

Η

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 25-11-2019 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη - Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από 18-11-2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1421/19-11-2019 της εταιρίας με την επωνυμία «\*\*\*\*\*», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «\*\*\*\*\*», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση, άλλως τροποποίηση συγκεκριμένων όρων της υπ' αρ.πρωτ. \*\*\*\*\* διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής «\*\*\*\*\*» για την ανάθεση με ανοικτή ηλεκτρονική διαδικασία άνω των ορίων της δημόσιας σύμβασης «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΝΟΣ (1) ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ ΜΑΓΝΗΤΙΚΟΥ ΣΥΝΤΟΝΙΣΜΟΥ (MRI) 1,5 TESLA», CPV 33111610-0. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 900.000,00€ (συμπ/νου του αναλογούντος ΦΠΑ). Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, που προκύπτει από τη βαθμολόγηση συγκεκριμένων κριτηρίων. Η εν λόγω διακήρυξη απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 14/10/2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης [2019/S 200-485327,

## Αριθμός απόφασης: Α 539/2019

16/10/2019], καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 24-10-2019 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Συστημικό Αριθμό α/α \*\*\*\*\* και με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 6-12-2019 και ώρα 15.00.

2. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω διακήρυξης, υποστηρίζοντας ότι αποκλείεται εκ προοιμίου από τη συμμετοχή στον ως άνω διαγωνισμό λόγω ενσωμάτωσης στη διακήρυξη των παρακάτω τεχνικών προδιαγραφών. Ειδικότερα: α) Μεταξύ των τεχνικών προδιαγραφών στην Ενότητα «ΜΑΓΝΗΤΗΣ», συμπεριλαμβάνεται και η εξής: «Ομοιογένεια μαγνητικού πεδίου, ppm V-RMS (50x50x45) (εγγυημένη τιμή) :  $\leq 4,6$  ppm». Καταρχάς, ιδιαίτερη κλινική αξία έχει η ομοιογένεια του συστήματος με τον ασθενή εντός του μαγνητικού πεδίου, καθώς στην περίπτωση αυτή είναι που επηρεάζεται σημαντικά. Για τον λόγο αυτό το συγκρότημα της προσφεύγουσας, ως υποστηρίζει, διαθέτει υλικό και λογισμικό για τη διόρθωση της ομοιογένειας με τον ασθενή στον μαγνήτη (όπως η τεχνολογία 3D Shim, advanced shimming modes, ειδικά φίλτρα διόρθωσης της ανομοιογένειας κ.λπ.) καθώς και εφαρμογές (όπως τεχνικές καταστολής λίπους), οι οποίες είναι ιδιαίτερα ευαίσθητες στην ανομοιογένεια του μαγνητικού πεδίου, επιτυγχάνοντας άριστα αποτελέσματα στην απεικόνιση. Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα, που προτίθεται να προσφέρει το σύστημα\*\*\*\*\*, το οποίο επιτυγχάνει ομοιογένεια μαγνητικού πεδίου  $\leq 5$  ppm (ήτοι ελάχιστη και άνευ οιασδήποτε κλινικής σημασίας απόκλιση από τη ζητούμενη), αποκλείεται - για τους παραπάνω λόγους - αδικαιολόγητα και συνεπώς η εν λόγω προδιαγραφή πρέπει να τροποποιηθεί και αναδιατυπωθεί αναλόγως, ώστε να καταστεί δυνατή η συμμετοχή της. β) Μεταξύ των τεχνικών προδιαγραφών στην Ενότητα «ΕΞΕΤΑΣΤΙΚΗ ΤΡΑΠΕΖΑ», συμπεριλαμβάνεται και η εξής: «Μέγιστη κάλυψη απεικόνισης (μήκος σάρωσης)  $\geq 165$  cm». Η προδιαγραφή αυτή αποκλείει την προσφεύγουσα, ως ισχυρίζεται, καθώς το μήκος σάρωσης που διαθέτει το σύστημα M\* A\* είναι 140 cm, το οποίο όμως είναι ικανό και πρόσφορο για οιαδήποτε εξέταση και παθολογία, καθώς εξασφαλίζει την σάρωση μεγάλης ανατομικής περιοχής, ήτοι από το κεφάλι μέχρι και την περιοχή κάτω των γονάτων. Εξάλλου, η εν λόγω προδιαγραφή είναι αντιφατική με τις λοιπές προδιαγραφές των πηνίων,

## Αριθμός απόφασης: Α 539/2019

καθώς με τα προδιαγραφόμενα πηνία κεφαλής / αυχένα / σπονδυλικής στήλης και τα πηνία άνω κάτω κοιλιάς (όπου ζητείται να καλύπτουν 45cm ωφέλιμο εξεταστικό πεδίο κατά τον άξονα των Z) δεν είναι δυνατόν να επιτευχθεί η ζητούμενη ανατομική κάλυψη των 165 cm. Πέραν των ανωτέρω η ζητούμενη κάλυψη των 165 cm μπορεί να πραγματοποιηθεί σε δύο βήματα χωρίς αλλοίωση του κλινικού αποτελέσματος. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, πρέπει η ελάχιστη απαίτηση για την κάλυψη απεικόνισης να τροποποιηθεί σε  $\geq 140$  cm, η δε τυχόν υπερκάλυψή της να πριμοδοτείται βαθμολογικά. Τέλος, εν όψει των ανωτέρω, πρέπει συνακόλουθα να τροποποιηθούν αναλόγως (ως προς την τιμή των 165 cm) και οι συναφείς προδιαγραφές, που συμπεριλαμβάνονται στις Ενότητες «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗΣ/ ΠΡΟΓΡΑΜΜΑΤΑ ΑΠΕΙΚΟΝΙΣΗΣ» («Απεικόνιση με ανατομική κάλυψη τουλάχιστον 165αι») και «ΣΥΣΤΗΜΑ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΚΑΙ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΕΙΚΟΝΩΝ» («Ολοσωματική ανασύνθεση για όλο το μήκος σάρωσης (> 165cm)»).

3. Επειδή, έως την ημέρα εξέτασης του αιτήματος του προσφεύγοντος, περί λήψης προσωρινών μέτρων, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε καταθέσει απόψεις περί αυτού.

4. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό\*\*\*\*\*), ποσού 3.700,00€.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική ροσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 24-10-2019, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 18-11-2019.

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ,

## Αριθμός απόφασης: Α 539/2019

σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017 και τη με αρ. 1787/2019 Πράξη της Προέδρου του 3<sup>ου</sup> Κλιμακίου.

8. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι, ως δηλώνει, αποκλείεται η συμμετοχή της στο συγκεκριμένο διαγωνισμό λόγω των τεθισών τεχνικών προδιαγραφών.

9. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως αβάσιμη, διότι σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης, ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία της προσφεύγουσας από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

10. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων της σκέψης 7 της παρούσας και δη: α) εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας και της δυνατότητας υποβολής σχετικού αιτήματος από τον προσφεύγοντα, β) της διατύπωσης του όρου *“κατάλληλα μέτρα”*, όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την *“καταλληλότητά”* τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, γ) της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες αφενός ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της *“καταλληλότητας”*, την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και αφετέρου αναφέρουν ότι τα *“μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται”* στην έννοια των *“καταλλήλων μέτρων”*, προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια προσωρινά μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, συμπεριλαμβανομένων, εξάλλου, των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία, όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις

## Αριθμός απόφασης: Α 539/2019

επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

11. Επειδή, όσον αφορά στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου ή της ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης του προσφεύγοντος, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκομένων μερών. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

12. Επειδή, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και οι λόγοι της κριθούν ως νόμιμοι, εκτός του ότι η εκ της αιτίας αυτής μείωση του ανταγωνισμού θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμη απόφαση διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής - μετά από περαιτέρω πρόοδο της και προώθηση σε επόμενα στάδια - θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του συγκεκριμένου σταδίου της προκηρυχθείσας διαδικασίας.

13. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της υπ' αρ. 1787/2019 Πράξης της Προέδρου του 3ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 23-12-2019, η όποια επίπτωση από τυχόν αναστολή για εύλογο χρόνο της προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή ή τρίτους.

14. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή

## **Αριθμός απόφασης: Α 539/2019**

της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής. Η αναστολή αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά 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. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την έκδοση απόφασης επί της εν προκειμένω προσφυγής, κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής, που σωρεύεται στην συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, πρέπει να γίνει δεκτό.

### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την διαγωνιστική διαδικασία που προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. \*\*\*\*\* διακήρυξη και δη αναστέλλει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 25-11-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΣΙΔΕΡΗ ΜΑΡΙΑ ΕΛΕΝΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΤΣΟΥΛΟΥΦΑ ΑΡΓΥΡΩ**