

Η

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

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 17-04-2019, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια και τα Μέλη Κωνσταντίνο Κορομπέλη και Κυριακή Σιδηροπούλου.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 355/22-03-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ... και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής προσφεύγων) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «...» (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει, κατόπιν ορθής εκτίμησης αυτής, την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής από το απόσπασμα των πρακτικών της υπ' αριθμ. 4^{ης} από 27.02.2019 Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου (της Αναθέτουσας Αρχής) με θέμα: «έκτακτο 5ο: Επικύρωση πρακτικού αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής αξιολόγησης του Επαναληπτικού ανοικτού τακτικού διαγωνισμού προμήθειας χειρουργικών εργαλείων, με κριτήριο αξιολόγησης τη χαμηλότερη τιμή (αριθμ. διακ....) προϋπολογισμού έως 500.000 € με Φ.Π.Α.», δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε, μεταξύ άλλων, και ειδικά για τα τμήματα 7, 8 και 11 του διαγωνισμού: «[...] α) Την έγκριση του υπ' αριθμ. πρωτ. ... πρακτικού αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής αξιολόγησης, της αρμόδιας επιτροπής διενέργειας, του επαναληπτικού ανοικτού τακτικού διαγωνισμού άνω των ορίων για την προμήθεια χειρουργικών εργαλείων προϋπολογισμού έως 500.000 € με Φ.Π.Α. β) Την τεχνική απόρριψη των προσφορών των εταιρειών ως ακολούθως: [...] γ) Την πρόκριση των λοιπών εταιρειών στον επόμενο στάδιο αυτό της αξιολόγησης των κατατεθειμένων οικονομικών προσφορών για τα είδη που έχουν τύχει θετικής τεχνικής αξιολόγησης. [...]», μέσα στο πλαίσιο της με αριθμό διακήρυξης ..., δυνάμει της οποίας επαναπροκηρύχθηκε ΑΝΟΙΧΤΟΣ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΣ ΑΝΩ ΤΩΝ ΟΡΙΩΝ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΩΝ ΕΡΓΑΛΕΙΩΝ, με κριτήριο

Αριθμός Απόφασης: 479 / 2019

κατακύρωσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει τιμής, με CPV :33140000-3. Ο Διαγωνισμός φέρει συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των ευρώ 500.000€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Πιο συγκεκριμένα, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της τεχνικής πληρότητας της προσφοράς του οικονομικού φορέα ... για το Τμήμα 7, κατά της τεχνικής πληρότητας της προσφοράς του οικονομικού φορέα ... για το Τμήμα 8 και κατά της τεχνικής πληρότητας της προσφοράς του οικονομικού φορέα ... για το Τμήμα 11.

Η εξέταση της προδικαστικής προσφυγής ξεκίνησε με την Εισήγηση της Εισηγήτριας Νεκταρίας-Πηνελόπης Ταμανίδη.

Στη συνέχεια, το επιληφθέν Κλιμάκιο αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα σκέφτηκε κατά το Νόμο.

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει εκδοθεί το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό ... συνολικού ποσού 600,00 Ευρώ, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 5 ΠΔ 39/2017 (363 παρ.2 Ν.4412/2016). Το εν λόγω ποσό ισούται με το ελάχιστο νόμιμο παράβολο δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη επί των τμημάτων 7, 8 και 11 του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου προσφεύγει ο προσφεύγων ανέρχεται στο ποσό των 68.910,00 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Το εν λόγω ποσό πληρώθηκε σύμφωνα με το προσκομιζόμενο e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης ποσού 600,00 Ευρώ, το οποίο έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.).

2. Επειδή η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 22-03-2019, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η τελευταία ημέρα της αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας άσκησης της προσφυγής έληξε στις 26-03-2019, δεδομένου ότι η προσβαλλομένη απόφαση αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την

Αριθμός Απόφασης: 479 / 2019

Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την ... και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

5. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή, εν προκειμένω, ο προσφεύγων στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον του στο γεγονός ότι έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά του στον Διαγωνισμό και εύλογα προσδοκά να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση για τα τμήματα 7, 8 & 11, ισχυριζόμενος ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη, κατά το μέρος που με αυτήν, παρά το νόμο και την Διακήρυξη, κρίθηκαν αποδεκτές: η προσφορά του οικονομικού φορέα ... για το Τμήμα 7, η προσφορά του οικονομικού φορέα ... για το Τμήμα 8 και η προσφορά του οικονομικού φορέα ... για το Τμήμα 11. Συνεπώς, αν γίνει δεκτή η εξεταζόμενη, και απορριφθούν οι ανωτέρω

Αριθμός Απόφασης: 479 / 2019

προσφορές για τα αντίστοιχα τμήματα, τότε ο προσφεύγων δύναται να αναδειχθεί ανάδοχος της σύμβασης.

7. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή έχει αποστείλει τις απόψεις της δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 6196/29-03-2019 εγγράφου της, επί του οποίου αναφέρει τα εξής: «Θα θέλαμε να σας ενημερώσουμε ότι οι απόψεις της διοίκησης είναι σύμπνοιες με τις απόψεις της επιτροπής διενέργειας αξιολόγησης όπως αναλύονται στο υπ' αριθμ. πρωτ. 5971/28-3-2019 έγγραφο – συμπληρωματικό πρακτικό που εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. 10/28-3-2019 θ. έκτακτο 5ο απόφαση Δ.Σ (σχετ. 92)». Το δε σχετικό 92 έγγραφο, το οποίο αποτελεί απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, από το απόσπασμα των πρακτικών της υπ' αριθμ. 10^{ης}, από 28.03.2019 Συνεδρίασης του διοικητικού Συμβουλίου (της Αναθέτουσας Αρχής), με θέμα: «έκτακτο 5ο: Επικύρωση Συμπληρωματικών πρακτικών τεχνικής αξιολόγησης του Επαναληπτικού ανοικτού τακτικού διαγωνισμού προμήθειας χειρουργικών εργαλείων, με κριτήριο αξιολόγησης τη χαμηλότερη τιμή (αριθμ. διακ....) προϋπολογισμού έως 500.000 € με Φ.Π.Α.», μεταξύ άλλων, αποφασίζει: «[...] β) Ως προς την κατατεθειμένη προδικαστική προσφυγή της εταιρείας ... 1. την αποδοχή των λεγομένων στην για τα τμήματα προμήθειας 7 (προσφορά εταιρείας ...) & 8 (προσφορά εταιρείας ...), 2. την απόρριψη των λεγομένων της για το τμήμα 11 (προσφορά εταιρείας ...) [...]».

8. Επειδή, αναφορικά με τον πρώτο και τον δεύτερο λόγο της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, με τους οποίους ο προσφεύγων στρέφεται κατά της τεχνικής πληρότητας της προσφοράς του οικονομικού φορέα ... για το Τμήμα 7 και κατά της τεχνικής πληρότητας της προσφοράς του οικονομικού φορέα ... για το Τμήμα 8 αντίστοιχα, οι οποίοι αμφότεροι κρίνονται βάσιμοι, λεκτέα τα ακόλουθα: Στο άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 ορίζονται τα ακόλουθα: «*Διαδικασία εξέτασης της προσφυγής. 1. Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: (α) κοινοποιεί την προσφυγή το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασής του στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με*

Αριθμός Απόφασης: 479 / 2019

την παράγραφο 3 του άρθρου 362, και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φακέλο της υπόθεσης, τις απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α' της παραγράφου 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης». Όμοιες με τις ανωτέρω διατάξεις περιέχονται στο άρθρο 9 παρ. 1 του π. δ/τος 39/2017 (Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών). Περαιτέρω, στο άρθρο 367 παρ. 1 του ίδιου νόμου ορίζεται ότι: «*Διαδικασία λήψης απόφασης - συνέπειες αποφάσεων ΑΕΕΠ. 1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της, η οποία εκδίδεται μέσα σε αποκλειστική προθεσμία είκοσι (20) ημερών από την ημέρα εξέτασης της προσφυγής*». Στο άρθρο 18 παρ. 1 και 2 του προαναφερόμενου π. δ/τος 39/2017 ορίζεται ότι: «*1. Ο σχηματισμός της ΑΕΠΠ, που εξετάζει την προδικαστική προσφυγή, ελέγχει αυτή ως προς τη νομιμότητά της. 2. Ο οικείος σχηματισμός, αφού λάβει υπόψη τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης, την εισήγηση του ορισθέντος ως εισηγητή της υπόθεσης, τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντος, εκδίδει απόφαση, η οποία λαμβάνεται με πλειοψηφία, κατόπιν φανερής ψηφοφορίας, και είναι αιτιολογημένη*». Όπως έχει κριθεί (Ν44/2018 Δ/κό Εφετείο Πειραιώς - Α2 Ακυρωτικό), κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων, επί ισχυρισμών με αιτιάσεις που ανάγονται σε ζητήματα τεχνικής φύσεως, επί των οποίων η ΑΕΠΠ δεν μπορεί να επιληφθεί πρωτοτύπως (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 98/2011, 50/2011 κα), οι προβλεπόμενες στην παρ. 1 του άρθρου 365 του Ν. 4412/2016 απόψεις της Αναθέτουσας Αρχής επί των αιτιάσεων αυτών δεσμεύουν καταρχήν την ΑΕΠΠ κατά την αντιμετώπισή τους και την διαμόρφωση της αιτιολογίας αποδοχής ή απορρίψεως τους (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 82/2014 σκ. 10). Καθόσον, επομένως, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της αποδέχεται τις αιτιάσεις του προσφεύγοντα ως προς τον πρώτο και τον δεύτερο λόγο και συνομολογεί την ορθότητα τους, οι λόγοι

αυτοί της προσφυγής πρέπει να γίνουν δεκτές και θα πρέπει η προσβαλλομένη να ακυρωθεί ως προς το τμήμα αυτό.

9. Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι: το προσφερόμενο από την εταιρία ... προϊόν της Ομάδας 11 (Ενδοσκοπικά εργαλεία συρραφής διατομής αναστόμωσης με τουλάχιστον 10 θέσεις άρθρωσης, με μαύρο στυλεό για την αποφυγή αντανάκλασεων σε αιματηρό πεδίο, το οποίο μπορεί να δεχθεί κεφαλές ευθείες και αρθρούμενες, με νέα κοπτική λάμα σε κάθε επαναφόρτιση), δεν πληροί (κατά τον προσφεύγοντα) την άνω τεχνική προδιαγραφή (απαράβατο όρο) της διακήρυξης, διότι ο στυλεός δεν είναι εντελώς μαύρος για την αποφυγή αντανάκλασεων στο αιματηρό πεδίο. Αναλυτικότερα, ο στυλεός του ενδοσκοπικού εργαλείου, το οποίο προσφέρει η εταιρία ... είναι κατά το ήμισυ μαύρου χρώματος, σε ευθεία αντίθεση με το ζητούμενο από τη διακήρυξη. Προς επίρρωση των ανωτέρω ο προσφεύγων παραθέτει επί της προσφυγής εικόνα του προσφερόμενου από την εταιρία ... εργαλείου, όπως αυτή εντοπίζεται στο προσκομιζόμενο από αυτήν τεχνικό φυλλάδιο. Εσφαλμένα, λοιπόν, κρίθηκε ως τεχνικά αποδεκτή η προσφορά της εταιρίας ... για το Τμήμα 11 και άρα θα πρέπει η προσβαλλόμενη πράξη να ακυρωθεί κατά το σκέλος αυτό, όπως υποστηρίζει ο προσφεύγων.

10. Επειδή, αναφορικά με τον τρίτο λόγο της προδικαστικής προσφυγής, ο οποίος κρίνεται αβάσιμος, και τούτο διότι η διακήρυξη (*«άρθρο 1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης. Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια : ΧΕΙΡΟΥΡΓΙΚΩΝ ΕΡΓΑΛΕΙΩΝ. Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στον ακόλουθο κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : 33140000-3. Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα: [...] Ομάδα 11. Ενδοσκοπικά εργαλεία συρραφής διατομής αναστόμωσης με τουλάχιστον 10 θέσεις άρθρωσης, με μαύρο στυλεό για την αποφυγή αντανάκλασεων σε αιματηρό πεδίο, το οποίο μπορεί να δεχθεί κεφαλές ευθείες και αρθρούμενες, με νέα κοπτική λάμα σε κάθε επαναφόρτιση. [...]»*) δεν ζητάει εντελώς μαύρο στυλεό – όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων- αλλά ζητάει μαύρο στυλεό, κάτι το οποίο προσφέρει ο οικονομικός φορέας ... Εξάλλου αυτό προκύπτει και από την θεώρηση του ηλεκτρονικού φακέλου της προσφοράς του τελευταίου, με αριθμό ... και

Αριθμός Απόφασης: 479 / 2019

συγκεκριμένα από το συνημμένο έγγραφο με αριθμό αρχείου 15. Επομένως, ο οικονομικός φορέας ... πληροί την συγκεκριμένη τεχνική προδιαγραφή περί μαύρου στυλεού και ορθώς η Αναθέτουσα Αρχή έκανε τεχνικά αποδεκτή την προσφορά της για το Τμήμα 11.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή σύμφωνα με όσα έχουν γίνει δεκτά στις σκέψεις 7 και 8.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλομένη απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής από το απόσπασμα των πρακτικών της υπ' αριθμ. 4^{ης} από 27.02.2019 Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου (της Αναθέτουσας Αρχής) με θέμα: «έκτακτο 5ο: Επικύρωση πρακτικού αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής αξιολόγησης του Επαναληπτικού ανοικτού τακτικού διαγωνισμού προμήθειας χειρουργικών εργαλείων, με κριτήριο αξιολόγησης τη χαμηλότερη τιμή (αριθμ. διακ....) προϋπολογισμού έως 500.000 € με Φ.Π.Α.», μόνο ως προς το σκέλος κατά το οποίο προέκρινε την προσφορά του οικονομικού φορέα ... για το Τμήμα 7 και την προσφορά του οικονομικού φορέα ... για το Τμήμα 8 στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού (αξιολόγησης των κατατεθειμένων οικονομικών προσφορών) και σύμφωνα με όσα έχουν αναλυτικά εκτεθεί στις σκέψεις 7 και 8 της παρούσας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 17-04-2019 και καταχωρήθηκε στο Βιβλίο Αποφάσεων της ΑΕΠΠ την 06-05-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη

Ευαγγελία Ζαφειράτου