

Αριθμός απόφασης: Α 387 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21 Αυγούστου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 997/12-08-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στη Η εν λόγω προσφυγή ασκήθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθμ.(Α/Α ΕΣΗΔΗΣ) διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής «.....» με θέμα: «Επαναληπτικός ηλεκτρονικός ανοικτός διεθνής διαγωνισμός για την προμήθεια εξοπλισμού», εκτιμώμενης αξίας 858.725,80 € (χωρίς ΦΠΑ). Η ως άνω προσφυγή ασκείται κατά της με αριθμ. 28/30-7-2019 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου, η οποία αρχικά της κοινοποιήθηκε στις 01/08/2019 και στη συνέχεια σε ορθή επανάληψη στις 05/08/2019 και ειδικότερα, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο γίνεται δεκτή η Τεχνική Προσφορά με Α/Α 7 (αρ. συστήματος) της εταιρείας, η οποία συμμετείχε στον διαγωνισμό στην Ομάδα Εξοπλισμού 6: Χειρουργικά Εργαλεία.

Με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή της, κατ' ορθή επισκόπηση αυτής, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης πράξης.

Στην ως άνω προσφυγή της η προσφεύγουσα σώρευσε και αίτημα για την λήψη προσωρινών μέτρων έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 387 / 2019

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω προσφυγής καταβλήθηκε το παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 840,00€ (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου), που έχει υπολογιστεί δυνάμει της εκτιμώμενης αξίας της Ομάδας 6 του διαγωνισμού στο πλαίσιο της οποίας ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, ποσού 158.241, 93 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ ($158.241,93 \times 0,5\% = 791,20$). Σημειώνεται ότι με την οριστική απόφαση επί της προσφυγής και αναφορικά με το υπερβάλλον του καταβληθέντος παραβόλου ποσού 48,8 Ευρώ (840 - 791,20) θα κριθεί και η τυχόν επιστροφή του στην προσφεύγουσα.

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική 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 την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η ανωτέρω προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 α' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 α' του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλομένη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 01-08-2019 και στη συνέχεια, σε ορθή επανάληψη στις 05-08-2019 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Η δε προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση προσφυγή στις 08-08-2019, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την γνώση της προσβαλλομένης.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω Προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε ποσό 858.725,80 € €, πλέον Φ.Π.Α. 24%. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει

Αριθμός απόφασης: Α 387 / 2019

του αντικειμένου της (προμήθεια), της ημερομηνίας δημοσίευσης (22/01/2019) στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή με την υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα προβάλλει ότι στην προσφορά της Εταιρείαςδεν υπάρχει εγγύηση του κατασκευαστή οίκου χειρουργικών εργαλείων για 10 (δέκα) έτη ως προβλέπεται στις «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ (Είδη 6.1 έως 6.11) - ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ» «εγγύηση εργαλείων 10 έτη», σύμφωνα με την οποία: «[...]Να κατατεθεί ανάλυση εγγύησης του Προμηθευτή και του ίδιου του εργοστασίου». Η μοναδική αναφορά σε παροχή βρίσκεται σε Πιστοποιητικό του οίκουως εξής : “We will providewith all the relevant material for the full function and performance of the offered equipment for two (2) years in total.....” – Θα παρέχουμε στηνμε κάθε σχετικό υλικό για την πλήρη λειτουργία και απόδοση του προσφερόμενου εξοπλισμού για δύο (2) συνολικά έτη.....” (η οποία επισυνάπτεται). Πλην, όμως, η ανωτέρω δήλωση δεν αναφέρεται σε εγγύηση δέκα (10) ετών, όπως επιτάσσει η προδιαγραφή. Περαιτέρω, στις «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ (Είδη 6.1 έως 6.11) - ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ», ζητείται: «Να υπάρχει συμφωνία μεγεθών κι αιτούμενων ειδών με τα προσφερόμενα». Πλην, όμως, στην τεχνική προσφορά της Εταιρείαςυπάρχει πληθώρα αποκλίσεων στα προσφερόμενα εργαλεία σε σχέση με τα ζητούμενα. Συγκεκριμένα στις κατηγορίες 6.3 ΣΕΤ – 1. ΛΑΒΙΔΕΣ ... και 6.4 ΣΕΤ - 6. ... ενώ ζητούνται αιμοστατικές λαβίδες, προσφέρονται ανατομικές λαβίδες. Καθώς και στην κατηγορία 6.6. ΣΕΤ - 3. Μοχλοί, προσφέρονται στην πλειοψηφία λάθος και εντελώς διαφορετικοί τύποι χειρουργικών εργαλείων από τους ζητούμενους.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής καθώς αυτή συμμετέχει στον υπό κρίση

Αριθμός απόφασης: Α 387 / 2019

διαγωνισμό κι επιδιώκει ν' αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος της μελέτης σε περίπτωση που γίνει δεκτή η προσφυγή της. Σημειώνεται ότι στην Ομάδα 6 του διαγωνισμού, στο πλαίσιο της οποίας ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, συμμετέχουν μόνο η προσφεύγουσα και η καθ'ης η προσφυγή εταιρεία.

7. 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»

8. 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

Αριθμός απόφασης: Α 387 / 2019

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»

9. 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).

10. 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».*

11. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων 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 ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

12. 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

Αριθμός απόφασης: Α 387 / 2019

βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

13. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε κριθεί από την ΑΕΠΠ, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προκείμενης προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντος φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

15. Επειδή, σύμφωνα με το Άρθρο 3.1.2 Αξιολόγηση προσφορών: «Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων

Αριθμός απόφασης: Α 387 / 2019

πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. [...]β) κατά την ανωτέρω ημερομηνία και ώρα και μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο σύστημα οργάνων της Αναθέτουσας Αρχής, η επιτροπή αποσφραγίζει τους ηλεκτρονικούς (υπο)φακέλους «Οικονομική Προσφορά» και προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών. Η αξιολόγηση πραγματοποιείται ως εξής: (α) απορρίπτονται ως απαράδεκτες οι οικονομικές προσφορές που δεν πληρούν τις προϋποθέσεις της διακήρυξης και (β) εν συνεχεία αξιολογούνται οι οικονομικές προσφορές, σύμφωνα με τους όρους της παρούσας. Μετά την ολοκλήρωση της ανωτέρω διαδικασίας, η επιτροπή διαγωνισμού συντάσσει και υπογράφει σχετικό πρακτικό, το οποίο περιλαμβάνει συγκριτικό πίνακα αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών των υποψηφίων κατά φθίνουσα σειρά, σύμφωνα με το οριζόμενο με την παρούσα κριτήριο ανάθεσης και την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου. Το ανωτέρω πρακτικό μαζί με τυχόν άλλα στοιχεία του διαγωνισμού υποβάλλονται στο αρμόδιο όργανο προς έγκριση. Η σχετική απόφαση κοινοποιείται, μέσω του συστήματος σε όλους τους υποψηφίους. Για όσες προσφορές δεν κρίθηκαν αποδεκτές κατά τα προηγούμενα ως άνω στάδια α' και β' οι φάκελοι της οικονομικής προσφοράς δεν αποσφραγίζονται, αλλά τηρούνται από την αναθέτουσα αρχή μέχρι την οριστική επίλυση τυχόν διαφορών που προκύψουν από την ως άνω διαδικασία σύμφωνα με την παράγραφο 3.4 της παρούσας. [...] γ) Τα αποτελέσματα των ανωτέρω σταδίων επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής ανά στάδιο, η οποία κοινοποιείται στους προσφέροντες μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. Κατά των ανωτέρω αποφάσεων χωρεί προδικαστική προσφυγή σύμφωνα με την παράγραφο 3.4. της παρούσας».

16. Επειδή, η παρούσα προσφυγή δεν προβάλλει προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη.

17. Επειδή, με την με αριθμ. Πρωτ. 21775/08-08-2019 επιστολή της αναθέτουσας αρχής ανακοινώθηκε προς όλους τους ενδιαφερόμενους μέσω της επικοινωνίας στο ΕΣΗΔΗΣ ότι: [...]Σας ενημερώνουμε ότι η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών του παραπάνω διαγωνισμού

Αριθμός απόφασης: Α 387 / 2019

που είχε προγραμματιστεί για τις 26-08-2019-2019 ημέρα ΔΕΥΤΕΡΑ και ώρα 11.00 π.μ., στο Γραφείο Προμηθειών του Νοσοκομείου μας, αναβάλλεται. Για την νέα ημερομηνία αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, θα ενημερωθείτε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ [...]».

18. Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προσφυγής λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που κριθεί με την οριστική απόφαση ότι η προσβαλλομένη πρέπει να ακυρωθεί.

19. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση αποφάσεως επί της προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί εκάστης προσφυγής, διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα την πρόοδο της διαδικασίας, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για την ταχεία πρόοδο αυτής.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

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

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής ώστε να μην ανοιχθούν κι αξιολογηθούν οι οικονομικές προσφορές αποκλειστικά και μόνο για την Ομάδα Εξοπλισμού 6: Χειρουργικά Εργαλεία του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: Α 387 / 2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 21 Αυγούστου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο στις 22 Αυγούστου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κατσίκα