

Αριθμός απόφασης: Α 502 / 2018

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 15 Νοεμβρίου 2018, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Αργυρώ Τσουλούφα – Εισηγήτρια - δυνάμει της με αρ. 1522/2018 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων το οποίο σωρεύεται στην με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1147/05-11-2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στη (εφεξής «προσφεύγων/προσφεύγουσα»).

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΑΣΚΛΗΠΙΕΙΟ ΒΟΥΛΑΣ» που εδρεύει στη Βούλα Αττικής, οδός Βασιλέως Παύλου 1, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «Νοσοκομείο» ή «ΑΑ»), στο πλαίσιο ανοιχτής διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθμ. πρωτ. 49/2018 Διακήρυξη με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου για την «Προμήθεια ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΑΕΡΙΩΝ (CPV 24111500-0)» για ένα έτος, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής και με εκτιμώμενη αξία της σύμβασης να ανέρχεται στο ποσό των 280.072,85€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (Προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ 225.857,35€), η οποία δημοσιεύθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ στις 11.10.2018 και αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 11.10. 2018 και για την οποία και ασκείται η Προσφυγή κατά των όρων της, για τους λόγους που αναφέρει στην προσφυγή του.

Αριθμός απόφασης: Α 502 / 2018

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 05.11.2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, ο προσφεύγων, πέραν του αιτήματος να ακυρωθεί η Προκήρυξη, άλλως να τροποποιηθούν ορισμένοι όροι της διακήρυξης κατά το σκεπτικό της προσφυγής του, επιδιώκει να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης και η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας με αρ. Συστήματος στο ΕΣΗΔΗΣ 65083, έως την έκδοση Απόφασης επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Αργυρώ Τσουλούφα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, (κωδικός e-Παραβόλου αυτόματης δέσμευσης 24102520958 1224 0088, εκδοθέν για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 1.130,00€, που αντιστοιχεί στο προβλεπόμενο σύμφωνα με τις πιο πάνω διατάξεις ποσοστό 0,5% της προϋπολογισθείσας αξίας του διαγωνισμού άνευ ΦΠΑ, στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η προσφυγή.

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέτασή της, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, που ανέρχεται σε 225.857,35€, χωρίς ΦΠΑ (345 παρ. 1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (προμήθεια) και της ημερομηνίας αποστολής για δημοσίευση προκήρυξης της

Αριθμός απόφασης: Α 502 / 2018

σύμβασης στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (αριθμός και ημερομηνία δημοσίευσης, 2018/S 192-433527/05-10-2018), δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι του Ν. 4412/2016 και υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 γ' του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

4. Επειδή, στην παρ. 1 περ. (γ) έδαφ. β' του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017 προβλέπεται ότι «1. (σ)ε 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». Προκύπτει ως εκ τούτου εναργώς και σύμφωνα με τη γραμματική ερμηνεία της υπόψη διάταξης ότι, ο νομοθέτης διακρίνει την πλήρη γνώση για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης σε δύο κατηγορίες, την πραγματική και την τεκμαιρόμενη γνώση, προσδιορίζοντας χρονικά το όριο της τεκμαιρόμενης γνώσης στο δεύτερο εδάφιο της περ. (γ) σε δεκαπέντε μέρες (15) από τη δημοσίευση. Οι αυτές δύο περιπτώσεις, πραγματικής και τεκμαιρόμενης γνώσης, προβλέπονταν και υπό το πρίσμα του άρθρου 4 παρ. 3 του προϊσχύσαντος Ν.3886/2010, με τη διαφορά ότι η γνώση της διακήρυξης τεκμαιρόταν ότι υπάρχει μετά την πάροδο ευλόγου χρόνου από τη δημοσίευση, ο δε εύλογος αυτός χρόνος κατά πάγια νομολογία είχε κριθεί ότι δεν μπορούσε να είναι μεγαλύτερος από το ήμισυ του χρόνου που μεσολαβεί από την τελευταία δημοσίευση της διακήρυξης μέχρι τη λήξη της ημερομηνίας υποβολής των προσφορών (ΕΑ ΣΤΕ 515/2012, 676/2011, ΔΕΦΑΘ 1687/2014, 430/2014). Με το νέο νομοθετικό πλαίσιο επιτυγχάνεται πληρέστερη συμμόρφωση προς τις δικονομικές οδηγίες (Οδηγία 89/665/ΕΟΚ

Αριθμός απόφασης: Α 502 / 2018

και 2007/66/ΕΚ) αφενός και αφετέρου εγκαθιδρύεται ένα σαφές χρονικό πλαίσιο εντός του οποίου μπορεί να ασκηθεί η προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα και με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016.

5. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 4 («Προθεσμία άσκησης προσφυγής») παράγραφος 1 του Π.Δ. 39/2017 (Κανονισμός), ορίζεται ότι: «Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή με τηλεομοιοτυπία (άρθρο 361 παρ. 1 περ. α' ν. 4412/2016) ή β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας (άρθρο 361 παρ. 1 περ. β' ν. 4412/2016), άλλως γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δέκα πέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' ν. 4412/2016). 2. Σε περίπτωση παράλειψης, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι δεκαπέντε (15) ημέρες από την επόμενη της συντέλεσης της προσβαλλόμενης παράλειψης (άρθρο 361 παρ. 2 ν. 4412/2016)».

6. Επειδή, στο άρθρο 12 («Τελικές διατάξεις») παράγραφος 1 του Π.Δ. 38/2017 («Κανονισμός λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών», ΦΕΚ Α' 63) ορίζεται ότι: «Για τα θέματα που δεν ρυθμίζονται με ειδικότερες διατάξεις στον παρόντα Κανονισμό, εφαρμόζονται επικουρικά οι διατάξεις του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, όπως ισχύει».

7. Επειδή, στο άρθρο 10 («Προθεσμίες προς ενέργεια») παράγραφοι 1 και 7 του Ν. 2690/1999, ως ισχύει («Κύρωση του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας») ορίζεται ότι: «1. Οι προθεσμίες για την υποβολή

Αριθμός απόφασης: Α 502 / 2018

αίτησης, αναφοράς, δήλωσης ή άλλου εγγράφου του ενδιαφερομένου, καθώς και για οποιαδήποτε άλλη ενέργειά του είναι αποκλειστικές, εκτός αν χαρακτηρίζονται ενδεικτικές από τις διατάξεις που τις προβλέπουν [...] 7. «Για τον υπολογισμό των προθεσμιών, αν ειδικές διατάξεις δεν ορίζουν διαφορετικά, εφαρμόζονται οι διατάξεις των άρθρων 241-246 του Αστικού Κώδικα».

8. Επειδή, στα άρθρα 240-242 ΑΚ ορίζονται (αντίστοιχα) τα εξής: Άρθρο 240: «Στις προθεσμίες που καθορίζονται με νόμο, δικαστική απόφαση ή δικαιοπραξία ισχύουν οι ερμηνευτικές διατάξεις των άρθρων 241 έως 246», Άρθρο 241: «Η προθεσμία αρχίζει την επόμενη της ημέρας όπου έγινε το γεγονός που αποτελεί την αφετηρία της [...], Άρθρο 242: «Η προθεσμία λήγει όταν περάσει ολόκληρη η τελευταία ημέρα και αν είναι κατά νόμο εορτάσιμη, όταν περάσει ολόκληρη η επόμενη εργάσιμη».

9. Επειδή, είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο εθνική ρύθμιση, η οποία προβλέπει ότι η Προσφυγή κατά Αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ασκείται εντός της ταχθείσας προς τούτο προθεσμίας και ότι οι θιγόμενοι ενδιαφερόμενοι που επικαλούνται πλημμέλεια της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, προς στήριξη της Προσφυγής τους, πρέπει να προβάλουν την εν λόγω πλημμέλεια εντός της ίδιας προθεσμίας, διότι άλλως θα απωλέσουν το σχετικό δικαίωμά τους, με αποτέλεσμα ότι, εάν παρέλθει η προθεσμία αυτή, δεν είναι δυνατή ούτε η προσβολή της εν λόγω Αποφάσεως, ούτε η προβολή της εν λόγω πλημμέλειας, εφόσον η επίμαχη προθεσμία είναι εύλογη (ΔΕΕ, Απόφαση της 11.10.2007, Υπόθεση C-241/06, Lämmerzahl, σκέψη 50 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

10. Επειδή, το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 11.10.2018 (ΚΗΜΔΗΣ: 18PROC003826330) και ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι έλαβε γνώση της υπ' αρ. 49/2018 διακήρυξης στις 26.10.2018, την οποία και χαρακτηρίζει ως τεκμαιρόμενη, η δε αναθέτουσα αρχή δεν αντικρούει τον ισχυρισμό του αυτό. Περαιτέρω, από όλα τα υπόλοιπα στοιχεία του φακέλου

Αριθμός απόφασης: Α 502 / 2018

δεν προκύπτει αν είχε λάβει πραγματική γνώση νωρίτερα, άσκησε την εν λόγω προδικαστική προσφυγή την 02.11.2018(16:49:31 ΕΣΗΔΗΣ). Ως εκ των ανωτέρω πιθανολογείται ότι η προσφυγή ασκήθηκε εμπροθέσμως.

11. Επειδή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, επικαλούμενος ότι η Προκήρυξη είναι παράνομη διότι παρόλο που με αυτή σκοπείται η προμήθεια του Γενικού Νοσοκομείου «ΑΣΚΛΗΠΙΕΙΟΥ» Βούλας με οξυγόνο και άλλα αέρια ιατρικής χρήσης, τα οποία έχουν την ιδιότητα του φαρμάκου και ορθώς ζητείται μάλιστα επί ποινή απόρριψης υπό σημείο Α και Γ των Τεχνικών Προδιαγραφών για την Προμήθεια Ιατρικών Αερίων η προσκόμιση από τους προσφέροντες της άδειας κυκλοφορίας του ΕΟΦ σύμφωνα με τις διατάξεις της ΥΑ Δ. ΥΓ3α/Γ.Π.32221 ΦΕΚΒ/1049/29.04.2013, εντούτοις οι τεχνικές προδιαγραφές δε συμφωνούν με την ισχύουσα νομοθεσία περί φαρμάκων για τους λόγους που αναφέρει στην προσφυγή του, ασκεί δε αυτήν με έννομο συμφέρον, αφού, παρά το γεγονός ότι δεν έχει ακόμα υποβάλλει προσφορά, δραστηριοποιείται στον τομέα του οξυγόνου και των ιατρικών αερίων μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται και τα υπό προμήθεια είδη και προτίθεται κατά δήλωσή του να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό του Νοσοκομείου, το οποίο σημειωτέον προμηθεύει μέχρι σήμερα με τα είδη αυτά.

12. Επειδή, με την υπό εξέταση προσφυγή του ο προσφεύγων βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, διότι, κατά τους ισχυρισμούς του, συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές που απαιτούνται από τη διακήρυξη και μάλιστα επί ποινή απόρριψης της προσφοράς δεν συμφωνούν με την ισχύουσα νομοθεσία περί φαρμάκων για τους εξής αναφερόμενους λόγους: «Παρόλο που με την διακήρυξη σκοπείται η προμήθεια του Γενικού Νοσοκομείου «ΑΣΚΛΗΠΙΕΙΟΥ» Βούλας με οξυγόνο και άλλα αέρια ιατρικής χρήσης, τα οποία έχουν την ιδιότητα του φαρμάκου και ορθώς ζητείται μάλιστα επί ποινή απόρριψης υπό σημείο Α και Γ των Τεχνικών Προδιαγραφών για την Προμήθεια Ιατρικών Αερίων η προσκόμιση από τους προσφέροντες της άδειας κυκλοφορίας του ΕΟΦ σύμφωνα με τις διατάξεις της ΥΑ Δ. ΥΓ3α/Γ.Π.32221 ΦΕΚΒ/1049/29.04.2013, εντούτοις οι τεχνικές

Αριθμός απόφασης: Α 502 / 2018

προδιαγραφές δε συμφωνούν με την ισχύουσα νομοθεσία περί φαρμάκων διότι: 1. Ο προμηθευτής ανάδοχος στον όρο 2 των Τεχνικών Προδιαγραφών των Ιατρικών Αερίων σε φιάλες, στη σελίδα 45 της διακήρυξης, καλείται μεταξύ άλλων να ελέγχει τις προς αναγόμωση κενές φιάλες ιδιοκτησίας του νοσοκομείου προκειμένου να διαπιστώσει την καταλληλότητά τους σύμφωνα με την ΑΠ Β 10451/929/88 υπουργική απόφαση (ΦΕΚ 370/Β'/09-06-88) παραλείποντας να θέσει επιπλέον και την ακόλουθη προϋπόθεση για την αναγόμωσή τους την οποία υπαγορεύει η ισχύουσα νομοθεσία περί φαρμάκου. 2. Ειδικότερα, η ισχύουσα νομοθεσία περί φαρμάκου και άδειας κυκλοφορίας, προβλέπει ότι η εξωτερική συσκευασία του φαρμάκου που λαμβάνει άδεια κυκλοφορίας (όπως τα προς προμήθεια είδη που πληρούν την ιδιότητα του φαρμάκου), ή εφόσον δεν υπάρχει εξωτερική συσκευασία, η στοιχειώδης συσκευασία κάθε φαρμάκου, εγκρίνεται από τον ΕΟΦ. Επιπλέον, σύμφωνα με την υπ' αρ. 62060/2010 (ΦΕΚ Β' /1586/30-09-2010) απόφαση του Προέδρου του ΕΟΦ περί «Καθορισμού των Κατευθυντήριων Γραμμών της Ε.Ε. σχετικά με τις Αρχές και τους Κανόνες Καλής Παραγωγής για τα φάρμακα και τα δοκιμαζόμενα φάρμακα ανθρώπινης χρήσης», όπως τροποποιήθηκε, ορίζεται ότι «ο περιέκτης είναι ένα κρυσταλλικό δοχείο (δεξαμενή, βυτίο ή κάθε άλλος τύπος φορητού κρυσταλλικού δοχείου), κύλινδρος, συστοιχία κυλίνδρων ή κάθε άλλο είδος συσκευασίας που έρχεται σε άμεση επαφή με το ιατρικό αέριο. Στο σημείο 24 μάλιστα της ως άνω απόφασης ορίζεται ότι «Κύλινδροι, φορητά κρυσταλλικά δοχεία και βαλβίδες, θα πρέπει να συμφωνούν με τις κατάλληλες τεχνικές προδιαγραφές και τις σχετικές απαιτήσεις της άδειας κυκλοφορίας», ενώ στο σημείο 32 της ίδιας απόφασης ορίζεται ότι «Κύλινδροι που έχουν επιστραφεί για επαναπλήρωση θα πρέπει να προετοιμάζονται με προσοχή ώστε να ελαχιστοποιούνται οι κίνδυνοι της επιμόλυνσης, σύμφωνα με τις διαδικασίες που καθορίζονται από την Άδεια Κυκλοφορίας». Ο Προσφεύγων ισχυρίζεται επομένως ότι από τα στοιχεία που παραθέτει προκύπτει ότι στην άδεια κυκλοφορίας των ιατρικών αερίων που εμπíπτουν στην έννοια των φαρμάκων, εμπεριέχονται και οι περιέκτες τους (φιάλες κλπ) - αδειοδοτούνται στην ουσία και οι τύποι

Αριθμός απόφασης: Α 502 / 2018

(μέγεθος, κατασκευαστής φιάλης κλπ) - οι οποίοι εμπεριέχονται στην άδεια κυκλοφορίας των εν λόγω ιατρικών αερίων, με αποτέλεσμα ο ανάδοχος προμηθευτής να μπορεί σε συμμόρφωση με την ισχύουσα νομοθεσία και την άδεια κυκλοφορίας του, να αναγομώνει μόνο τις φιάλες ιδιοκτησίας του νοσοκομείου, αν είναι ίδιου ή συμβατού τύπου με αυτές που περιέχονται στην άδεια κυκλοφορίας του». Για τους ανωτέρω λόγους, ο προσφεύγων αιτείται να τροποποιηθούν οι όροι της διακήρυξης κατά τρόπον ώστε να προβλέπεται ότι ο προμηθευτής θα πληρώνει τις φιάλες του νοσοκομείου εφόσον μεταξύ άλλων συμφωνούν οι εν λόγω φιάλες με την άδειά του, είναι δηλαδή του ίδιου ή παρόμοιου τύπου (μέγεθος, κατασκευαστής κλπ). Σε διαφορετική περίπτωση, ο προμηθευτής θα πληρώνει με ιατρικό αέριο-φάρμακο τις φιάλες ιδιοκτησίας του, ο τύπος των οποίων περιλαμβάνεται στην άδεια κυκλοφορίας του και θα τις παραχωρεί στο νοσοκομείο έναντι μισθώματος.

13. Επειδή, μετά ταύτα, ο προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της προόδου του διαγωνισμού, μέχρις εκδόσεως Απόφασης επί της προσφυγής του.

14. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή με το με αρ. πρωτ. ΕΚΤ 1182/09.11.2018 έγγραφο της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού με ΘΕΜΑ: ΑΠΑΝΤΗΣΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΕΝΩΠΙΩΝ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (ΑΕΠΠ) ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «.....»: «Σε απάντηση του ως άνω σχετικού εγγράφου και σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία περί φαρμάκων, σας αναφέρουμε ότι οι όροι της Διακήρυξης πρέπει να τροποποιηθούν, προκειμένου να προβλέπεται ότι «ο Προμηθευτής θα πληρώνει τις φιάλες του Γ.Ν. «Ασκληπιείο» Βούλας, εφόσον μεταξύ άλλων, συμφωνούν οι εν λόγω φιάλες με την άδειά του, δηλαδή θα είναι του ίδιου ή παρόμοιου τύπου. Σε διαφορετική περίπτωση, ο Προμηθευτής θα πληρώνει με ιατρικό αέριο – φάρμακο τις φιάλες ιδιοκτησίας του, ο τύπος των οποίων περιλαμβάνεται στην άδεια κυκλοφορίας του και θα τις παραχωρεί στο Νοσοκομείο έναντι μισθώματος».

Αριθμός απόφασης: Α 502 / 2018

15. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368»

16. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016: «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 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 ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων»

Αριθμός απόφασης: Α 502 / 2018

17. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

18. 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».*

19. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανάρθωτων 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 ανεπανάρθωτης βλάβης ή ζημίας.

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

Αριθμός απόφασης: Α 502 / 2018

21. Επειδή, εν προκειμένω, αφενός από την επισκόπηση του φακέλου των εγγράφων της σύμβασης και αφετέρου από την έμμεση συνομολόγηση της Αναθέτουσας Αρχής δια του εγγράφου με αρ. πρωτ. ΕΚΤ 1182/09.11.2018 της Επιτροπής Διαγωνισμού το οποίο τιτλοφορείται ως «ΑΠΑΝΤΗΣΗ ΠΡΟΣΦΥΓΗΣ ΕΝΩΠΙΩΝ ΤΗΣ ΑΡΧΗΣ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (ΑΕΠΠ) ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «.....», πιθανολογείται ότι ο λόγος της προσφυγής δεν προβάλλεται από τον προσφεύγοντα ως προδήλως αβάσιμος. Περαιτέρω, και παρά την έμμεση συνομολόγηση του βασίμου της προσφυγής εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, το Νοσοκομείο δια των αρμοδίων οργάνων του δεν έχει προβεί έως σήμερα σε οποιαδήποτε ενέργεια σύμφωνα με τις επιταγές της νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων προς αποδοχή των αιτιάσεων της προσφυγής και ενσωμάτωσής τους στο σώμα της Διακήρυξης.

22. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας της υπό εξέταση προσφυγής απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, η οποία πάντως δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασής τους για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

23. Επειδή, εν προκειμένω α) έχει ασκηθεί παραδεκτώς η υπό κρίση προσφυγή, β) ενδέχεται να υφίσταται βλάβη του αιτούντος από τη μη ακύρωση άλλως τροποποίηση της υπ' αρ. 49/2018 Διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείου «ΑΣΚΛΗΠΙΕΙΟ» Βούλας λόγω μη δυνατότητας συμμετοχής του στον εν λόγω διαγωνισμό για τους ως άνω αναφερόμενους λόγους γ) ο μόνος λόγος της προσφυγής δεν κρίνεται ως προδήλως αβάσιμος. Σε κάθε περίπτωση δε, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

Αριθμός απόφασης: Α 502 / 2018

24. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας αρχής αλλά και των καθ' ου φορέων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας των όρων της διακήρυξης, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη κάθε έτερη εκτελεστή πράξη της Αναθέτουσας Αρχής, οδηγώντας τοιοιτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, τα οποία δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας.

25. Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, και, ιδίως, η αναστολή της αποσφράγισης των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό εξέταση προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής.

26. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής της προσφεύγουσας.

Αριθμός απόφασης: Α 502 / 2018

Αναστέλλει την πρόοδο του ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού του ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ «ΑΣΚΛΗΠΙΕΙΟ» Βούλας που προκηρύχθηκε με την με αριθμ. πρωτ. 49/2018 Διακήρυξη με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου για την «Προμήθεια ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΑΕΡΙΩΝ (CPV 24111500-0)» για ένα έτος, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής και με εκτιμώμενη αξία της σύμβασης να ανέρχεται στο ποσό των 280.072,85€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (Προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ 225.857,35€), μέχρις εκδόσεως Απόφασης από την Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση Προσφυγής, μέσα στην αποκλειστική προθεσμία του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 15 Νοεμβρίου 2018, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Όλγα Θάνου