

Αριθμός απόφασης: Α 11 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 14 Ιανουαρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής - δυνάμει της με αρ. 16/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 8/04-01-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα, Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο, επί της οδού, αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγων»).

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στον (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «.....» ή «ΑΑ») και κατά της με αριθμό 37/14.10.2018 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του, (εφεξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη»), με την οποία εγκρίθηκε το με αρ. πρωτ. 22613/14-12-2018 Πρακτικό σχετικά με τα δικαιολογητικά συμμετοχής και την αξιολόγηση τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας του ανοιχτού διεθνή ηλεκτρονικού διαγωνισμού που διενεργεί το με αντικείμενο την (Αρ. Διακήρυξης), κατά το μέρος που για το Τμήμα 3 του διαγωνισμού - «.....», CPV: (ΑΡ. ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ:), αποφασίστηκε να απορριφθεί η προσφορά του προσφεύγοντος, για τους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: Α 11 / 2019

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, με την με αριθ. πρωτ. 1769/05-10-2018 και αρ. διακήρυξή της, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό, δημόσιο, διεθνή, ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με αριθμούς ΕΣΗΔΗΣ,,,,,, με αντικείμενο τη με συνολικό προϋπολογισμό 298.387,1€, πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής (συμπερότερη προσφορά) (εφεξής «διαγωνισμός»). Η προμήθεια υποδιαιρούνταν σε πέντε (5) Τμήματα και κάθε διαγωνιζόμενος δικαιούνταν να υποβάλει προσφορά για το σύνολο της ανωτέρω προμήθειας, για κάθε τμήμα ξεχωριστά, ή για περισσότερα τμήματα. Στα πλαίσια του διαγωνισμού αυτού, για το Τμήμα ΤΜΗΜΑ 3: «.....», 40.000,00€ συμπ/νου ΦΠΑ 24%. CPV:, προσφορές υπέβαλαν τρεις (3) οικονομικοί φορείς, ο προσφεύγων, και οι φορείς με τις επωνυμίες «.....» και «.....», των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής και η τεχνική προσφορά αξιολογήθηκαν και η επιτροπή του Διαγωνισμού με το με αρ. πρωτ. 22613/14-12-2018 Πρακτικό της εισηγήθηκε, η μεν τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος να μην αξιολογηθεί περαιτέρω και να απορριφθεί, διότι σύμφωνα με την παρ. 7.1 και 7.1.2 (Ειδικοί Τεχνικοί Όροι) φέρει ουσιώδεις αποκλίσεις, καθώς δεν πληροί την προδιαγραφή Νο 3.5, οι δε προσφορές των έτερων δύο φορέων, αφού κρίθηκε ότι πληρούν τους όρους της διακήρυξης και αξιολογήθηκαν, να βαθμολογηθούν, του πρώτου με βαθμό 105,78 και του δε δεύτερου με βαθμό 108,39. Μετά ταύτα, το Διοικητικό Συμβούλιο του με την με αριθμό 37/14.10.2018 Απόφασή του ενέκρινε το πιο πάνω Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και, μεταξύ άλλων, αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος για τους λόγους που αναφέρονται στο Πρακτικό της Επιτροπής.

Αριθμός απόφασης: Α 11 / 2019

2. Επειδή, με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 04-01-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, ο προσφεύγων, πέραν του αιτήματος να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά του ως προς το Τμήμα 3 του διαγωνισμού, επιδιώκει να ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του, ιδίως δε το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, προκειμένου να μην υποστεί ανεπανόρθωτη βλάβη και επειδή με τον τρόπο αυτό θα αποτραπεί η δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα ανατρέψιμων.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, {ε-Παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, εκδοθέν για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)}, ποσού 600,00€, το οποίο ανέρχεται στο κατώτερο ύψος παραβόλου, καθώς το προβλεπόμενο στην παρ. 1 των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017 ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας άνευ ΦΠΑ δαπάνης του επίμαχου Τμήματος 3 του διαγωνισμού (40.000,00 €, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η προσφυγή, υπολείπεται των 600,00€.

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.

5. 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 άνω συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, που ανέρχεται σε 298.387,1€ άνευ ΦΠΑ (345 παρ. 1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (προμήθεια) και της ημερομηνίας αποστολής της προκήρυξης της σύμβασης για δημοσίευση στην επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής

Αριθμός απόφασης: Α 11 / 2019

Ένωσης (04-10-2018), δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι 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).

6. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (α/α. Συστήματος), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, 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, αφού η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό στο υπόψη Τμήμα (3) του, και στον προσφεύγοντα, την 24^η-12-2018 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 03^η-01-2019, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας.

7. Επειδή, ο προσφεύγων που συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά στο επίμαχο Τμήμα 3 αυτού - «.....», CPV: - (α/α. Συστήματος), επικαλούμενος ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, καθώς, με τον με μη νόμιμο, κατά τους ισχυρισμούς του, αποκλεισμό ματαιώνεται οριστικά επί ζημιά του η προσδοκία να του ανατεθεί η επίμαχη σύμβαση.

8. Επειδή, στην προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι: 1) η ηχοβόλος κεφαλή pencil P2D που προσέφερε καλύπτει τη ζητούμενη από τις προδιαγραφές συχνότητα των 2.0 MHz. Και τούτο, διότι η συχνότητα των 1.9 MHz, που αναφέρεται στην προσφορά του, καταγράφει υψηλότερες ταχύτητες ροής του αίματος, από την συχνότητα των 2.0 MHz που ζητείται, με την μέγιστη ακρίβεια μέτρησης για την αντιμετώπιση της στένωσης αορτής (βάσει των νόμων της φυσικής των υπερήχων η χαμηλότερη συχνότητα έχει

Αριθμός απόφασης: Α 11 / 2019

μεγαλύτερη διείσδυση στον ανθρώπινο οργανισμό – απεικονίζει σε μεγαλύτερο βάθος – και ανιχνεύει υψηλότερες ταχύτητες). Ως εκ τούτου, η ελάχιστη διαφοροποίηση του 0.1 MHz στη συχνότητα της ηχοβόλου κεφαλής, όχι μόνο δεν αποτελεί ουσιώδη απόκλιση (όπως αναφέρει η επιτροπή της αναθέτουσας αρχής), αλλά μόνο ως πλεονέκτημα θα μπορούσε να θεωρηθεί, δεδομένου ότι επιτρέπει την ανίχνευση υψηλότερων ταχυτήτων στη ροή του αίματος, για τον προσδιορισμό της στένωσης αορτής και η οποία σε καμία περίπτωση δεν επηρεάζει αρνητικά το ζητούμενο σύστημα για τον σκοπό για τον οποίο προορίζεται, 2) επιπλέον, στη σελίδα 11-8 του κατατεθειμένου με την προσφορά του VIVID T8/VIVID T8 PRO – Εγχειριδίου Χρήσης, το οποίο και επισυνάπτει στην προσφυγή του ως σχετικό 2, αναφέρεται ότι η κεφαλή P2D διαθέτει και την συχνότητα 2.0 MHz. Η αναγραφή της συχνότητας 1.9 στο Τεχνικό Φυλλάδιο 2 VIVID T8 Product Datasheet υπάρχει προς απόδειξη ότι η εν λόγω ηχοβόλος κεφαλή έχει δυνατότητα απεικόνισης και στη μικρότερη συχνότητα των 1.9 MHz. Ως εκ τούτου δεν θεωρήθηκε σκόπιμο να παραπέμψει την τεχνική προδιαγραφή και στην ως άνω σελίδα του εγχειριδίου χρήσης, δεδομένου ότι η αναγραφόμενη συχνότητα των 1.9 MHz στην ουσία υπερκαλύπτει και την απαίτηση της τεχνικής προδιαγραφής, 3) σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή είχε τη διακριτική ευχέρεια να του ζητήσει σχετική διευκρίνιση ή συμπλήρωση επί των υποβληθέντων εγγράφων που τεκμηριώνουν την τεχνική του προσφορά. Ωστόσο, στη συγκεκριμένη περίπτωση αρκέστηκε να απορρίψει την προσφορά του. Και τούτο, μολονότι, στην προσβαλλόμενη απόφαση διαφαίνεται ότι έκανε χρήση της διακριτικής της ευχέρειας σε άλλες περιπτώσεις. Για τους πιο πάνω λόγους ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος της που απέρριψε την προσφορά του πρέπει να ακυρωθεί.

9. Επειδή, μετά ταύτα, ο προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του.

10. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και κατόπιν επισκόπησης των εγγράφων της σύμβασης, τα οποία ο προσφεύγων

Αριθμός απόφασης: Α 11 / 2019

επικαλείται, η υπό εξέταση προσφυγή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι πέραν των προϋποθέσεων του παραδεκτού που αυτή πληροί, επιπλέον, τουλάχιστον ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί παράλειψης της αναθέτουσας αρχής να του ζητήσει διευκρινίσεις, δεν μπορεί να απορριφθεί ως προδήλως αβάσιμος, ιδίως λαμβάνοντας υπόψη ότι πράγματι ζητήθηκαν διευκρινίσεις από έτερο φορέα που υπέβαλε προσφορά για το επίμαχο Τμήμα (3), όπως και ο προσφεύγων, η αναθέτουσα αρχή, δε, δεν έχει ως σήμερα αποστείλει απόψεις από τις οποίες να προκύπτει ότι οι διευκρινίσεις από τον έτερο συνδιαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα ζητήθηκαν υπό περιστάσεις που δεν συνέτρεχαν στην περίπτωση της προσφοράς του προσφεύγοντος. Οριστική κρίση, ωστόσο, επί της ουσίας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος φορέα δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

11. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του Ν. 4412/2016 και 15 του Π.Δ. 39/2017, η Α.Ε.Π.Π. με απόφασή της μπορεί να διατάσσει προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, κατά τρόπο, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, περίπτωση, όμως που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο, διότι λαμβανομένης υπόψη της Απόφασης της Διοικητικής Διοικήτριας του περί αναστολής της προόδου του επίμαχου Τμήματος του διαγωνισμού και ιδίως του ανοίγματος των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων μέχρις εκδόσεως οριστικής απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της υπό εξέταση προσφυγής, ως η απόφαση αυτή εμπεριέχεται στο με αρ. πρωτ. 265/07-01-2019 διευκρινιστικό έγγραφο που αναρτήθηκε και στην κεντρική σελίδα και κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς

Αριθμός απόφασης: Α 11 / 2019

του επίμαχου τμήματος του διαγωνισμού (α/α συστήματος)
μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας αυτού, προκύπτει ότι δεν
υφίσταται ούτε εικάζεται ότι μπορεί να υποστεί ζημία ο προσφεύγων από την
εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης, ακόμη και αν εκδόθηκε μη
νομίμως (βλ. ΑΕΠΠ Α75/2017, Α97/2017, Α16/2018), διότι η πρόοδος του
διαγωνισμού ανεστάλη, με απόφαση της αναθέτουσας αρχής, πριν καν
εισέλθει στο επόμενο στάδιο από αυτό που ολοκληρώθηκε με την έκδοση της
προσβαλλόμενης απόφασης, η ζημία δε που επικαλείται ότι μπορεί να
υποστεί, αυτή δηλαδή της ένεκα της προσβαλλόμενης απόφασης οριστική
ματαίωση της προσδοκίας του να του ανατεθεί η σύμβαση, δεν μπορεί με
άλλον τρόπο να αποτραπεί, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης
επί της προσφυγής του. Συνακόλουθα, το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της
διαγωνιστικής διαδικασίας, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενο, θα πρέπει να
απορριφθεί.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το αίτημα αναστολής – προσωρινών
μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που
σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 14
Ιανουαρίου 2019, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Εισηγητή και εκδόθηκε
στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης

Αριθμός απόφασης: Α 11 / 2019