

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 09 Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Σειραδάκης, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου - Εισηγήτρια και
Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που
ενσωματώνεται στην, από 27.11.2019, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
1467/29.11.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «....» και τον διακριτικό
τίτλο «....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου με την επωνυμία
(εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «....» και τον διακριτικό τίτλο
«....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία επιδιώκει,
όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 551/07.11.2019 (Θέμα 13^ο) Απόφαση του Δ.Σ. της
αναθέτουσας αρχής, κατ' αποδοχή του, από 01.11.2019, Πρακτικού ελέγχου
των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών και των οικονομικών
προσφορών (αντίστοιχα) της Επιτροπής Διενέργειας του υπόψη Διαγωνισμού,
που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού
για την προμήθεια: «Ραδιοφαρμάκων – Ραδιοϊσοτόπων για τις ανάγκες του Γ'
Εργαστηρίου της Πυρηνικής Ιατρικής του Νοσοκομείου», συνολικής
προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.306.451,62€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.
(CPV:), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική

άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής – χαμηλότερη τιμή (υπ' αριθμ. Διακήρυξη, Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ:).

Με την Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα ζητεί, όπως απορριφθεί καθολοκληρίαν η Προδικαστική Προσφυγή και όπως διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης Απόφασης του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ποσού τεσσάρων χιλιάδων επτακοσίων σαράντα ευρώ 4.740,00€ αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία άσκησε την, από 27.11.2019, Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ. 1467/29.11.2019, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 1.306.451,62€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει

του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα εταιρία προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού. Σημειώνεται ότι η προσβαλλόμενη Απόφαση αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 18.11.2019.

5. Επειδή η προσφεύγουσα, η οποία υπέβαλε τη με αριθμό Προσφορά στον επίμαχο Διαγωνισμό για έξι (6) είδη - η οποία απορρίφθηκε μόνο ως προς το είδος με κωδικό: - και αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης ως προς τα είδη με κωδικό:,, ισχυρίζεται (σελ. 9 και επόμε. της Προσφυγής της), ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, κατά το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον με την υπ' αριθμ. 551/07.11.2019 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, μη νομίμως έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά της ανταγωνίστριας της εταιρίας «.....», με συνέπεια να προκριθεί η συμμετοχή της στο επόμενο διαγωνιστικό στάδιο («άνοιγμα οικονομικών προσφορών») και εν τέλει να αναδειχθεί προσωρινός μειοδότης για το επίμαχο είδος με κωδικό: («ΔΟΣΗ ΡΑΔΙΟΦΑΡΜΑΚΟΥ ΓΙΑ ΕΞΕΤΑΣΕΙΣ ΠΟΖΙΤΡΟΝΙΑΚΗΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΙΑΣ ΜΕ 18F-FDG»), παρόλο που η Προσφορά της δεν είναι σύμφωνη με απαραβάτους όρους της οικείας Διακήρυξης, τουναντίον παρουσιάζει ουσιώδεις αποκλίσεις από αυτούς.

• 1^{ος} λόγος Προσφυγής (μη υποβολή ανεξάρτητου, περιληπτικού φύλλου συμμόρφωσης – απαραβάτος όρος)

Όπως ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα (βλ. σελ. 8 της Προσφυγής), η καθής η Προσφυγή, κατά παράβαση των σχετικών όρων του Παραρτήματος Γ' («ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ») της οικείας Διακήρυξης, δεν υπέβαλε το ζητούμενο, ως υποχρεωτικώς υποβλητέο, ανεξάρτητο περιληπτικό φύλλο συμμόρφωσης για τα είδη που προσφέρει (απαράβατος όρος). Αντ'

αυτού, υπέβαλε ένα υποτυπώδες, αόριστο και ελλιπέστατο «Φύλλο Συμμόρφωσης», στο οποίο δεν περιλαμβάνονται οι ζητούμενες στο Κεφάλαιο Α΄ του ως άνω Παρατήματος πληροφορίες, ώστε να είναι δυνατός ο έλεγχος συμμόρφωσης της επίμαχης Προσφοράς με τις τιθέμενες τεχνικές προδιαγραφές και το οποίο δεν παραπέμπει ρητώς στα αντίστοιχα σημεία της Τεχνικής Προσφοράς. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, η άποψη του Νοσοκομείου, πως η άδεια κυκλοφορίας του Ε.Ο.Φ και το Φύλλο Συμμόρφωσης που υπέβαλε η εν λόγω εταιρία, καλύπτουν τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές, είναι αόριστη και αναιτιολόγητη, ενώ παραβιάζει ευθέως τους όρους της επίμαχης Διακήρυξης, καθώς και τις θεμελιώδεις αρχές της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων.

• 2^{ος} λόγος Προσφυγής (μη νόμιμη συμπλήρωση του εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ)

Με παραπομπή: α) στο άρθρο 13 («Περιεχόμενο υποφακέλων») παρ. 1.2.1. στοιχ. γ της Διακήρυξης (σελ. 22), στο οποίο ζητείται έγγραφη υπεύθυνη δήλωση, ότι ο προσφέρων διαθέτει κατάλληλη και επαρκή υποδομή για την εκτέλεση της σύμβασης (εξειδικευμένο προσωπικό, τεχνικά μέσα κλπ) και β) στο άρθρο 29 («Χρόνος Παράδοσης – παραλαβής») παρ. 2 της οικείας Διακήρυξης (σελ. 35), όπου προβλέπεται η εκπαίδευση του προσωπικού του υπόψη Νοσοκομείου στη χρήση του συγκεκριμένου ραδιενεργού φαρμάκου, η προσφεύγουσα υποστηρίζει (βλ. σελ. 14 της Προσφυγής), ότι η καθής η Προσφυγή δήλωσε στην Ενότητα Γ του Μέρους ΙΙ («Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα») του εντύπου Ε.Ε.Ε.Σ., ότι δεν στηρίζεται στις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων, προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής της Διακήρυξης, πλην, όμως, δεν διαθέτει η ίδια την κατάλληλη υποδομή για την εκτέλεση της σύμβασης, αλλά στηρίζεται στις ικανότητες της εταιρίας «.....» που είναι και ο παραγωγός του ραδιοφαρμάκου. Τούτο αποδεικνύεται, κατά την προσφεύγουσα, από το γεγονός ότι σε κανένα σημείο της επίμαχης Προσφοράς δεν αναφέρεται η ύπαρξη κατάλληλου προσωπικού, επιφορτισμένου να εκτελεί τους αναγκαίους ελέγχους ποιότητας, παραγωγής κλπ, ενώ στην υποβληθείσα Άδεια παραγωγής της «.....» (σελ. 8-10),

αναφέρεται ότι τα πρόσωπα που αποτελούν το Ειδικό Προσωπικό, ο Υπεύθυνος Ελέγχου Ποιότητας, ο Υπεύθυνος Παραγωγής κλπ είναι υπάλληλοι του εν λόγω οίκου και όχι της συμμετέχουσας εταιρίας «....». Μάλιστα και η ίδια η εταιρία αναφέρει στην τεχνική της προσφορά, ότι το προσφερόμενο είδος κατασκευάζεται από τον οίκο «....». Για τους ανωτέρω λόγους, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι «η αναληθής συμπλήρωση του Ε.Ε.Ε.Σ. συνιστά ουσιώδη παράλειψη, που οδηγεί σε αυτόματη απόρριψη» της επίμαχης Προσφοράς.

- 3^{ος} λόγος Προσφυγής (μη νόμιμη επικύρωση υποβληθέντων ιδιωτικών εγγράφων)

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα διαμαρτύρεται για το γεγονός ότι τα υποβληθέντα από την καθής η Προσφυγή Πιστοποιητικά περιβαλλοντικής διαχείρισης δεν είναι επικυρωμένα από αρμόδια αρχή ή από δικηγόρο, σύμφωνα με το προβλεπόμενο στο άρθρο 1 του Ν. 4250/2014, γεγονός που καθιστά την Προσφορά της μη νόμιμη και συνεπώς, απορριπτέα.

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα Παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα την 05.12.2019, στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) ήτοι, εντός δύο (2) ημερών μετά την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής από την αναθέτουσα αρχή μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ στους υπόλοιπους συμμετέχοντες (03.12.2019), σκοπεί δε στην απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, καθόσον η παρεμβαίνουσα προδήλως ευνοείται από τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης του Δ.Σ της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης για το επίμαχο είδος «ΔΟΣΗ ΡΑΔΙΟΦΑΡΜΑΚΟΥ ΓΙΑ ΕΞΕΤΑΣΕΙΣ ΠΟΖΙΤΡΟΝΙΑΚΗΣ ΤΟΜΟΓΡΑΦΙΑΣ ΜΕ 18F-FDG».

7. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή, απέστειλε σε σχέση με το υπό εξέταση αίτημα αναστολής το με αρ. πρωτ. έγγραφο Απόψεων προς την

Αρχή, όπου, μεταξύ άλλων, αναφέρει ότι ουδεμία βλάβη υφίσταται η προσφεύγουσα, αφού ο επίμαχος Διαγωνισμός βρίσκεται σε στάδιο, κατά το οποίο έχουν ήδη αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές και έχουν αναδειχθεί οι προσωρινοί μειοδότες για τα επιμέρους ζητούμενα είδη. Εν όψει των ανωτέρω, το υπόψη Νοσοκομείο επισημαίνει ότι δεν υφίσταται, εν προκειμένω, έννομο συμφέρον για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής και ότι δεν προτίθεται να προβεί σε υπογραφή συμβάσεων, πριν την έκδοση της οριστικής Απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί της ασκηθείσης Προδικαστικής Προσφυγής.

8. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: *«Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας»*. Συνεπώς, η Απόφαση επί του αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεύει 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 (κατ' ελάχιστον) 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, με βάση τα προλεχθέντα, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της Προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του - τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου - και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, 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.

10. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναστολή χορηγείται μόνο εάν με βάση συγκεκριμένους και ειδικούς λόγους που αποδεικνύονται, πιθανολογείται ότι σε περίπτωση άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, θα επέλθει στον αιτούντα ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς δυνάμενη να επανορθωθεί βλάβη (ΕΑ 88, 103, 197, 209/1991, 548-550/1990, ΔΕφΑθ 9/2015, 62/2015, 878/2016 κλπ).

11. Επειδή, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί για τον επίδικο Διαγωνισμό για τον οποίο ασκήθηκε η εν λόγω Προσφυγή, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017).

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, στο παρόν στάδιο του Διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, δεν προκύπτει ότι υφίσταται ζημία των συμφερόντων της προσφεύγουσας, η οποία να κρίνεται προσωρινά προστατευτέα, ήτοι έως την έκδοση Απόφασης από την Αρχή. Και τούτο, διότι τυχόν παράβαση της ενωσιακής και της εσωτερικής νομοθεσίας, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη πράξη ανέδειξε ως προσωρινό μειοδότη για το επίμαχο είδος την εταιρία «...», θα κριθεί με την οριστική Απόφαση επί της Προδικαστικής της Προσφυγής, η έκδοση της οποίας - σε κάθε περίπτωση - θα λάβει χώρα εντός 20 ημερών από την ορισθείσα ημερομηνία συζήτησης με την με αριθμό 1843/29.11.2019 Πράξη του Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και εφόσον στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία έχουν (εκ των πραγμάτων) ανοιχθεί και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων και έχει ορισθεί προσωρινός μειοδότης για το επίμαχο είδος, το δικαίωμα της προσφεύγουσας και η εύλογη προσδοκία της στην ανάδειξη αυτής ως αναδόχου της εν λόγω σύμβασης, δεν θίγεται σε

περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική Απόφαση επί της Προδικαστικής της Προσφυγής.

14. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει τη ζημία της και εν προκειμένω, ουδεμία ζημία πρόκειται να υποστεί η προσφεύγουσα από τυχόν πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι από το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αφού ούτως ή άλλως από την Προσφυγή καθαυτή κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης.

15. Επειδή, όψει των ανωτέρω, στο παρόν στάδιο, δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία της προσφεύγουσας και επομένως, δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτής για τη χορήγηση μέτρων προσωρινής προστασίας.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 9 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΜΙΧΑΛΗΣ Π. ΣΕΙΡΑΔΑΚΗΣ

ΕΛΕΝΗ ΧΟΥΛΗ