

**Αριθμός απόφασης: Α 588 / 2019**

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 23 Δεκεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αρ. 1916/2019 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1527/13-12-2019 της εταιρείας περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στο ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «.....»).

Κατά του .....που εδρεύει στη ..... (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «Νοσοκομείο») και κατά της από 27-11-2019 15ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του στο οποίο συμπεριλαμβάνεται υπό το θέμα Α6 η έγκριση πρακτικών επιτροπής επί των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών και οικονομικής αξιολόγησης προσφορών για τον ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό που το νοσοκομείο διενεργεί για την προμήθεια διατάξεων νεφρικής υποστήριξης (με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ..... ) με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ 64.484,80€, κατά το μέρος με το οποίο απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας για τα είδη υπό Α/Α 13 και 14 της προμήθειας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

## **Αριθμός απόφασης: Α 588 / 2019**

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, το νοσοκομείο με τη με αριθμό 11/2019 διακήρυξή του προκήρυξε τον επίμαχο ηλεκτρονικό διαγωνισμό με α/α ΕΣΗΔΗΣ ..... για την ανάδειξη αναδόχου/ων της ως άνω αναφερόμενης προμήθειας. Η προκηρυχθείσα προμήθεια αφορούσε δεκαεπτά είδη (τμήματα), προσφορές δε μπορούσαν να υποβληθούν για ένα, περισσότερα ή και όλα τα είδη. Ο συνολικός προϋπολογισμός της σύμβασης ορίστηκε χωρίς ΦΠΑ στα 64.484,80€ και κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνον βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Μετά την υποβολή προσφορών, την αποσφράγιση τους και τον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των προσφερόντων, το νοσοκομείο, με την προσβαλλόμενη απόφαση του Διοικητικού του Συμβουλίου (από 27-11-2019 15ης Συνεδρίασής του - θέμα Α6, αποφάσισε την έγκριση των Πρακτικών περί Αποσφράγισης και αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνικών Προσφορών και Οικονομικών Προσφορών καθώς και κατακύρωσης του επίμαχου διαγωνισμού και, μεταξύ των λοιπών ειδών, ειδικώς σε σχέση με τα είδη με α/α 13 και 14, απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας και ανακήρυξε την εταιρεία .....προσωρινή ανάδοχο των επίμαχων ειδών της σύμβασης, επειδή είχε υποβάλει την πλέον συμφέρουσα προσφορά. Κατά της απόφασης αυτής, κατά το μέρος που για τα επίμαχα είδη απέρριψε την προσφορά της, άσκησε η προσφεύγουσα την υπό εξέταση προδικαστική της προσφυγή.

2. Επειδή, με την ως άνω προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. με το από 13-12-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, πλέον του αιτήματός της να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας για τα επίμαχα είδη (α/α 13 και 14) της σύμβασης, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

### **Αριθμός απόφασης: Α 588 / 2019**

3. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό .....), ποσού 600,00€, το οποίο ανέρχεται στο ελάχιστο καταβαλλόμενο ύψος, σύμφωνα με τις συνδυασμένες διατάξεις των παρ. 1 και 2 των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η εκτιμώμενη αξία των ειδών σχετικά με τα οποία ασκείται η προσφυγή (είδη με α/α 13 και 14) της σύμβασης ανέρχεται σε ποσό προ ΦΠΑ 14.080,00€.

4. Επειδή, η υπό εξέταση 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, είναι και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 02-12-2019 και η προσφυγή ασκήθηκε την 12-12-2019.

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016) που ανέρχεται σε προ ΦΠΑ ποσό 64.484,80€, του αντικειμένου της (προμήθεια), της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί και της νομικής της φύσης, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση της οικείας διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ 28-08-2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή έχει τροποποιηθεί και ισχύει, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

## **Αριθμός απόφασης: Α 588 / 2019**

6. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι η προσφεύγουσα συμμετείχε στο διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά και για τα επίμαχα είδη της σύμβασης (α/α 13 και 14), η οποία μάλιστα κατά τους ισχυρισμούς της ήταν χαμηλότερη της εταιρείας η οποία ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος της προμήθειας των επίμαχων ειδών, κατά συνέπεια πιθανολογείται ότι με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει κατά της απόρριψης της προσφοράς της. Συγκεκριμένα, προβάλλει τα εξής: Αναφορικά με την απόρριψη της τεχνικής της προσφοράς ως προς το υπό α/α 13 προσφερόμενο είδος «Σετ φίλτρων για όλες τις θεραπείες συνεχούς νεφρικής αποκατάστασης», ότι η επιφάνεια του εκ μέρους της προσφερόμενου προϊόντος εμπίπτει στο εύρος μεταξύ 0,2m<sup>2</sup> έως και 1,8m<sup>2</sup>, όπως τούτο προβλέπεται από την οικεία τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης, επιπλέον ότι τα φίλτρα της αποστειρώνονται με Οξειδίο του αιθυλενίου (ΕΤΟ ethylene oxide gas), που αποτελεί ενδεδειγμένο και αποτελεσματικό τρόπο αποστείρωσης για την πλειονότητα των μικροοργανισμών, συμπεριλαμβανομένων των ιών. Επιπλέον προβάλλει ότι το αέριο EtO μπορεί να διεισδύσει σε όλες τις περιοχές του φίλτρου ακόμη και αν είναι συσκευασμένο πριν από την αποστείρωση. Αναφορικά δε με την απόρριψη της τεχνικής της προσφοράς ως προς το υπό α/α 14 προσφερόμενο είδος «Σετ φίλτρων ειδικών μεθόδων», ότι το φίλτρο που προσέφερε εμπίπτει στο εύρος μεταξύ 1,5m<sup>2</sup> και 1,8m<sup>2</sup>, όπως τούτο προβλέπεται από την οικεία τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης, επιπλέον και σχετικά με τη μέθοδο αποστείρωσης προβάλλει ότι και για το υπό α/α 13 είδος.

7. Επειδή, με το με αριθμό πρωτ. 753/18-12-2019 έγγραφο του Διοικητή του Νοσοκομείου, η αναθέτουσα αρχή παραθέτει τις απόψεις της, αντικρούοντας επί της ουσίας τους λόγους της προσφυγής, δεν προβάλλει όμως κανέναν ισχυρισμό επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας που σωρεύεται στην υπό εξέταση προσφυγή, ούτε επικαλείται λόγους δημοσίου συμφέροντος για την χωρίς καθυστέρηση πρόοδο του διαγωνισμού.

## **Αριθμός απόφασης: Α 588 / 2019**

8. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω πιθανολογείται ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτοι ούτε προδήλως αβάσιμοι. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσον επί του παραδεκτού όσο και επί της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9, 10, 20, 41, 46/2015), διότι απαιτείται ενδελεχής έρευνα στα έγγραφα των προσφορών των διαγωνιζομένων και τους όρους της διακήρυξης, θα διαληφθεί όμως στην απόφαση του επιληφθέντος Κλιμακίου της ΑΕΠΠ επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή, κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο έγκρισης των τεχνικών και οικονομικών προσφορών.

10. Επειδή, ενόψει όσων γίνονται δεκτά στη σκέψη 8 της παρούσας, δεν μπορεί να αποκλειστεί ζημία της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

11. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής, αλλά ακόμη και του οικονομικού φορέα, ο οποίος έχει ήδη ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος στα επίμαχα είδη της σύμβασης από την πρόοδο του διαγωνισμού, με την υποβολή και αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της κρίσης επί της αξιολόγησης της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω. Τυχόν ακύρωση, μάλιστα, της προσβαλλόμενης θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη και την τυχόν εκδοθησόμενη πράξη έγκρισης πρακτικού αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου για τα επίμαχα είδη, εκτός των τυχόν άλλων πλημμελειών αυτής της πράξης, ένεκα των οποίων θα μπορούσε να προσβληθεί, στα πλαίσια της καθιερούμενης στο βιβλίο IV του ν. 4412/2016 διαδικασίας παροχής έννομης προστασίας,

### **Αριθμός απόφασης: Α 588 / 2019**

οδηγώντας τοιούτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών και υποχρεώνοντας την αναθέτουσα αρχή να ακυρώνει πράξεις, με συνέπεια περαιτέρω χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Οι παραπάνω κίνδυνοι, ωστόσο, δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1916/2019 Πράξης του Προέδρου του επιληφθέντος Κλιμακίου για την 17η-01ου-2019, η όποια επίπτωση από την αναστολή προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή ή στον προσωρινό ανάδοχο της σύμβασης. Αντίθετα, 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 του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο έχει αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

12. 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, ώστε να μην προχωρήσει η διαδικασία και να ανασταλεί η υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου για τα επίμαχα είδη της σύμβασης και, αν αυτά έχουν υποβληθεί, η αναθέτουσα αρχή να μην προβεί στην αποσφράγιση και αξιολόγησή τους. 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 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

**Αριθμός απόφασης: Α 588 / 2019**

13. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του με α/α ΕΣΗΔΗΣ ..... ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου μειοδοτικού διαγωνισμού, τον οποίο το .....διενεργεί (με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ..... ) για την προμήθεια διατάξεων νεφρικής υποστήριξης με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ 64.484,80€ και μόνον για τα είδη με α/α 13 και 14 της σύμβασης και ιδίως αναστέλλει την υποβολή και, αν έχουν υποβληθεί, την αποσφράγιση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου των επίμαχων ειδών της σύμβασης, μέχρις εκδόσεως απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 23 Δεκεμβρίου 2019, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

**Ο Πρόεδρος**

**Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Η Γραμματέας**

**Τζέιμυ Γιάννακα**

**α.α.**

**Φωτεινή Μαραντίδου**