

Η

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

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και
Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 18-12-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1352/18-12-2018 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....».

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της με αρ..... διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης με αντικείμενο την για τις ανάγκες της αναθέτουσας αρχής, άλλως την ακύρωση της διακήρυξης κατά το προσβαλλόμενο μέρος της.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την προαναφερθείσα με αρ..... διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό τακτικό διαγωνισμό κάτω των ορίων, για την ανάθεση της σύμβασης «.....», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με CPV

Αριθμός απόφασης: Α 557/2018

συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 154.677,40 €, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, από το ΠΠΥΥ 2015, διάρκειας δύο (2) μηνών, καταληκτική δε ημερομηνία υποβολής προσφορών έχει ορισθεί η 14-1-2019 και ώρα 15.00. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε οκτώ (8) Τμήματα, ήτοι: α) Διφασικός Απινιδωτής, β) Σύστημα Τηλεμετρίας, γ) Ινσοπτικό Βρογχοσκόπιο, δ) Σύστημα Αυτόματης Επικάλυψης Πλακιδίων, ε) Μικροσκόπιο με Διοφθαλμία Ανακλινόμενη Κεφαλή, στ) Φυγόκεντροι 2 τεμάχια, ζ) Αυτόματος Διαχωριστής Παραγώγων Αίματος και η) Πύργος θωρακοσκοπικών επεμβάσεων. Οι υποψήφιοι δύνανται να υποβάλλουν προσφορά είτε για το σύνολο του εξοπλισμού είτε για κάθε επιμέρους είδος ξεχωριστά. Η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ 2018-12-10, και στο ΕΣΗΔΗΣ με α/α

3. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή ο προσφεύγων δηλώνει ότι προτίθεται να συμμετάσχει στο ανωτέρω διαγωνισμό για την και βάλει κατά συγκεκριμένης τεχνικής προδιαγραφής που τίθεται με τη διακήρυξη για το συγκεκριμένο είδος. Υποστηρίζει δε ότι η επιλογή της αναθέτουσας αρχής να θέσει σε ένα τέτοιο διαγωνισμό το κριτήριο της χαμηλότερης τιμής είναι προφανώς εσφαλμένη και παράνομη, αφού δεν λαμβάνει υπόψη τις ιδιαιτερότητες της συγκριμένης προμήθειας που αφορά υψηλής αξίας ιατρικά μηχανήματα τεχνολογικής αιχμής με πολύ διαφορετικά μεταξύ τους τεχνικά χαρακτηριστικά και όχι αναλώσιμα υλικά, όπου οι διαφοροποιήσεις των τεχνικών χαρακτηριστικών είναι ελάχιστες. Αυτό αποδεικνύεται, κατά το προσφεύγοντα, και από τις εκτεταμένες και λεπτομερείς τεχνικές προδιαγραφές που απαιτούνται για το εν προκειμένω ινσοπτικό βρογχοσκόπιο από την προσβαλλόμενη διακήρυξη. Η αναθέτουσα αρχή, εφόσον επέλεξε ως κριτήριο επιλογής αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, όφειλε, κατά τον προσφεύγοντα, να μην περιλάβει στην διακήρυξη επιπρόσθετες προδιαγραφές πέραν αυτών που αναφέρονται στη σήμανση CE MARK, θέτοντας με αυτό τον τρόπο ανεπίτρεπτα εμπόδια στην κυκλοφορία και την προμήθεια τους. Συγκεκριμένα η απαίτηση που τίθεται στο Παράρτημα II της διακήρυξης - Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων / Τεχνικές Προδιαγραφές για την προμήθεια του ινσοπτικού βρογχοσκοπίου

Αριθμός απόφασης: Α 557/2018

όσον αφορά στο βίντεο-επεξεργαστή High Definition «6.Να διαθέτει απαραίτητα διακόπτη ισορροπίας λευκού χρώματος (*white balance*) στο πρόσθιο τμήμα της συσκευής για άμεση πρόσβαση του χρήστη», δηλαδή η απαίτηση της διακήρυξης η λειτουργία "white balance" να ρυθμίζεται με διακόπτη, ο οποίος μάλιστα να βρίσκεται στο πρόσθιο τμήμα της συσκευής, είναι καταφανώς παράνομος, κατά τον προσφεύγοντα. Κάθε κατασκευαστικός οίκος χρησιμοποιεί, διαφορετικό τρόπο ρύθμισης της λειτουργίας "white balance". Η απαίτηση της προδιαγραφής για συγκεκριμένο τρόπο ρύθμισης (με διακόπτη) και δη ξεπερασμένο τεχνολογικά και για συγκεκριμένο σημείο τοποθέτησής του είναι παράνομος, αφού : α) δεν έχει ιδιαίτερη τεχνολογική αξία και δεν τεκμηριώνεται επιστημονικά η αναγκαιότητά του να γίνεται η ρύθμιση με διακόπτη χειροκίνητα β) συνιστά επιπλέον χαρακτηριστικό του προς προμήθεια προϊόντος από όσα προβλέπονται από Κανονιστικές Πράξεις Κοινοτικής Νομοθεσίας (CE), χωρίς αιτιολόγηση για την αναγκαιότητα του, παραπέμποντας ο προσφεύγων στο τεχνικό φυλλάδιο και το Πιστοποιητικό CE, και με αυτό τον τρόπο τίθενται παρανόμως ανεπίτρεπτα εμπόδια στην κυκλοφορία και την προμήθεια του, γ) δεν συνιστά ελάχιστη απαίτηση, αλλά υπερβαίνει τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, αφού δεν συνιστά χαρακτηριστικό απολύτως αναγκαίο για τον λειτουργικό σκοπό που καλύπτει, δ) δεν είναι απόλυτα αναγκαίος για την κατάλληλη χρήση του προϊόντος για τον συμβατικό σκοπό, ε) διατυπώνεται με τρόπο ειδικό και λεπτομερή τέτοιο, ώστε να αποκλείει υποψηφίους αναδόχους, οι οποίοι υπό άλλη, ομοίως επαρκή για τη διασφάλιση της απαιτούμενης καταλληλότητας, διατύπωση, θα μετείχαν, τονώνοντας τον ανταγωνισμό, στ) θίγει αδικαιολόγητα τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας και πρωτίστως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Με την προσφυγή του ο εν λόγω οικονομικός φορέας δηλώνει ότι δεν αμφισβητεί την αναγκαιότητα της ρύθμισης του λευκού χρώματος, αλλά μόνο τον τρόπο με το οποίο απαιτείται από την προδιαγραφή να γίνεται η ρύθμιση «με διακόπτη» «στο πρόσθιο τμήμα». Η απαίτηση αυτή καθίσταται ακόμα πιο παραλογή όταν, λόγω αυτής αποκλείεται ένα σύστημα το οποίο είναι εξελιγμένο τεχνολογικά και μπορεί να κάνει την ρύθμιση αυτή με τρόπο αυτόματο, και με τρόπο αναμφισβήτητο πιο ακριβή από τον διακόπτη. Κατά τον

Αριθμός απόφασης: Α 557/2018

προσφεύγοντα, η προδιαγραφή αυτή πρέπει να ακυρωθεί, άλλως να διατυπωθεί με τέτοιο τρόπο ώστε να απαιτείται η ρύθμιση της λειτουργίας με οιοδήποτε ισοδύναμο τρόπο (αυτόματο ή χειροκίνητο).

4. 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 600,00 €, λαμβανομένου υπόψη ότι η προσφυγή ασκείται για το ινσοπτικό βρογχοσκόπιο προϋπολογισθείσας αξίας 16.129,03€, εμπρόθεσμα και παραδεκτά ασκείται κατά τα λοιπά.

5. 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 προμηθευτή του συγκεκριμένου είδους, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν του ως άνω Τμήματος της συγκεκριμένης σύμβασης, ο οποίος όμως, συνάγοντας από τους ισχυρισμούς του, δυσχεραίνεται να υποβάλλει συμμετοχή εξαιτίας του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης. Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

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

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 υπ' αρ.1769/19-12-2018 Πράξης της Προέδρου του σε εξέταση περί 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

Αριθμός απόφασης: Α 557/2018

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 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.

Αριθμός απόφασης: Α 557/2018

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 πρόοδό 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 1769/2018 Πράξεως της Προέδρου 3ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 10-1-2019, 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 έως και την 30^η Ιανουαρίου 2019, δια της επιβολής στην αναθέτουσα αρχή όπως παρατείνει τον χρόνο καταληκτικής υποβολής προσφορών τουλάχιστον έως και το πέρας της ανωτέρω ημέρας. 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 ενδιάμεση και εντός του χρόνου της

Αριθμός απόφασης: Α 557/2018

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

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Διατάσσει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την 30^η Ιανουαρίου 2019, 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 ενδιάμεσως, 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 20-12-2018 και εκδόθηκε την 21-12-2018.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ ΚΟΥΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΖΑΦΕΙΡΑΤΟΥ