάτων δεν δύναται να ελεγχθεί, πολλώ δε μάλλον καθώς δεν αφορά κάποιο επουσιώδες ζήτημα της εκτέλεσης ή κάποιο τεχνικό χαρακτηριστικό, αλλά την ίδια τη λειτουργία της μονάδας αιμοκάθαρσης, η απρόσκοπτη λειτουργία της οποίας συνιστά ύψιστη ευθύνη του νοσοκομείου έναντι των νεφροπαθών ασθενών και σοβαρό λόγο δημοσίου συμφέροντος που κατά τούτο δικαιολογεί απολύτως την προκείμενη απαίτηση. Επιπλέον σε κάθε περίπτωση, από το περιεχόμενο της προσφυγής και του φακέλου δεν επαληθεύεται ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι η διατήρηση μονάδας συντήρησης στη ... συνεπάγεται μεγαλύτερο κόστος για τους οικονομικούς φορείς από τη διαρκή μετακίνηση του συνεργείου συντήρησης (με τα ανταλλακτικά και τεχνικά μέσα) δεδομένου ότι οι τιμές των εισιτηρίων, των καυσίμων κλπ. σε συνδυασμό με τις φορές που ακόμη και ένα από τα 34 μηχανήματα θα χρειαστεί συντήρηση δεν είναι δυνατόν να υπολογισθούν με ακρίβεια και άρα να συγκριθούν με το κόστος μονάδας συντήρησης στη Περαιτέρω, ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί ύπαρξης εναλλακτικής μονάδας αιμοκάθαρσης στη ... αλυσιτελώς προβάλλεται και δεν δύναται να αποτελέσει βάση για την ακύρωση οιασδήποτε όρου για τον προφανή λόγο ότι το ζητούμενο της εν λόγω διακήρυξης και ο λόγος διενέργειας του διαγωνισμού είναι η απρόσκοπτη λειτουργία των ίδιων των μηχανημάτων της αναθέτουσας και όχι η εν γένει επάρκεια του συστήματος αιμοκάθαρσης της Επειδή, κατά συνέπεια, ο δεύτερος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

8. Επειδή ως προς τον τρίτο λόγο της προσφυγής με τον οποίο προβάλλεται η μεροληψία της αναθέτουσας αρχής προκύπτει ότι αυτός είναι अपαράδεκτος, δεδομένου ότι δεν αποκρίνεται σε συγκεκριμένο προσβαλλόμενο όρο ούτε αποτελεί στοιχείο προσβαλλόμενης ενώπιον της ΑΕΠΠ διοικητικής πράξης, αφορά δε αξιολογική κρίση βασιζόμενη στην υπόθεση ότι οι επιλεγέντες από την αναθέτουσα αρχή όροι ευνοούν συγκεκριμένο οικονομικό

Αριθμός Αποφάσεων: 285/2019

φορέα. Ακόμη δε και αν ήθελε υποθεθεί ότι η εν λόγω υπόθεση ευσταθεί, η ΑΕΠΠ αυστηρά δεσμευόμενη από το κανονιστικό της πλαίσιο ουδόλως δύναται να εξετάσει ισχυρισμούς που δεν εμπίπτουν στην αρμοδιότητά της, αλλά σε αυτή των δικαστηρίων ή άλλων αρχών. Εξάλλου, δεν υφίσταται αντικείμενο αυτοτελούς διατακτικού ακόμη και σε περίπτωση που ο εν λόγω ισχυρισμός γινόταν δεκτός, δεδομένου ότι η επιβολή κυρώσεων και καταδίκης σε βάρος της αναθέτουσας αρχής για λόγους επικαλούμενης μακροχρόνιας και επαλαμβανόμενης μεροληψίας και παραβίασης των αρχών της χρηστής διοίκησης. Οι ισχυρισμοί που εξετάζονται από την ΑΕΠΠ κατά τις εφαρμοστέες διατάξεις του ν. 4412/2016 (αρ. 367) είναι όσοι προβάλλονται με ορισμένο τρόπο κατά συγκεκριμένων κεφαλαίων της δια της προσφυγής προσβαλλόμενης πράξης ή παράλειψης που είναι και το αντικείμενο ακύρωσης σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής. Επειδή, κατά συνέπεια, ο τρίτος λόγος της υπό κρίση Προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί.

9. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή.

10. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο ποσού 600,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού 600,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28-2-2019 και εκδόθηκε την 18-3-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ ΓΡΥΠΑΡΗΣ