

Η

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

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 07-02-2019, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Κωνσταντίνο Κορομπέλη και Κυριακή Σιδηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα για Αναστολή και Λήψη Προσωρινών Μέτρων που σωρεύεται στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 115/29-01-2019 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο 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 υπ' αριθ. πρωτ. διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής και με αριθμό διακήρυξης, η οποία αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 18-01-2019, δυνάμει της οποίας προκηρύχθηκε Ανοικτός Δημόσιος Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός για την προμήθεια «.....», προς κάλυψη αναγκών του, με CPV:, με προϋπολογισμό 96.774,19 € πλέον ΦΠΑ, ήτοι 120.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη, βάσει τιμής προσφορά (χαμηλότερη τιμή). Ο Διαγωνισμός φέρει συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ Πιο συγκεκριμένα, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση των τεχνικών προδιαγραφών **α)** Στην Ενότητα ΓΕΝΙΚΗ – ΣΥΝΘΕΣΗ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ και στην Παράγραφο 6, όπου αναγράφεται: «*Σύστημα υπερηχοτομογραφίας γενικής χρήσης 6. Ηχοβόλο κεφαλή linear τύπου Hockey Stick με εύρος συχνοτήτων λειτουργίας από 10.0 MHz έως 18.0 MHz για εξετάσεις μυοσκελετικού σε δύσκολα ανατομικά στοιχεία*» και **β)** Στην Ενότητα ΤΥΠΟΙ ΗΧΟΒΟΛΩΝ ΚΕΦΑΛΩΝ και στην Παράγραφο 8, όπου αναγράφεται: «*Linear ειδικού σχήματος I ή T ή Hockey Stick: ΝΑΙ από 7 MHz έως 18 MHz*».

Αριθμός Απόφασης: Α 54 / 2019

Στην προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων σώρευσε και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείται να ανασταλεί, με την έκδοση απόφασης χορήγησης προσωρινών μέτρων, η διαγωνιστική διαδικασία και η πρόοδος αυτής μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης από την ΑΕΠΠ.

Αφού άκουσε την εισηγήτρια Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδα

και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

1. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 (προσωρινά μέτρα) (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) του ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 του π.δ. 39/2017 (Προσωρινά μέτρα) στο πλαίσιο του νομοθετικού πλαισίου για την παροχή έννομης προστασίας κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων παρέχεται στην ΑΕΠΠ η δυνατότητα να διατάσσει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης ωστόσο αποφανθεί για την προσφυγή καθώς και κάθε πρόσφορο μέτρο προκειμένου να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή εκτέλεσης οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, όπως σαφώς προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4412/2016 σχετικά με το άρθρο 366 του νόμου δίνεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάσσει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας

2. 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 του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου προσφεύγει ο προσφεύγων ανέρχεται στο ποσό των 96.774,19 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Το εν λόγω ποσό πληρώθηκε σύμφωνα με το προσκομιζόμενο e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης ποσού 600,00 Ευρώ, το

Αριθμός Απόφασης: Α 54 / 2019

οποίο έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.).

3. 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.

4. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 28-01-2019, 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 θα λήξει στις 12-02-2019, δεδομένου ότι ο προσφεύγων τεκμαίρεται ότι έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλομένης στις 02-02-2019, δηλαδή 15 ημέρες μετά την ανάρτηση της διακήρυξης στον διαδικτυακό τόπο του ΚΗΜΔΗΣ, που έλαβε χώρα την 18-01-2019. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 28-01-2019 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.

5. 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).

6. Επειδή με την Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλομένη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί κατά το μέρος που περιλαμβάνει τους προσβαλλομένους όρους, όπως αυτοί αναλυτικά αναφέρονται στο σώμα της προσφυγής του, και τούτο -κατά τον προσφεύγοντα- διότι με τους προσβαλλομένους όρους καθίσταται αδύνατη η συμμετοχή του προσφεύγοντα στον εν λόγω διαγωνισμό, περιορίζοντας αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό κατά παράβαση των αρχών που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς, της διαφάνειας, της ισότιμης πρόσβασης και ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών, ενώ ορισμένοι όροι είναι ασαφείς. Ειδικότερα, στην Ενότητα ΓΕΝΙΚΗ – ΣΥΝΘΕΣΗ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ και στην Παράγραφο 6, όπου αναγράφεται: «*Σύστημα υπερηχοτομογραφίας γενικής χρήσης 6. Ηχοβόλο κεφαλή linear τύπου Hockey Stick με εύρος συχνότητας λειτουργίας από 10.0 MHz έως 18.0 MHz για εξετάσεις μωσσκελετικού σε δύσκολα ανατομικά στοιχεία*», η προδιαγραφή με τον τρόπο που

είναι διατυπωμένη αποκλείει αδικαιολόγητα τη συμμετοχή του προσφεύγοντα στον διαγωνισμό, χωρίς αυτό να δικαιολογείται από κάποια ιδιαίτερη ανάγκη της Αναθέτουσας Αρχής, ενώ στην Ενότητα ΤΥΠΟΙ ΗΧΟΒΟΛΩΝ ΚΕΦΑΛΩΝ και στην Παράγραφο 8, όπου αναγράφεται: «*Linear ειδικού σχήματος I ή T ή Hockey Stick: NAI από 7 MHz έως 18 MHz*», η προδιαγραφή ομοίως με τον τρόπο που είναι διατυπωμένη αποκλείει αδικαιολόγητα τη συμμετοχή του προσφεύγοντα στον διαγωνισμό. Από τα ως άνω αναφερόμενα και αναλυτικώς εκτιθέμενα στην προσφυγή, σε συνδυασμό με τις οικείες νομικές διατάξεις, πιθανολογείται ότι δεν μπορεί να αποκλειστεί παράβαση του ενωσιακού και εθνικού δικαίου. Για την οριστική κρίση επί της προσφυγής, ωστόσο, απαιτείται ενδελεχής μελέτη της υπόθεσης, η οποία δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασης αυτής για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

7. Επειδή ο προσφεύγων πιθανολογείται ότι καταρχήν έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς, όπως προκύπτει από την επισκόπηση της προσφυγής, το νομικό του πρόσωπο προσφέρει προηγμένης τεχνολογίας ιατροτεχνολογικό εξοπλισμό του κατασκευαστικού οίκου και κατέχει σημαντική θέση στον ελληνικό χώρο στα συστήματα Υπερηχοτομογράφων κατηγορίας, όπως αυτό της εν θέματι διακήρυξης, και επιθυμεί να συμμετέχει υποβάλλοντας προσφορά στον Διαγωνισμό. Όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, το νομικό του πρόσωπο διαθέτει μία και μοναδική ηχοβόλο κεφαλή τύπου Linear Hockey Stick για όλα τα μοντέλα υπερηχοτομογράφων που διαθέτει, όπως αυτή που αιτείται με τον πρώτο προσβαλλόμενο όρο, με ανώτερο όριο συχνοτήτων όμως τα 15 Mhz και όχι τα 18 Mhz όπως ζητείται από τη διακήρυξη, και για τον λόγο αυτό αποκλείεται από τον διαγωνισμό, ενώ τα αντίστοιχα ισχύουν και για τον δεύτερο προσβαλλόμενο όρο. Σημειώνεται ότι, από την επισκόπηση της προσφυγής του, πιθανολογείται ότι δεν προκύπτει να αναφέρονται ειδικοί λόγοι οι οποίοι εμποδίζουν τον προσφεύγοντα να συμμετάσχει στον Διαγωνισμό, καθόσον ο προσφεύγων δεν ισχυρίζεται ειδικά ότι λόγω των επίμαχων προδιαγραφών αποκλείεται ή καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Συνακόλουθα, κατά την ομόφωνη γνώμη του Κλιμακίου, διατηρείται επιφύλαξη κατά την οριστική απόφαση επί της προσφυγής να εξεταστεί ενδελεχώς το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντα.

Αριθμός Απόφασης: Α 54 / 2019

8. 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».

9. 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 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».

10. 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).

Αριθμός Απόφασης: Α 54 / 2019

11. 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».*

12. 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.

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

14. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω, και δεδομένου ότι η προσφυγή δεν είναι προδήλως αβάσιμη αλλά, αντιθέτως εικάζεται παράβαση της νομοθεσίας θα πρέπει να ανασταλεί μέχρι να εκδοθεί η απόφαση της ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση προσφυγής.

15. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει αποστείλει εισέτι τις απόψεις της, ενώ από την επισκόπηση του φακέλου δεν προκύπτει ότι υφίστανται ειδικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος για την αποφυγή καθυστέρησης στην πρόοδο του

Αριθμός Απόφασης: Α 54 / 2019

διαγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι, 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 (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον πρέπει να διαταχθεί η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής. Εξάλλου σημειώνεται ότι η εξέταση της προσφυγής έχει οριστεί για την 21-02-2019, ήτοι σε 14 ημέρες από την έκδοση της παρούσας, ενώ ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στον Διαγωνισμό έχει ορισθεί η 12-02-2019. Συνεπώς, σύμφωνα με τις διατυπώσεις του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, δεν αναμένεται να καθυστερήσει υπέρμετρα η διαδικασία.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντα.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. πρωτ. διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής, με αριθμό διακήρυξης, δυνάμει της οποίας προκηρύχθηκε Ανοικτός Δημόσιος Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός για την προμήθεια «.....», προς κάλυψη αναγκών του, με CPV:, με προϋπολογισμό 96.774,19 € πλέον ΦΠΑ, ήτοι 120.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη, βάσει τιμής προσφορά (χαμηλότερη τιμή) και με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής και ορίζει ως κατάλληλο μέτρο την μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών μετά την 13η Μαρτίου 2019, ήτοι μετά είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία ορισμού εξέτασης (21-02-2019) της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 07-02-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Αριθμός Απόφασης: Α 54 / 2019

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη

Ευαγγελία Ζαφειράτου