

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 19.07.2018 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου -Εισηγήτρια-
και Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών
μέτρων αναφορικά με την από 13.07.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο
διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή,
με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών
Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 659/13.07.2018, της εταιρίας με την επωνυμία
«

που εδρεύει στην , όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά όρων της υπ' αριθ. Διακήρυξης του για τη
διεξαγωγή ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού διαγωνισμού με αντικείμενο την προμήθεια « , με κριτήριο κατακύρωσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει μόνο τιμής, προϋπολογισμού συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 112.198,11 ευρώ για ένα (1) έτος, με δικαίωμα του Νοσοκομείου να παρατείνει τη διάρκεια της σύμβασης, με μονομερή του απόφαση πριν από τη λήξη αυτής, για ένα (1) επιπλέον έτος με έναρξη την επομένη της ημερομηνίας λήξης, με τους ίδιους όρους της αρχικής σύμβασης και συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α για δύο (2) έτη 224.396,22 ευρώ.

Αριθμός απόφασης: Α 330 / 2018

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση των προσβαλλόμενων τεχνικών προδιαγραφών που διατυπώνονται στο Παράρτημα I – Τεχνικές Προδιαγραφές της υπόψη διακήρυξης και αφορούν στα είδη συρραπτικών εργαλείων με κωδικούς α/α 1, 2, 9, 10, 13, 23, κατά το μέρος που για τα είδη αυτά απαιτείται να έχουν κλιπς-αγκρήτες ορθογώνιας διατομής και στο είδος αιμοστατικά ψαλίδια υπερήχων με α/α 26 κατά το μέρος που για το είδος αυτό απαιτείται να διαθέτει λεπίδα που πάλλεται σε συχνότητα 55,5 KHz και να είναι συμβατό με το σύστημα ethicon endo surgery του Νοσοκομείου, ώστε να καταστεί δυνατή η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, αφού προηγουμένως απαλειφθούν οι ως άνω τεχνικές προδιαγραφές, οι οποίες, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα που παράνομες, ασαφείς και καταχρηστικές, για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρονται στην προσφυγή της.

Ετέρωθεν, η Προσφεύγουσα αιτείται όπως διαταχθεί η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης διακήρυξης και ληφθούν τα κατάλληλα μέτρα προκειμένου να ανασταλεί οποιαδήποτε πράξη της αναθέτουσας αρχής και δη η πρόοδος του υπόψη διαγωνισμού, έως την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέψη κατά το Νόμο

1. Επειδή, με τη με αριθ. . . Διακήρυξη του . . .

προκηρύχθηκε ανοικτός, δημόσιος, ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την προμήθεια **», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει μόνο τιμής, προϋπολογισμού, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., 112.198,11 ευρώ για ένα (1) έτος, με δικαίωμα του Νοσοκομείου να παρατείνει**

Αριθμός απόφασης: Α 330 / 2018

τη διάρκεια της σύμβασης, με μονομερή του απόφαση πριν από τη λήξη αυτής, για ένα (1) επιπλέον έτος με έναρξη την επομένη της ημερομηνίας λήξης, με τους ίδιους όρους της αρχικής σύμβασης, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για δύο (2) έτη 224.396,22 ευρώ. Ειδικότερα, για τη Ν. Μ. Σπάρτης η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 156.645,34€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, το οποίο ποσό αναλύεται σε 78.322,67€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α για ένα (1) έτος, με δυνατότητα παράτασης ενός (1) έτους ποσού 78.322,67€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. ενώ για τη Ν. Μ. Μολάων η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 67.750,87€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, το οποίο ποσό αναλύεται σε 33.875,44€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α για ένα (1) έτος, και με δυνατότητα παράτασης ενός (1) έτους ποσού 33.875,44€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Κατά τους όρους της διακήρυξης οι διαγωνιζόμενοι έχουν δικαίωμα υποβολής προσφοράς για όλα τα υπό προμήθεια είδη ή μεμονωμένα είδη. Η ως άνω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 03.07.2018 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 03.07.2018, όπου έλαβε Συστηματικό Αριθμό: α/α

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό

„, ποσού 600,00 €, το οποίο συνιστά το κατώτατο κατά το νόμο ποσό παραβόλου, δεδομένης της προϋπολογισθείσας αξίας (άνευ ΦΠΑ) των ειδών στα οποία αφορά η υπόψη προσφυγή.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 112.198,11

Αριθμός απόφασης: Α 330 / 2018

ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 € εμπίπτει στο τεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού, και συνεπώς παραδεκτώς, κατά τούτο, ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ'), όπου προβλέπεται ότι «1. σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», αφού η ανωτέρω προσβαλλόμενη πράξη, αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 03.07.2018, η προσφεύγουσα στην υπό κρίση Προσφυγή της δηλώνει (σελ. 3, πεδίο (7) περ. Δ') ότι έλαβε πραγματική γνώση του περιεχομένου της Διακήρυξης στις 06.07.2018, οπότε και εκκινεί η σχετική 10 ήμερη προθεσμία προς άσκησης της Προσφυγής (ΑΕΠΠ 5/2017, σκ. 10) και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 13.07.2018.

6. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. Φ/Γ/4/7910 (ορθή επανάληψη) από 18.07.2018 έγγραφό της, η αναθέτουσα αρχή εκφράζει τις απόψεις της επί της εν λόγω Προσφυγής.

7. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «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

Αριθμός απόφασης: Α 330 / 2018

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 ζημιώθουν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

8. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «*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*».

9. 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. Ετέρωθεν, δεν 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 κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

10. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως

Αριθμός απόφασης: Α 330 / 2018

νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, 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.

11. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.). γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιώθουν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

12. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή της και με τον πρώτο λόγο αυτής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η απαίτηση που περιέχεται στο Παράρτημα I – Τεχνικές Προδιαγραφές της υπόψη Διακήρυξης σύμφωνα με

Αριθμός απόφασης: Α 330 / 2018

την οποία τα είδη συρραπτικών εργαλείων και ανταλλακτικών με κωδικούς α/α 1, 2, 9, 10, 13 και 23 πρέπει να έχουν αγκτήρες (κλιπς) ορθογώνιας διατομής είναι μη νόμιμη, και δη αντίκειται στην Οδηγία 93/42 ΕΟΚ περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων και την αντίστοιχη ισχύουσα στην ελληνική νομοθεσία υπ'αριθ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 Κοινή Υπουργική Απόφαση (ΦΕΚ 2198/Β/2009) καθότι θεσπίζει μια πρόσθετη ειδική προδιαγραφή, εμποδίζοντας την ελεύθερη κυκλοφορία στην ελληνική αγορά προϊόντων, τα οποία φέρουν τη σήμανση CE, όπως τα δικά της, με αποτέλεσμα η προδιαγραφή αυτή να την εμποδίζει να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, χωρίς να αναφέρεται ότι συντρέχει κάποιος ειδικός και επιστημονικά τεκμηριωμένος λόγος προς τούτο και μάλιστα χωρίς να προκύπτει ότι το Νοσοκομείο έχει προηγουμένως ενημερώσει τον αρμόδιο Εθνικό Οργανισμό Φαρμάκων για την ανάγκη επιβολής της, ώστε να κινηθεί και να ολοκληρωθεί η οριζόμενη στην οδηγία και την οικεία υπουργική απόφαση διαδικασία διασφάλισης. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη κατά τα ανωτέρω προδιαγραφή ευνοεί τα προϊόντα του οίκου κατασκευής Medtronic (και αντιστοίχως του αποκλειστικού αντιπροσώπου αυτής στην Ελλάδα), η οποία είναι η μοναδική που διαθέτει αγκτήρες ορθογώνιας διατομής, και αποκλείει τα δικά της, τα οποία η προσφεύγουσα εμπορεύεται από τον οίκο κατασκευής Panther Healthcare Κίνας, χωρίς να συντρέχει ειδικός επιστημονικά τεκμηριωμένος κατά τον οποίο να αποδεικνύεται ότι τα πρώτα είναι ασφαλέστερα, πολλώ δε μάλλον αφού στην πλειοψηφία της ελληνικής αλλά και ευρωπαϊκής αγοράς χρησιμοποιούνται συρραπτικά εργαλεία με κλιπς μη ορθογώνιας διατομής με άκρως ικανοποιητικά αποτελέσματα. Ακολούθως, με το δεύτερο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο όρος που περιέχεται στο Παράρτημα I – Τεχνικές Προδιαγραφές της υπόψη Διακήρυξης κατά τον οποίο το προϊόν αιμοστατικά ψαλίδια υπερήχων με κωδικό α/α 26 περιγράφεται ως εξής : «Αιμοστατικά ψαλίδια υπερήχων ανοιχτής και λαπαροσκοπικής επέμβασης μήκους 9, 14 και 23 cm με δυνατότητα απολίνωσης αγγείων μέχρι 5mm και δυνατότητα ενεργοποίησης με το χέρι (ενσωματωμένο Hand Activation), χωρίς

Αριθμός απόφασης: Α 330 / 2018

την ανάγκη χρήσης προσαρμογέα. Να διαθέτουν κυρτή λεπίδα πτανίου η οποία πάλλεται με επιμήκη κίνηση σε συχνότητα 55,5 KHz και να είναι τοποθετημένη στο πάνω μέρος του εργαλείου για προστασία των ζωτικών δομών, να έχουν στυλεό αλουμινίου για μόνωση και βελτιωμένη κατανομή του βάρους για διευκόλυνση στην χρήση στα χέρια του χειρουργού. Συμβατά με το σύστημα ethicon endo surgery του Νοσοκομείου» είναι μη νόμιμος κατά το μέρος που απαιτείται τα αιμοστατικά ψαλίδια υπερήχων να λειτουργούν σε συχνότητα 55,5 KHz και να είναι συμβατά με το σύστημα ethicon endo surgery του Νοσοκομείου. Και τούτο διότι η απαίτηση τα αιμοστατικά ψαλίδια υπερήχων να είναι συμβατά με το σύστημα συμβατά με το σύστημα ethicon endo surgery του Νοσοκομείου, ήτοι με τη γεννήτρια υπερήχων του Νοσοκομείου, αποκλείει ουσιαστικά από το διαγωνισμό όλους τους υπόλοιπους προμηθευτές του χώρου, μεταξύ των οποίων και την προσφεύγουσα, η οποία εμπορεύεται ψαλίδια υπερήχων Lotus του οίκου . . . , πλην της εταιρείας

. διότι τα αιμοστατικά ψαλίδια υπερήχων κάθε εταιρείας είναι συμβατά μόνο με την γεννήτρια υπερήχων κάθε εταιρείας και εν προκειμένω τη γεννήτρια ethicon endo surgery του Νοσοκομείου την εμπορεύεται αποκλειστικά και μόνο η εταιρεία επομένως τα μόνα συμβατά με τη γεννήτρια αυτή είναι τα αιμοστατικά ψαλίδια υπερήχων που εμπορεύεται η εταιρεία

. , υπό την εμπορική ονομασία Harmonic του οίκου Ι. Παρόλα αυτά, ως η προσφεύγουσα εκθέτει, ο όρος αυτός δεν επιβάλλεται από κάποιον ειδικό και επιστημονικά τεκμηριωμένο λόγο καθώς όλες οι εταιρίες που εμπορεύονται αιμοστατικά ψαλίδια υπερήχων, όπως και η προσφεύγουσα, σε περίπτωση κατακύρωσης της προμήθειας τέτοιων εργαλείων από οποιοδήποτε Νοσοκομείο, προσφέρουν πάντα προς χρήση καθ'όλη τη διάρκεια της σύμβασης, όλον τον απαραίτητο για τη λειτουργία των αιμοστατικών ψαλιδιών υπερήχων σύνοδο εξοπλισμό, ήτοι τη γεννήτρια υπερήχων και τα εξαρτήματά της. Αναφορικά δε με την απαίτηση τα αιμοστατικά ψαλίδια υπερήχων να λειτουργούν σε συχνότητα 55,5 KHz, η

Αριθμός απόφασης: Α 330 / 2018

προσφεύγουσα προβάλλει ότι και για την προδιαγραφή αυτή δεν συντρέχει κάποιος ειδικός και επιστημονικά τεκμηριωμένος λόγος, διότι αν και τα αιμοστατικά ψαλίδια υπερήχων κάθε εταιρίας είναι συμβατά μόνο με την γεννήτρια υπερήχων κάθε εταιρίας, η συχνότητα της γεννήτριας υπερήχων κάθε μιας εταιρίας διαφέρει από της άλλης, οπότε για να θεωρηθεί μια γεννήτρια ως γεννήτρια υπερήχων αρκεί να παράγει υπέρηχους, δηλαδή να λειτουργεί σε συχνότητα άνω το 20 kHz ενώ κατά τα λοιπά η συγκεκριμένη συχνότητα κάθε γεννήτριας υπερήχων δεν έχει καμία απολύτως σημασία. Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η απαίτηση τα αιμοστατικά ψαλίδια υπερήχων να λειτουργούν σε συχνότητα 55,5 KHz και να είναι συμβατά με το σύστημα ethicon endo surgery του Νοσοκομείου συνιστά μια ειδική πρόσθετη προδιαγραφή, η οποία τίθεται κατά παράβαση της Οδηγίας 93/42/EOK περί των ιατροτεχνολογικών προϊόντων και της αντίστοιχης ισχύουσας στην ελληνική νομοθεσία υπ'αριθ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 Κοινής Υπουργικής Απόφασης (ΦΕΚ 2198/Β/2009), εμποδίζοντας την ελεύθερη κυκλοφορία στην ελληνική αγορά προϊόντων, τα οποία φέρουν τη σήμανση CE, όπως τα δικά της, με αποτέλεσμα η προδιαγραφή αυτή να την εμποδίζει να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, χωρίς να αναφέρεται ότι συντρέχει κάποιος ειδικός και επιστημονικά τεκμηριωμένος λόγος προς τούτο, και μάλιστα χωρίς να προκύπτει ότι το Νοσοκομείο έχει προηγουμένως ενημερώσει τον αρμόδιο Εθνικό Οργανισμό Φαρμάκων για την ανάγκη επιβολής της, ώστε να κινηθεί και να ολοκληρωθεί η οριζόμενη στην οδηγία και την οικεία υπουργική απόφαση διαδικασία διασφάλισης. Από τα ως άνω αναφερόμενα και αναλυτικώς εκτιθέμενα στην υπό κρίση προσφυγή, σε συνδυασμό με τις ισχύουσες κατά την ενωσιακή και εθνική νομοθεσία διατάξεις, ήτοι την Οδηγία 93/42/ΕΕ περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων και τη με την με αριθ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ. 130648/2009 απόφαση των Υπουργών Οικονομίας, και Οικονομικών, Ανάπτυξης, Υγείας και Κοινωνικής Αλληλεγγύης (ΦΕΚ Β' 2198), όπως και την επικαλούμενη νομολογία, πιθανολογείται δυσχέρεια στη συμμετοχή του προσφεύγοντος στο διαγωνισμό. Για την οριστική κρίση επί

Αριθμός απόφασης: Α 330 / 2018

της προσφυγής, ωστόσο, απαιτείται ενδελεχής μελέτη της υπόθεσης, η οποία δεν μπορεί να εξαντληθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015) και δη στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασης αυτής για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

13. Επειδή, όπως προβλέπεται στο Παράρτημα I – Τεχνικές Προδιαγραφές της υπόψη Διακήρυξης οι προσβαλλόμενες προδιαγραφές αφορούν στα είδη της διακήρυξης με κωδικούς α/α 1, 2, 9, 10, 13, 23 και 26, οι οποίοι κωδικοί, όπως ομοίως προβλέπεται στο Παράρτημα I της Διακήρυξης, αντιστοιχούν στον Πίνακα ειδών της Νοσηλευτικής Μονάδας

. . . ως εξής : 1) ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ I - ΠΙΝΑΚΑΣ ΕΙΔΩΝ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΓΙΑ ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗ ΜΟΝΑΔΑ . . . : Α) ο ως άνω Α/Α 1 αντιστοιχεί στους Α/Α 1 και 2, Β) ο ως άνω Α/Α 2 αντιστοιχεί στους Α/Α 3 και 4, Γ) ο ως άνω Α/Α 9 αντιστοιχεί στους Α/Α 12 και 13, Δ) ο ως άνω Α/Α 10 αντιστοιχεί στους Α/Α 14 και 15, Ε) ο ως άνω Α/Α 13 αντιστοιχεί στους Α/Α 18, 19 και 20, ΣΤ) ο ως άνω Α/Α 23 αντιστοιχεί στον Α/Α 37 και Ζ) ο ως άνω Α/Α 26 αντιστοιχεί στον Α/Α 40. Αναλόγως, αντιστοιχούν στον Πίνακα ειδών της Νοσηλευτικής Μονάδας Μολάων ως εξής : 2) ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ I - ΠΙΝΑΚΑΣ ΕΙΔΩΝ ΓΙΑ ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗ ΜΟΝΑΔΑ . . . Ι: Α) ο ως άνω Α/Α 1 αντιστοιχεί στους Α/Α 42 και 43, Β) ο ως άνω Α/Α 2 αντιστοιχεί στους Α/Α 44 και 45, Γ) ο ως άνω Α/Α 9 αντιστοιχεί στους Α/Α 53 και 54, Δ) ο ως άνω Α/Α 10 αντιστοιχεί στους Α/Α 55 και 56, Ε) ο ως άνω Α/Α 13 αντιστοιχεί στους Α/Α 59, 60 και 61, ΣΤ) τα υλικά που περιγράφονται στους άνω Α/Α 23 και 26, δεν ζητούνται για τη Νοσηλευτική Μονάδα . . .

14. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίσης προσφυγής, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρων της διακήρυξης που αφορούν τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών, οι οποίοι όροι κατά τους ισχυρισμούς του είναι παράνομοι, ασαφείς και καταχρηστικοί, και επιτρέπουν την συμμετοχή στον διαγωνισμό σε δύο μόνο κατονομαζόμενες εταιρίες, χωρίς να προσφέρουν ουσιαστικό πλεονέκτημα,

Αριθμός απόφασης: Α 330 / 2018

αποκλείοντας την ευρεία συμμετοχή στον διαγωνισμό εταιριών, μεταξύ των οποίων και της ίδιας της προσφεύγουσας, η οποία δηλώνει ότι εμπορεύεται τα συγκεκριμένα ιατροτεχνολογικά προϊόντα από την Κίνα και την Αγγλία και προτίθεται να λάβει μέρος στον διαγωνισμό για τα συγκεκριμένα αναφερόμενα ως άνω είδη, πλην όμως αποκλείεται παρανόμως εκ των προσβαλλόμενων προδιαγραφών (βλ. ΣτΕ ΕΑ ασφ.μ. 415/2014, 9, 124, 189/2015, πρβλ ΣΤΕ ΕΑ ασφ.μ. 1258, 1316/2008, 342, 670/2009 κ.ά.).

15. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε δε περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή. Επέκεινα οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και της ισχύουσας εν προκειμένω ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας, που συνετελέσθη με τους προσβαλλόμενους όρους, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, ως ήδη εκτέθηκε στη σκέψη 12 της παρούσας.

16. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

17. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι θα υποστεί βλάβη από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, στο βαθμό

Αριθμός απόφασης: Α 330 / 2018

που οι προσβαλλόμενοι όροι ενσωματώνουν τεχνικές προδιαγραφές μη νόμιμες και καταχρηστικές, οι θίγουν το δικαίωμα συμμετοχής της στον υπόψη διαγωνισμό για τα είδη στα οποία αφορούν, καθότι τά προϊόντα που εμπορεύεται δεν ικανοποιούν τις ως άνω παρανόμως τεθείσες προδιαγραφές, οπότε η εκ μέρους της υποβολή προσφορά υπό τους ισχύοντες δρους θα ήταν άσκοπη.

18. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας, αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, ήτοι του ανοίγματος τεχνικών και οικονομικών προσφορών, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας των τεχνικών όρων της Διακήρυξης, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας τίθεται εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης. Θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της έγκρισης των πρακτικών της τεχνικής αξιολόγησης, στο βαθμό που η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας ήθελε κριθεί ως απαράδεκτη και μη σύμφωνη με τη Διακήρυξη, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Όμοιως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβήτησεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα των αμφισβητούμενων τεχνικών δρων της διακήρυξης.

19. Επειδή, περαιτέρω, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της Προσφυγής αυτής.

20. Επειδή, εξάλλου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των

Αριθμός απόφασης: Α 330 / 2018

διακινδυνεύομενων ως άνω συμφέροντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας κατά το μέρος που αφορά στην υποβολή προσφοράς για τα είδη με α/α 1, 2, 9, 10, 13, 23 και 26, όπως αυτά αντιστοιχούν στους πίνακες ειδών της Νοσηλευτικής Μονάδας Σπάρτης και της Νοσηλευτικής Μονάδας Μολάων, ως αναλυτικά εκτίθεται στη σκέψη 12 της παρούσας.

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (σκέψη 8), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγνωσμού.

22. Επειδή, επέκεινα και εφόσον νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, θα πρέπει να ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας για τα ως άνω είδη.

· Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με τη με αριθ. Διακήρυξη του για τη διεξαγωγή ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού διαγωνισμού με αντικείμενο την προμήθεια «», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής, προϋπολογισμού, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., 112.198,11 ευρώ για ένα (1) έτος, με δικαίωμα του Νοσοκομείου να παρατείνει τη διάρκεια της σύμβασης, με μονομερή του απόφαση πριν από τη λήξη αυτής, για ένα (1) επιπλέον έτος με έναρξη την επομένη της ημερομηνίας

Αριθμός απόφασης: Α 330 / 2018

λήξης, με τους ίδιους όρους της αρχικής σύμβασης και συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για δύο (2) έτη 224.396,22 ευρώ, κατά το μέρος που αφορά στα είδη της διακήρυξης με κωδικούς α/α 1, 2, 9, 10, 13, 23 και 26, οι οποίοι κωδικοί, όπως ομοίως προβλέπεται στο Παράρτημα I της Διακήρυξης, αντιστοιχούν στον Πίνακα ειδών της Νοσηλευτικής Μονάδας : ως εξής : 1) ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ I - ΠΙΝΑΚΑΣ ΕΙΔΩΝ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΓΙΑ ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗ ΜΟΝΑΔΑ
..... : A) ο ως άνω Α/Α 1 αντιστοιχεί στους Α/Α 1 και 2, B) ο ως άνω Α/Α 2 αντιστοιχεί στους Α/Α 3 και 4, Γ) ο ως άνω Α/Α 9 αντιστοιχεί στους Α/Α 12 και 13, Δ) ο ως άνω Α/Α 10 αντιστοιχεί στους Α/Α 14 και 15, Ε) ο ως άνω Α/Α 13 αντιστοιχεί στους Α/Α 18, 19 και 20, ΣΤ) ο ως άνω Α/Α 23 αντιστοιχεί στον Α/Α 37 και Ζ) ο ως άνω Α/Α 26 αντιστοιχεί στον Α/Α 40 και αναλόγως, αντιστοιχούν στον Πίνακα ειδών της Νοσηλευτικής Μονάδας ως εξής : 2) ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ I - ΠΙΝΑΚΑΣ ΕΙΔΩΝ ΓΙΑ ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗ ΜΟΝΑΔΑ
..... : A) ο ως άνω Α/Α 1 αντιστοιχεί στους Α/Α 42 και 43, B) ο ως άνω Α/Α 2 αντιστοιχεί στους Α/Α 44 και 45, Γ) ο ως άνω Α/Α 9 αντιστοιχεί στους Α/Α 53 και 54, Δ) ο ως άνω Α/Α 10 αντιστοιχεί στους Α/Α 55 και 56, Ε) ο ως άνω Α/Α 13 αντιστοιχεί στους Α/Α 59, 60 και 61, ΣΤ) τα υλικά που περιγράφονται στους άνω Α/Α 23 και 26, δεν ζητούνται για τη Νοσηλευτική Μονάδα .

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 19 Ιουλίου 2018, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος



Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Η Γραμματέας



Γεωργία Παν. Ντεμερούκα