

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 1 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση και Άννα Χριστοδουλάκου,
Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής - λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 01.03.2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 446/01.03.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «*****», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «*****» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθούν οι υπ' αριθμ. 1θ, 2, 3, 4 Τεχνικές Προδιαγραφές της Πρόσκλησης και τα επιπλέον επιζητούμενα (1-5) τεχνικά χαρακτηριστικά που πρέπει να φέρουν τα υπό προμήθεια είδη με αντικείμενο την επείγουσα προμήθεια **** με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής σύμφωνα με τα προεκτεθέντα και να διαταχθεί και κάθε άλλο, πρόσφορο και κατάλληλο μέτρο ιδίως να γίνει δεκτό κάθε Ιατροτεχνολογικό ***** (ήτοι κάθε εναρμονισμένο πρότυπο). Ταυτόχρονα σωρεύει αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο, κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και

2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό *****, με την ένδειξη «δεσμευμένο», εξοφληθέν δυνάμει του από 01.03.2021 αποδεικτικού εξόφλησης της, ύψους 2.000,00€.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. **** πρόσκληση υποβολής προσφοράς για την έναρξη διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση προκήρυξης σύμφωνα με το άρθρο 32 παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016 με αντικείμενο σύμβασης την «Προμήθεια Ιατροτεχνολογικών Προϊόντων ταχέων ελέγχων ****» και προϋπολογισμό τετρακόσιες χιλιάδες (400.000) ευρώ, η **** καλεί τους ενδιαφερόμενους να υποβάλλουν προσφορά, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής. Τα χαρακτηριστικά διαγνωστικής επάρκειας των υπό προμήθεια ειδών περιγράφονται αναλυτικά στην υπ' αριθμ. **** Απόφαση του Υπουργού Υγείας, η οποία έχει περιληφθεί στα Τεχνικά Χαρακτηριστικά του αντικειμένου της σύμβασης, που αποτελούν αναπόσπαστο τμήμα της. Πιο συγκεκριμένα, κατά το Παράρτημα Ι της Πρόσκλησης (σελ 19 επ), «Τεχνικές Προδιαγραφές» και σύμφωνα με την απόφαση του Υπουργού Υγείας Αριθμ. **** η οποία τροποποίησε την υπό στοιχεία **** απόφασης του Υπουργού Υγείας «Εξειδίκευση των αναγκαίων χαρακτηριστικών διαγνωστικής επάρκειας των ιατροτεχνολογικών προϊόντων ταχέων ελέγχων ****, καθορισμός φορέων δημόσιων και ιδιωτικών, που δύνανται να χρησιμοποιούν αντίστοιχου τύπου ιατροτεχνολογικά προϊόντα για διαγνωστικούς ή επιδημιολογικούς σκοπούς και κατηγορίες προσώπων που υποβάλλονται στον συγκεκριμένο τύπο διαγνωστικού ελέγχου» (Β' 5198), ορίζονται οι σχετικές προδιαγραφές μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται οι εξής αναφερόμενες, ήτοι η Προδιαγραφή (1)(θ), του «Άρθρου πρώτου» της άνωθεν Απόφασης, σχετιζόμενη με την απαίτηση ύπαρξης δειγμάτων θετικού και αρνητικού μάρτυρα ικανά να ελέγξουν τη διαδικασία σε όλα τα στάδια. Η Προδιαγραφή (2), του «Άρθρου πρώτου» της άνωθεν Απόφασης, σχετιζόμενη με την περιοριστική απαίτηση για συμπερίληψη του προσφερόμενου προϊόντος σε συγκεκριμένες λίστες (WHO-EUL, FIND) ή την ύπαρξη συγκεκριμένης αξιολογημένης μελέτης που έχει

διενεργηθεί και δημοσιευθεί με συγκεκριμένο μοναδικό τρόπο. Η Προδιαγραφή (3), του «Άρθρου πρώτου» της άνωθεν Απόφασης, αναφορικά με την επαρκή αξιολόγηση της ευαισθησίας και της ειδικότητας του προσφερόμενου προϊόντος, σύμφωνα με τα κριτήρια και τη μελέτη αξιολόγησης που εμπεριέχονται στο εδάφιο της Προδιαγραφής (2). Η Προδιαγραφή (4), του «Άρθρου πρώτου» της άνωθεν Απόφασης, αναφορικά με τη μορφή, δομή και μέσο δημοσίευσης της απαιτούμενης μελέτης αξιολόγησης καθώς και την απαιτούμενη Υπεύθυνη Δήλωση Συμμόρφωσης. Τέλος, παράλληλα με τα προαναφερόμενα χαρακτηριστικά διαγνωστικής επάρκειας, όπως προβλέπονται από την ως άνω Υπουργική Απόφαση, τα υπό προμήθεια είδη θα πρέπει να διαθέτουν τα παρακάτω επιπλέον χαρακτηριστικά: 1.Υλικά (kit) κατάλληλα για την ταχεία ποιοτική ανίχνευση ***** με τη μέθοδο της ανοσοχρωματογραφίας σε ρινοφαρυγγικό επίχρισμα. 2. Να παρέχεται ευαισθησία >96,0% και ειδικότητα 99% διαπιστωμένη σε σύγκριση με τη μέθοδο ****. 3.Όλα τα απαραίτητα υλικά (πχ. στυλεοί, αντιδραστήρια, σωληνάρια κλπ) για τη διενέργεια της εξέτασης να περιλαμβάνονται σε μία συσκευασία. 4. Να εμπεριέχεται στη συσκευασία θετικός και αρνητικός μάρτυρας. 5. Ο χρόνος για την εξαγωγή του αποτελέσματος, να μην υπερβαίνει τα δεκαπέντε (15) λεπτά. (η αρίθμηση 1-5 γίνεται από τη προσφεύγουσα για λόγους διευκόλυνσης). Ήδη με τη παρούσα προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρεία διαμαρτύρεται ότι οι προαναφερόμενες σχετικές προδιαγραφές και τεχνικά χαρακτηριστικά δεν εναρμονίζονται με το εθνικό (ελληνικό) δίκαιο (Νόμος 4412/2016) καθώς και με το ενωσιακό δίκαιο, αλλά αντιθέτως, ως μη κατάλληλες, μη πρόσφορες και σε κάθε περίπτωση μη αναγκαίες, περιορίζουν υπέρμετρα και αθέμιτα τον ανταγωνισμό, λόγω του ότι δεν επιτρέπει (λόγω των σχετικών προδιαγραφών) τη συμμετοχή περισσότερων προμηθευτών στη διαγωνιστική διαδικασία. Ταυτόχρονα αμφισβητείται ως μη νόμιμη η εξαιρετική διαδικασία του αρ. 32 παρ. 2γ του Νόμου 4412/2016. Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών είναι η 01/03/2021 και ώρα 14.00 μμ.

3. Επειδή, η προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1

του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει καταρχήν κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, κατά της υπ' αριθμ. *** πρόσκλησης, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ την 01.03.2021.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, προσφεύγει καταρχήν με έννομο συμφέρον, επειδή προσφέρει Ιατροτεχνολογικά Προϊόντα ταχέων ελέγχων αντιγόνων **** που φέρουν την ένδειξη *** και ανταποκρίνονται κατ' αυτή σε ισοδύναμες προδιαγραφές - τεχνικά χαρακτηριστικά σε σχέση με τα ανωτέρω περιοριστικώς αναφερόμενα στη Πρόσκληση, επικαλείται δε ότι κινδυνεύει κατ' αυτή δε να αποκλειστεί από τον διαγωνισμό επειδή έχουν περιληφθεί στη Πρόσκληση οι ανωτέρω προδιαγραφές, τεχνικά χαρακτηριστικά και άρα ασκεί καταρχήν τη παρούσα έχοντας έννομο συμφέρον.

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: *«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 ...». Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

7. 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*».

8. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. 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 ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

9. Επειδή, κατά τα προαναφερόμενα, η με Γ.Α.Κ. 446/01.03.2021 προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη. Σε κάθε, δε, περίπτωση η προσφεύγουσα προβάλλει συγκεκριμένους λόγους, αποδίδοντας πλημμέλειες στις προσβαλλόμενες αποφάσεις. Ενόψει, δε, των προβαλλόμενων αιτιάσεων, αυτές χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, μελέτης του συνόλου των εγγράφων της σύμβασης, καθώς επίσης και συνεκτίμησης των απόψεων και των πορισμάτων της νομολογίας. Συνακόλουθα η κρίση τόσο επί του παραδεκτού όσο και επί του βασίμου της προσφυγής, δεν μπορεί να εξενεχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 46/2015, 41/2015, 35/2015, 10/2015, 9/2015), αλλά μόνο με την οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

10. Επειδή, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι

περισσότερες από τα οφέλη. Εξάλλου, η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και 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. Τούτη η σκέψη επιρρωννύεται έτι περαιτέρω από το γεγονός ότι η προσφυγή απεστάλη στην ΑΕΠΠ στις 01/03/2021 και η αποσφράγιση των προσφορών έχει προγραμματιστεί βάσει της διακήρυξης στις 02/03/2021 και ώρα 11.00 π.μ. καθώς και από το γεγονός ότι βάσει του 4412/2016 στην εν θέματι διαδικασία η κατάθεση προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την υπογραφή της σύμβασης.

11. Επειδή, συνακόλουθα, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων, λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

12. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη σύναψη της προκηρυχθείσας σύμβασης ως άλλωστε προβάλλει η αναθέτουσα αρχή. Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣΤΕ 840/2008).

13. Επειδή, συνεπώς, πρέπει να διαταχθεί, η αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής.

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της με ΓΑΚ Α.Ε.Π.Π. 446/01.03.2021 προδικαστικής προσφυγής.

Αριθμός Απόφασης: Α32/2021

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 1 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε στις 2 Μαρτίου 2021 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος
ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

Η Γραμματέας
ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ