

**Η**

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

**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 19 Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:  
Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και  
Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 9-11-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1183/12-11-2018 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενης

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

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Πρόεδρο και Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

**1.** Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία η προσφεύγουσα σωρεύει αίτημα αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, βάλλει κατά των όρων της με αρ. .... διακήρυξης ηλεκτρονικού ανοικτό διαγωνισμού κάτω των ορίων «.....» και ζητά την ακύρωση, άλλως ανάκληση, άλλως τροποποίηση των προσβαλλομένων τεχνικών προδιαγραφών της ανωτέρω διακήρυξης.

**2.** Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρθ. 5 ΠΔ 39/2017 άρθ. 363 του Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο, ήτοι το με στοιχεία ..... ειδικό έντυπο παραβόλου, ποσού 600,00€, όπως και αποδεικτικό πληρωμής του μέσω της τράπεζας ....., εμπρόθεσμα και παραδεκτά ασκείται κατά τα λοιπά.

## Αριθμός απόφασης: Α 506/2018

3. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αρ. .... διακήρυξη προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό κάτω των ορίων «.....», η οποία αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ....., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 172.044,00€, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, με CPV ....., και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 22-11-2018.

4. Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως εταιρία δραστηριοποιούμενη, κατά δήλωσή του, στην εμπορία ιατρικών εργαλείων, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης σύμβασης, ενώ αυτονότητα θίγεται από τους προσβαλλόμενους με την αντίστοιχη προσφυγή του όρους της διακήρυξης, διότι, όπως δηλώνει, δεν τους πληρούν και έτσι αποκλείεται από τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

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

6. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή ο οικονομικός φορέας «.....» βάλει κατά συγκεκριμένων τεχνικών προδιαγραφών του Πίνακα Ειδών του Παραρτήματος Ε' της διακήρυξης ως 'φωτογραφικών', τα οποία δύναται να τα προσφέρει ένας και μόνον προμηθευτής και δη κατά της «γενικής απαίτησης» που τίθεται για τα είδη της κατηγορίας 'Β.ΕΡΓΑΛΕΙΑ ΗΛΕΚΤΡΟΘΕΡΜΙΚΗΣ ΣΥΓΚΟΛΛΗΣΗΣ ΑΓΓΕΙΩΝ ΜΙΑΣ ΧΡΗΣΗΣ' όπως οι λαβίδες εκτελούν «αυτόματη ολοκλήρωση του κύκλου απολίνωσης σε 2-4 δευτερόλεπτα» και κατά των ειδικότερων τεχνικών προδιαγραφών των υπό α/α 1.ΘΕΡΜΟΣΥΓΚΟΛΛΗΣΗΣ ΛΑΒΙΔΑ - ΕΥΘΕΙΣ ΣΙΑΓΟΝΕΣ - ΔΙΑΜ. 10MM/ΜΗΚΟΣ ΣΤΥΛΕΟΥ 20 CM+/-2 CM και 2. ΘΕΡΜΟΣΥΓΚΟΛΛΗΣΗΣ ΛΑΒΙΔΑ ΚΥΡΤΕΣ ΣΙΑΓΟΝΕΣ 4MM (ΜΗΚΟΣ ΚΟΠΗΣ) / ΜΗΚΟΥΣ ΣΤΥΛΕΟΥ 18 CM (+/-2 CM) ειδών της αυτής κατηγορίας Β. «ΕΡΓΑΛΕΙΑ ΗΛΕΚΤΡΟΘΕΡΜΙΚΗΣ ΣΥΓΚΟΛΛΗΣΗΣ ΑΓΓΕΙΩΝ ΜΙΑΣ ΧΡΗΣΗΣ» του Παραρτήματος Ε' της διακήρυξης, τα οποία αποτελούν

## Αριθμός απόφασης: Α 506/2018

αντιγραφή τεχνικών χαρακτηριστικών προϊόντων / ιατρικών εργαλείων του αλλοδαπού οίκου Medtronic, Covidien Products, με την εμπορική ονομασία προϊόντος (type) Ligasure Atlas (LS1020) και Ligasure Impact (LF4418) αντίστοιχα. Συγκεκριμένα ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι: **α)** για το είδος **1. ΘΕΡΜΟΣΥΓΚΟΛΛΗΣΗΣ ΛΑΒΙΔΑ - ΕΥΘΕΙΣ ΣΙΑΓΟΝΕΣ - ΔΙΑΜ. 10MM/ΜΗΚΟΣ ΣΤΥΛΕΟΥ 20 CM+/-2 CM**, εκ του συνδυασμού της «γενικής απαίτησης» της κατηγορίας B. περί της δυνατότητας της λαβίδας να εκτελεί «αυτόματη ολοκλήρωση του κύκλου απολίνωσης σε 2-4 δευτερόλεπτα» με τα λοιπά τεχνικά χαρακτηριστικά που ζητούνται ειδικότερα για το είδος α/α 1, ιδιαίτερα δε με τα χαρακτηριστικά: «...με διάμετρο 10 χιλιοστών», «..... ενεργού άκρου 24mm αμφίπλευρου ανοίγματος» και «..... περιστρεφόμενη τουλάχιστον κατά 359 μοίρες.....», συνάγεται ότι τις τεχνικές αυτές ιδιότητες διαθέτει, επακριβώς, το προαναφερθέν εργαλείο οίκου Medtronic, Covidien Products, με την ονομασία Ligasure Atlas (LS1020). Το σύνολο των επιμέρους αυτών χαρακτηριστικών – ιδιοτήτων της λαβίδας, σε συνδυασμό με τα κατ' ιδίαν μήκη που ζητούνται, προσδιορίζουν (και μόνον) το συγκεκριμένο προϊόν του ανωτέρω οίκου [Ligasure Atlas (LS1020)]. Ομοίως, εκ του συνδυασμού της «γενικής απαίτησης» της κατηγορίας B. περί της δυνατότητας της λαβίδας να εκτελεί «αυτόματη ολοκλήρωση του κύκλου απολίνωσης σε 2-4 δευτερόλεπτα» με τα λοιπά τεχνικά χαρακτηριστικά που ζητούνται ειδικότερα για το είδος α/α 2, ιδιαίτερα δε με τα χαρακτηριστικά: «..... κυρτές σιαγόνες κατά 14 μοίρες αμφίπλευρου ανοίγματος» και «... μήκους κοπής 34 χιλιοστών.» συνάγεται ότι τις τεχνικές αυτές ιδιότητες διαθέτει, επακριβώς, το προαναφερθέν εργαλείο οίκου Medtronic, Covidien Products με την ονομασία Ligasure Impact (LF4418). Το σύνολο των επιμέρους αυτών χαρακτηριστικών – ιδιοτήτων της λαβίδας, σε συνδυασμό με τα κατ' ιδίαν μήκη αυτής που ζητούνται, προσδιορίζουν (και μόνον) το συγκεκριμένο προϊόν του ανωτέρω οίκου [Ligasure Impact (LF4418)]. Ως εκ τούτου αποκλείονται ευθέως, ως μη πληρούντα τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, τα προϊόντα άλλων κατασκευαστικών οίκων - προμηθευτών, που δεν έχουν μεν ακριβώς τα ως άνω χαρακτηριστικά/ιδιότητες, πλην όμως τα τελευταία είναι ισάξια σε ποιότητα, απολύτως ασφαλή και κατάλληλα ειδικά για την χρήση για την οποία προορίζονται από την αναθέτουσα αρχή. Επιπρόσθετα, με τα ανωτέρω τεχνικά χαρακτηριστικά που θέτει η διακήρυξη δεν προσδίδεται στο είδος (ιατρικό εργαλείο) κάποιο επιπλέον σημαντικό χαρακτηριστικό, ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ο συγκεκριμένος όρος ως «εκ των ουκ άνευ» για την λειτουργική απόδοση των ζητούμενων αιμοστατικών λαβίδων, ως υποστηρίζει ο προσφεύγων. Εξάλλου τούτος προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή αναπιολόγητα και

## **Αριθμός απόφασης: Α 506/2018**

χωρίς την συνδρομή κάποιου ειδικού λόγου ή συνθήκης, τα οποία δεν αναφέρει, απαιτεί όπως τα είδη του πίνακα Β΄ του παραρτήματος Ε΄ της διακήρυξης φέρουν όλες τις ανωτέρω τεχνικές προδιαγραφές και χαρακτηριστικά. Κατά συνέπεια, κατά το προσφεύγοντα, ουδείς άλλος προμηθευτής, μεταξύ των οποίων και ο προσφεύγων, ο οποίος εμπορεύεται και διαθέτει στην αγορά τα προϊόντα του αλλοδαπού οίκου Ethicon, δύναται να συμμετάσχει, εν τέλει, στον εν λόγω διαγωνισμό, εφόσον η τεχνική προσφορά οιοδήποτε άλλου συμμετέχοντα προμηθευτή είναι βέβαιο ότι θα απορριφθεί από την αρμόδια επιτροπή αξιολόγησης, λόγω ουσιωδών αποκλίσεων των προσφερόμενων ιατρικών ειδών (αιμοστατικών λαβίδων) και εν γένει ως μη σύμφωνων με τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης. Σε επίρρωση των ισχυρισμών του, ο προσφεύγων προβάλλει ότι προτίθεται να προσφέρει στον συγκεκριμένο διαγωνισμό για το α/α 1 είδος : «Αιμοστατική λαβίδα μίας χρήσης ηλεκτροθερμικής συγκόλλησης αγγείων έως και 7 χιλιοστών, με κύκλο απολίνωσης 2-4 sec περίπου, ανάλογα τον τύπο και το πάχος του ιστού, με δυνατότητα πλήρους περιστροφής 360 μοιρών, κυρτών άκρων για καλύτερη ορατότητα, μήκος στυλεού 20cm, μήκος κοπής άνω των 34mm, ξεχωριστή ενεργοποίηση κομβίου απολίνωσης και ξεχωριστό κομβίο κοπής. Δυνατότητα κλειδώματος της χειρολαβής κατά την εφαρμογή για πιο εύκολο χειρισμό κατά τη χρήση». Για δε το α/α 2 είδος προτίθεται να προσφέρει : «Αιμοστατική λαβίδα μίας χρήσης ηλεκτροθερμικής συγκόλλησης αγγείων έως και 7 χιλιοστών, με κύκλο απολίνωσης 2-4 sec περίπου ανάλογα τον τύπο και το πάχος του ιστού, με δυνατότητα πλήρους περιστροφής 360 μοιρών, κυρτών άκρων μήκους 38mm για καλύτερη ορατότητα, μήκος στυλεού 20cm, με δυνατότητα για ξεχωριστή απολίνωση και κοπή. Δυνατότητα κλειδώματος της χειρολαβής κατά την εφαρμογή για πιο εύκολο χειρισμό κατά τη χρήση και τεχνολογία αντίληψης ιστού για μικρότερη θερμική διαφορά. Ωστόσο τα είδη αυτά που προτίθεται ο προσφεύγων, κατά δήλωσή του, να προσφέρει δεν διαθέτουν ταυτόχρονα και την δυνατότητα για το α/α 1 : ευθείες σιαγόνες αμφίπλευρου ανοίγματος, ενεργού άκρου 24mm (καθώς διαθέτει μεγαλύτερο), κύκλου απολίνωσης 2-4sec και περιστροφή στυλεού τουλάχιστον κατά 359 μοίρες και για το α/α 2 : «μήκος κοπής 34mm (καθώς διαθέτει μεγαλύτερο), κύκλου απολίνωσης 2- 4sec και κυρτές σιαγόνες κατά 14 μοίρες αμφίπλευρου ανοίγματος. Όμως, όπως επικαλείται ο προσφεύγων, η έλλειψη αυτή των ειδών, σε καμία περίπτωση καθιστά αυτά υποδεέστερα ποιοτικά ή μη

## Αριθμός απόφασης: Α 506/2018

κατάλληλα ή λιγότερο κατάλληλα από τα εργαλεία που ζητεί η διακήρυξη για την συγκεκριμένη χρήση (ηλεκτροθερμική συγκόλληση αγγείων), εφόσον τα προϊόντα του είναι πιστοποιημένα με CE Mark, έχουν κατασκευασθεί και κυκλοφορούν στην αγορά, ήδη από το έτος 2017.

7. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας 1552/2018 Πράξης της Προέδρου του σε εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί των ως άνω προσφυγών.

8. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων και δη: **α)** εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, **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 των προσφευγόντων, συμπεριλαμβανομένων, εξάλλου, των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης, όπως εν προκειμένω), όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψης προσωρινών μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

## **Αριθμός απόφασης: Α 506/2018**

**9.** Επομένως, 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 εμπλεκόμενων 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.

**10.** Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης, ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία του προσφεύγοντος από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

**11.** 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 νόμιμους όρους 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 σταδίου υποβολής προσφορών.

**12.** Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της με αρ. 1552/2018 Πράξης της Προέδρου του 3ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 27-11-2018, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής για εύλογο χρόνο προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα ή τρίτους.

## **Αριθμός απόφασης: Α 506/2018**

**13.** 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 της διενέργειας του διαγωνισμού έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής. Η παράταση 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 των προσφυγών κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

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

### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Διατάσσει αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την έκδοση απόφασης επί της 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 στις 19-11-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ  
ΜΑΝΩΛΟΓΛΟΥ ΜΑΡΙΑ**