

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Αυγούστου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται: α) στην από 07.08.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 767/08.08.2018 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» και β) στην από 08.08.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 771/09.08.2018 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενων.

Κατά του ΠΑΓΝΗ -Γ.Ν ΒΕΝΙΖΕΛΕΙΟ (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με τις ως άνω Προδικαστικές Προσφυγές οι προσφεύγουσες εταιρίες επιδιώκουν, όπως ακυρωθεί (στο σύνολό της) η υπ' αριθμ. 15/2018 Διακήρυξη του «ΠΑΓΝΗ - Γ.Ν ΒΕΝΙΖΕΛΕΙΟ», που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού, διεθνούς, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «Προμήθεια, εγκατάσταση, λειτουργία και συντήρηση ενός Συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση» [CPV 42511200-3 «Μηχανές υγροποίησης αέρα ή άλλων αερίων»], συνολικού προϋπολογισμού €258.064,52, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (Συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: 60128).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. 22810109795810020003, ποσού €1.291,00 Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός). Επειδή, για την άσκηση της δεύτερης Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. 22805247995810020036 ποσού €1.291,00 αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου.

2. Επειδή, η πρώτη ως άνω προσφεύγουσα άσκησε την, από 07.08.2018, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/767/08.08.2018 και η δεύτερη ως άνω προσφεύγουσα την, από 08.08.2018, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/771/09.08.2018, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού.

3. Επειδή, οι ως άνω Προδικαστικές Προσφυγές στρέφονται κατά Διακήρυξης, που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου ανοικτού διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού €258.064,52, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά τους, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν.

4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα οι προσφεύγουσες εταιρίες προσβάλλουν την ως άνω Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστικές Προσφυγές έχουν κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού.

5. Επειδή οι προσφεύγουσες, οι οποίες δραστηριοποιούνται στο αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, έχουν προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση των εν λόγω Προδικαστικών Προσφυγών, στις οποίες ενσωματώνουν και το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, μέχρι την έκδοση οριστικής Απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί των εξεταζόμενων Προδικαστικών Προσφυγών.

6. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα («...»), ισχυρίζεται ότι οι τεχνικές προδιαγραφές που θεσπίζονται στο Παράρτημα II («ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ») της επίμαχης Διακήρυξης παραβιάζουν τις θεμελιώδεις ενωσιακές αρχές της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα, η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είναι παράνομες και συνεπώς, πρέπει να ακυρωθούν οι κάτωθι απαιτήσεις: α) ότι το αυτόματο κέντρο προτεραιότητας πηγών οξυγόνου πρέπει να φέρει πιστοποίηση CE ιατροτεχνολογικού προϊόντος, β) ότι ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να εγγυηθεί θερμοκρασία λειτουργίας της γραμμής παραγωγής οξυγόνου από 0 έως 45° C [ειδικότερα ότι: ο συμπιεστής θα πρέπει να είναι κατάλληλος για υψηλές θερμοκρασίες περιβάλλοντος (πλέον των 45° C), η θερμοκρασία εισερχομένου αέρα θα πρέπει να είναι 50° C κατ' ελάχιστον (για το ξηραντήριο ψυκτικού τύπου), ενώ η μέγιστη θερμοκρασία περιβάλλοντος, θα πρέπει να είναι 45° C κατ' ελάχιστον], γ) ότι ο ανάδοχος θα πρέπει να παραδώσει σύστημα ελέγχου, συναγερμών και τηλεπιτήρησης, μέσω του οποίου θα παρακολουθείται και η πίεση και η στάθμη της Δεξαμενής υγρού οξυγόνου, δ) ότι η εκτέλεση τυχόν εργασιών τροποποίησης του χώρου εγκατάστασης, όπως

και η έκδοση τυχόν αδειοδοτήσεων, θα γίνουν με ευθύνη του αναδόχου, ε) ότι ο ανάδοχος υποχρεούται να δηλώσει πως στο κόστος συντήρησης, περιλαμβάνονται όλα τα κόστη εργασιών, υλικών-ανταλλακτικών προληπτικής ή και έκτακτης συντήρησης, στ) ότι ο ανάδοχος υποχρεούται να εγγυηθεί τη Μέση Ενεργειακή Κατανάλωση για δέκα (10) χρόνια, με ρήτρα χρέωσης της σχετικής υπέρβασης, ζ) ότι ο ανάδοχος υποχρεούται να εγγυάται την πλήρη και αδειάλειπτη παραγωγή της προσφερθείσης ποσότητας και ποιότητας οξυγόνου και η) ότι σε περίπτωση που η καθαρότητα του οξυγόνου υπερβεί τα επιθυμητά όρια, πρέπει να υπάρχει ένδειξη ότι η υπέρβαση προέρχεται, είτε από μεγαλύτερη παραγωγή οξυγόνου (από τα ονομαστικά δεδομένα της γεννήτριας), είτε από φθορά του προσροφητικού υλικού. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα («...»), ισχυρίζεται ότι η απόφαση του υπόψη Νοσοκομείου να προκηρύξει δημόσιο διεθνή διαγωνισμό για την εγκατάσταση και συντήρηση της Μονάδας Παραγωγής Οξυγόνου για ιατρική χρήση, κρίνοντας δηλαδή ότι μόνο η ως άνω Μονάδα αποτελεί την Κύρια Πηγή του Συστήματος τροφοδοσίας ιατρικού οξυγόνου - και όχι οι λοιπές πηγές (Δευτερεύουσα: Δεξαμενή Υγρού Οξυγόνου και Εφεδρική: Συστοιχίες Φιαλών Οξυγόνου) αυτού - ελήφθη κατά παράβαση του άρθρου 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2017/745 για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα και των συναφών κανονιστικών πράξεων, που περιέχονται στο ISO 7396-1/2016 και στο Doc 195/2015 της EIGA. Άλλωστε, κατά την προσφεύγουσα, οι «Μηχανές υγροποίησης αέρα ή άλλων αερίων», ανήκουν στην κατηγορία των «μηχανημάτων βιομηχανικών εγκαταστάσεων» (CPV 42000000) και όχι στην κατηγορία των «ιατροτεχνολογικών προϊόντων» [άρθρο 2 Κανονισμού (ΕΕ) 2017/745]. Με βάση τους ισχυρισμούς της ως άνω προσφεύγουσας (σελ. 8 της Προσφυγής της) και οι τρεις (3) Πηγές παραγωγής οξυγόνου (Κύρια, Δευτερεύουσα, Εφεδρική), θα έπρεπε να αποτελούν το αντικείμενο του επίμαχου Διαγωνισμού. Αυτό δε αποδεικνύεται από πλείστες απαιτήσεις της υπόψη Διακήρυξης, που αφορούν στη λειτουργία και στη συντήρηση του προς ανάθεση Συστήματος [π.χ «ο Ανάδοχος θα αναλάβει την πλήρη λειτουργία και συντήρηση του συστήματος κατά τον συμβατικό χρόνο» (σελ. 35 των τεχνικών προδιαγραφών) ή «ο Ανάδοχος υποχρεούται να έχει όλες

τις πηγές (τη γραμμή παραγωγής και τις δύο εφεδρείες) σε πλήρη ετοιμότητα» (σελ. 51-52 των τεχνικών προδιαγραφών) κλπ]. Συναφώς, η προσφεύγουσα διαμαρτύρεται για την τιθέμενη εκ της Διακηρύξεως υποχρέωση του αναδόχου «[...] για αδιάλειπτη, επαρκή και ασφαλή τροφοδοσία του δικτύου ιατρικού οξυγόνου [...]», αφής στιγμής οι προμηθευτές των λοιπών πηγών (Δευτερεύουσας και Εφεδρικής) είναι τρίτα πρόσωπα και όχι ο ίδιος. Μάλιστα, όπως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα (σελ. 11 της Προσφυγής της), για να καταστεί εφικτή η εκτέλεση των υποχρεώσεων του αναδόχου σχετικά με τη συντήρηση της Δευτερεύουσας και Εφεδρικής Πηγής Οξυγόνου (που παράγουν φαρμακευτικό οξυγόνο), θα πρέπει να ζητηθεί από τη Διακήρυξη, η προσκόμισης της -απαιτούμενης προς τούτο- άδειας κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ. Τέλος, η προβλεπόμενη (δεκαετής) χρονική διάρκεια της σύμβασης συντήρησης και λειτουργίας του προς ανάθεση Συστήματος, είναι κατά την ως άνω εταιρία, παράνομη, αφού το μέγιστο χρονικό διάστημα των συμβάσεων προμήθειας είναι τα τέσσερα (4) έτη, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις.

7. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: «Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Συνεπώς, η Απόφαση επί του αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεύει να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της Απόφασης επί αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, είναι η διασφάλιση των (κατ' ελάχιστον) 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.

8. Επειδή, στο άρθρο 6 «Μέθοδοι υπολογισμού της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης» (άρθρο 5 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας μιας σύμβασης βασίζεται

στο συνολικό πληρωτέο ποσό, χωρίς ΦΠΑ, όπως εκτιμάται από την αναθέτουσα αρχή, συμπεριλαμβανομένου κάθε τυχόν δικαιώματος προαιρέσεως ή τυχόν παρατάσεων της σύμβασης, όπως ορίζουν ρητά τα έγγραφα της σύμβασης. Αν η αναθέτουσα αρχή προβλέπει απονομή βραβείων ή καταβολή χρηματικών ποσών για τους υποψήφιους ή προσφέροντες, λαμβάνει υπόψη της τα ποσά αυτά κατά τον υπολογισμό της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης».

9. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...]». (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.11.1999, Υπόθεση C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, σκέψη 31• ΔΕΕ, Απόφαση της 7.12.2000, Υπόθεση C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, σκέψη 61• ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45).

10. Επειδή, στο άρθρο 54 «Τεχνικές προδιαγραφές» (άρθρο 42 της Οδηγίας 2014/24/Ε.Ε), παράγραφοι 2 έως 4 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με

παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο», γ) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις κατά τα οριζόμενα στην περίπτωση α', με παραπομπή, ως τεκμήριο συμβατότητας προς τις εν λόγω επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β', δ) με παραπομπή στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' για ορισμένα χαρακτηριστικά και με παραπομπή στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις που αναφέρονται στην περίπτωση α' για ορισμένα άλλα χαρακτηριστικά. 4. Οι τεχνικές προδιαγραφές, εκτός εάν δικαιολογείται από το αντικείμενο της σύμβασης, δεν περιέχουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερης μεθόδου κατασκευής που να χαρακτηρίζει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες που παρέχονται από έναν συγκεκριμένο οικονομικό φορέα, ούτε εμπορικού σήματος, διπλώματος ευρεσιτεχνίας, τύπων ή συγκεκριμένης καταγωγής ή παραγωγής που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα. Η εν λόγω μνεία επιτρέπεται, κατ' εξαίρεση, όταν δεν είναι δυνατόν να γίνει επαρκώς προσδιορισμένη και κατανοητή περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατ' εφαρμογή της παρ. 3. Η εν λόγω μνεία συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο» [...].».

11. Επειδή, στο άρθρο 1.3. («Συνοπτική περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης») της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 3), ορίζεται ότι: «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η Προμήθεια, Εγκατάσταση, Λειτουργία και Συντήρηση ενός «Συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση» [CPV 42511200-3 «Μηχανές

υγροποίησης αέρα ή άλλων αερίων»], Προϋπολογισμός: 280.000,00 ΕΥΡΩ συμπεριλαμβανομένου και του Φ.Π.Α Προϋπολογισμός: 225.806,50 ΕΥΡΩ μη συμπεριλαμβανομένου και του Φ.Π.Α 24% σε βάρος του ΚΑΕ [...] Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται: 1. Ως προς την προμήθεια, εγκατάσταση και παραλαβή του συστήματος, όπως αυτή προσδιορίζεται στο Παράρτημα των Τεχνικών Προδιαγραφών. 2. Ως προς τη συντήρηση, ο ανάδοχος δεσμεύεται για τη δεκαετή (από την ημερομηνία της οριστικής ποιοτικής και ποσοτικής παραλαβής του συστήματος), συντήρηση και υποστήριξη του Συστήματος, όπως αυτή προσδιορίζεται στο Παράρτημα των Τεχνικών Προδιαγραφών, με τη σημείωση ότι κάθε έτος το Νοσοκομείο (σε περίπτωση όπου η προσφερθείσα ετήσια τιμή συντήρησης κριθεί, σύμφωνα με τις οικονομικές συνθήκες, οι οποίες θα επικρατούν μετά τη λήξη της εγγύησης καλής λειτουργίας, ως υψηλή), δύναται να διαπραγματεύεται».

12. Επειδή, στο άρθρο 2 («Ορισμοί») του Κανονισμού (ΕΕ) 2017/745 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 5ης Απριλίου 2017 «για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, για την τροποποίηση της Οδηγίας 2001/83/ΕΚ, του Κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 178/2002 και του Κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1223/2009 και για την κατάργηση των Οδηγιών του Συμβουλίου 90/385/ΕΟΚ και 93/42/ΕΟΚ», ορίζεται ότι: «Για τους σκοπούς του παρόντος κανονισμού, ισχύουν οι ακόλουθοι ορισμοί: 1) ως «ιατροτεχνολογικό προϊόν» νοείται κάθε όργανο, συσκευή, εξοπλισμός, λογισμικό, εμφύτευμα, αντιδραστήριο, υλικό ή άλλο αντικείμενο το οποίο προορίζεται από τον κατασκευαστή να χρησιμοποιηθεί, μόνο του ή σε συνδυασμό, στον άνθρωπο για έναν ή περισσότερους από τους ακόλουθους συγκεκριμένους ιατρικούς σκοπούς: - διάγνωση, πρόληψη, παρακολούθηση, πρόβλεψη, πρόγνωση, θεραπεία ή ανακούφιση ασθένειας, - διάγνωση, παρακολούθηση, θεραπεία, ανακούφιση ή επανόρθωση τραύματος ή αναπηρίας, - διερεύνηση, αντικατάσταση ή τροποποίηση της ανατομίας ή μιας φυσιολογικής ή παθολογικής λειτουργίας ή κατάστασης, - παροχή πληροφοριών χάρη σε in vitro εξέταση δειγμάτων, προερχόμενων από το ανθρώπινο σώμα, συμπεριλαμβανομένων της αιμοδοσίας και της δωρεάς

οργάνων και ιστών, και του οποίου η κύρια επιδιωκόμενη δράση, εντός ή επί του ανθρώπινου σώματος, δεν επιτυγχάνεται με φαρμακολογικά ή ανοσολογικά μέσα ούτε μέσω του μεταβολισμού αλλά του οποίου η λειτουργία μπορεί να υποβοηθείται από τέτοια μέσα. Τα ακόλουθα προϊόντα νοούνται επίσης ως ιατροτεχνολογικά προϊόντα: - τεχνολογικά προϊόντα για τον έλεγχο ή την υποβοήθηση της σύλληψης, - προϊόντα που προορίζονται ειδικά για τον καθαρισμό, την απολύμανση ή την αποστείρωση των τεχνολογικών προϊόντων που αναφέρονται στο άρθρο 1 παράγραφος 4 και εκείνων που αναφέρονται στο πρώτο εδάφιο του παρόντος σημείου [...]».

13. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 12.12.2002, Υπόθεση C-470/99, Universale-Bau, σκέψη 91· ΔΕΕ, Απόφαση της 29.04.2005, Υπόθεση C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

14. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993). Αντιστοίχως, η

παραβάση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

15. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής).

16. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή, στο με αρ. πρωτ. 15587/17.08.2018, έγγραφο απόψεων επί της πρώτης εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, που απέστειλε στο κρίνον Κλιμάκιο, ισχυρίζεται ότι η πρακτική που (είθισται να) ακολουθείται στις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων προμήθειας και συντήρησης ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού μείζονος σημασίας, είναι η ανάδειξη του αναδόχου, όχι μόνο από το κόστος της προμήθειας, αλλά και από το κόστος της λειτουργίας-συντήρησης σε βάθος δεκαετίας, άλλως, θα υπήρχε ο κίνδυνος «[...] ανεξέλεγκτου κόστους συντήρησης από τον μοναδικό δυνάμενο να το πραγματοποιήσει (υψηλή τεχνολογία, licence) [...]». Περαιτέρω, το υπόψη Νοσοκομείο υπογραμμίζει ότι η παροχή υπηρεσιών συντήρησης δεκαετούς διάρκειας, δε συνιστά «δικαίωμα προαίρεσης», υπό την έννοια του άρθρου 6 του Ν. 4412/2016, καθώς και ότι η δαπάνη που θα προκύψει για τη λειτουργία-συντήρηση του προμηθευόμενου εξοπλισμού δεν περιλαμβάνεται στην προϋπολογισθείσα δαπάνη «[...] διότι δεν είναι δυνατή η πρόβλεψή της και ο καθορισμός ορισμένης τιμής [...]». Σε σχέση

με τις επίμαχες τεχνικές προδιαγραφές, το υπόψη Νοσοκομείο αναφέρει τα εξής: α) εφόσον, βάσει της Οδηγίας για τα ιατροτεχνολογικά προϊόντα, απαιτείται πιστοποίηση CE για το προς προμήθεια «Σύστημα τροφοδοσίας οξυγόνου», ορθώς η επίμαχη Διακήρυξη απαιτεί την ίδια πιστοποίηση και για τα μέρη που το απαρτίζουν, β) το ζητούμενο εύρος των θερμοκρασιών λειτουργίας, ανταποκρίνεται πλήρως στα τεχνικά δεδομένα και στις δυνατότητες του εν λόγω Συστήματος, γ) η απαίτηση για μέτρηση της πίεσης και της στάθμης της Δεξαμενής υγρού οξυγόνου, αποτελεί κρίσιμη παράμετρο του προς προμήθεια/εγκατάσταση Συστήματος, δεδομένου ότι το υγρό οξυγόνο αποτελεί τη Δευτερεύουσα Πηγή, δ) σε περίπτωση έκδοσης αδειοδοτήσεων, είναι αυτονόητη η σχετική τροποποίηση της προθεσμίας παραλαβής, ε) το κόστος συντήρησης μπορεί ελεύθερα να εκτιμηθεί από τους υποψήφιους προμηθευτές και να περιληφθεί στην οικονομική τους προσφορά, στ) η Μέση Ετήσια Ενεργειακή Κατανάλωση, που οφείλει να εγγυηθεί ο ανάδοχος, διαμορφώνεται ελεύθερα και περιλαμβάνεται στην οικονομική του προσφορά, η) είναι εύλογη η απαίτηση ότι ο ανάδοχος υποχρεούται να επιτηρεί πλήρως και αδιαλείπτως την τροφοδοσία του οξυγόνου στη Δευτερεύουσα και στην Εφεδρική Πηγή και να ενημερώνει σχετικά το Νοσοκομείο, για λόγους διασφάλισης της ομαλής λειτουργίας του Συστήματος. Τέλος, η οικεία αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η πρώτη προσφεύγουσα δεν απέδειξε επαρκώς και καταλλήλως τη βλάβη που υφίσταται, λόγω της θέσπισης των επίμαχων απαιτήσεων της Διακήρυξης, με συνέπεια να στερείται έννομο συμφέροντος για την άσκηση της Προσφυγής της. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή, στο με αρ. πρωτ. 15576/17.08.2018, έγγραφο απόψεων επί της δεύτερης εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, που απέστειλε στο κρίνον Κλιμάκιο, ισχυρίζεται ότι: η επίμαχη Διακήρυξη αφορά στο πλήρες Σύστημα παραγωγής οξυγόνου και των τριών Πηγών, ενώ εξαιρούνται οι Φιάλες Οξυγόνου και η Δεξαμενή Υγρού Οξυγόνου, που θα αποτελέσουν αντικείμενο άλλου διαγωνισμού, όπου θα δικαιούνται να συμμετάσχουν οι έχοντες άδεια διακίνησης οξυγόνου 99,5% του Ε.Ο.Φ. Ειδικότερα, το Νοσοκομείο διατείνεται ότι η διαδικασία ανάθεσης σύμβασης προμήθεια υγρού οξυγόνου 99.5% (και

των περιεκτών αυτού), δε σχετίζεται με τη συντήρηση του συνόλου της εγκατάστασης. Τέλος, η οικεία αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι η δεύτερη προσφεύγουσα δεν απέδειξε επαρκώς και καταλλήλως τη βλάβη που υφίσταται, λόγω της θέσπισης των επίμαχων όρων της Διακήρυξης, με συνέπεια να στερείται έννομου συμφέροντος για την άσκηση της Προσφυγής της.

17. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας των ισχυρισμών των προσφευγουσών εταιριών, οι οποίοι πάντως δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι και απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας.

18. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του - τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου - και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

19. Επειδή, περαιτέρω, η ανάγκη προμήθειας, εγκατάστασης, λειτουργίας και συντήρησης ενός Συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με Μονάδα Παραγωγής Οξυγόνου για ιατρική χρήση, συνιστά επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος για τη συνέχιση του υπόψη Διαγωνισμού. Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ 840/2008).

20. Επειδή, κατόπιν σταθμίσεως του δημοσίου συμφέροντος και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, πρέπει, για όλους τους ανωτέρω λόγους και ιδίως, επειδή πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα (σκέψη 18), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, να διαταχθεί η αναστολή της ισχύος της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, έως ότου δημοσιευθεί οριστική Απόφαση από την Α.Ε.Π.Π επί των εξεταζόμενων Προδικαστικών Προσφυγών.

21. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή της ισχύος της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας αρχής από την έκδοση οιασδήποτε Απόφασης, τη διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή/και τη ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης ενέργειας, καθόσον σε περίπτωση αποδοχής των εν λόγω Προδικαστικών Προσφυγών, όλες οι επόμενες (της νυν προσβαλλόμενης), πράξεις θα είναι άκυρες, μέχρι την έκδοση Απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί των κρινόμενων Προδικαστικών Προσφυγών. Η αναστολή αυτή δε διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση Απόφασης επί των Προσφυγών διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 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.

22. Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή των Προδικαστικών Προσφυγών λόγω της προόδου της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης των προσφευγουσών εταιριών, σε περίπτωση που κριθεί με την Απόφαση επί των Προδικαστικών Προσφυγών ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη είναι ακυρωτέα, γιατί παραβιάζει τις κείμενες διατάξεις για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, αλλά και τις θεμελιώδεις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, της αναλογικότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού.

23. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα χορήγησης αναστολής - προσωρινών μέτρων των προσφευγουσών εταιριών πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί χορήγησης αναστολής-προσωρινών μέτρων.

Αναστέλλει την ισχύ της υπ' αριθμ. 15/2018 Διακήρυξης του «ΠΑΓΝΗ - Γ.Ν ΒΕΝΙΖΕΛΕΙΟ», που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου, ανοικτού, διεθνούς, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια, εγκατάσταση, λειτουργία και συντήρηση ενός Συστήματος τροφοδοσίας οξυγόνου με μονάδα παραγωγής οξυγόνου για ιατρική χρήση» [CPV 42511200-3 «Μηχανές υγραποίησης αέρα ή άλλων αερίων»], μέχρι την έκδοση Απόφασης επί των υπο κρίση Προδικαστικών Προσφυγών, σύμφωνα με το άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Αυγούστου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Ιωάννα Κακλαμάνη