

Αριθμός απόφασης: Α71 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18 Φεβρουαρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής - δυνάμει της με αρ. 223/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 157/07-02-2019 Προδικαστική Προσφυγή της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....», με διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στον, επί της συμβολής των οδών και, αρ. ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγων»).

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία, που εδρεύει στο, στη διασταύρωση και, νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «.....» ή «ΑΑ») και κατά όρων της με αριθμό διακήρυξης ανοιχτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού του για την επιλογή αναδόχου προμήθειας «.....», σύμφωνα με τα όσα ορίζονται στην Τεχνική Περιγραφή, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 132.743,37€ χωρίς ΦΠΑ, (εφεξής «προσβαλλόμενη διακήρυξη» ή «διακήρυξη»), για τους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Αριθμός απόφασης: Α71 / 2019

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, με την με αρ. διακήρυξη το προκήρυξε ανοιχτό, δημόσιο, ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με αριθμό ΕΣΗΔΗΣ:, για την επιλογή αναδόχου προμήθειας «.....», σύμφωνα με τα όσα ορίζονται στην Τεχνική Περιγραφή, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 132.743,37€ χωρίς ΦΠΑ, και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (εφεξής «διαγωνισμός»). Η προμήθεια αφορά σε 133 είδη και κάθε διαγωνιζόμενος δικαιούται να υποβάλει προσφορά για κάθε ένα ή περισσότερα ή και όλα τα είδη, αλλά για το σύνολο της προϋπολογισθείσας ποσότητας ανά είδος.

2. Επειδή, με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 07-02-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, ο προσφεύγων, πέραν του αιτήματος να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες προδιαγραφές της διακήρυξης και να ματαιωθεί ο διαγωνισμός, αιτείται και να ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της αιτήσεως ακύρωσης που ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι θα ασκήσει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης αν χρειαστεί.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 750,00 €, το οποίο, μάλιστα, υπερβαίνει το προβλεπόμενο στην παρ. 1 των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017 ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας άνευ ΦΠΑ δαπάνης του διαγωνισμού κατά 86,28€ (=750,00 - 663,72).

4. Επειδή, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ

Αριθμός απόφασης: Α71 / 2019

(132.743,37€) και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση της προκήρυξης της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ την 04-02-2019) δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, διέπεται όμως από τις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινομένη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (α/α. Συστήματος), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α του ν. 4412/2016, αφού η πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης έλαβε χώρα την 06^η Φεβρουαρίου του 2019, όπως ο ίδιος ο προσφεύγων συνομολογεί στην προσφυγή του, πριν ακόμη δηλαδή εκκινήσει η κατά τις πιο πάνω διατάξεις δεκαήμερη προθεσμία από την τεκμαιρόμενη γνώση αυτής και η υπό εξέταση προσφυγή κατατέθηκε την 7^η Φεβρουαρίου του ίδιου έτους.

7. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι επί τριάντα χρόνια, ασχολείται με την προμήθεια στα δημόσια νοσοκομεία ιατροτεχνολογικών προϊόντων, μεταξύ των οποίων και τα χειρουργικά ράμματα, πλην όμως βάσει των προσβαλλόμενων προδιαγραφών το θα απορρίψει τα από αυτόν προσφερόμενα και πιστοποιημένα με CE χειρουργικά ράμματα τα οποία προμηθεύει σχεδόν σε όλα τα δημόσια νοσοκομεία της χώρας. Συνακόλουθα, με έννομο συμφέρον προσβάλλει όρους της επίμαχης διακήρυξης, διότι, μολονότι έχει πρόθεση να συμμετέχει στον διαγωνισμό, πληροί δε τα κριτήρια για την συμμετοχή του σε αυτόν, ωστόσο, κατά τους ισχυρισμούς τους ένεκα των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης

Αριθμός απόφασης: Α71 / 2019

αποκλείεται η συμμετοχή του στο διαγωνισμό ή πάντως δυσχεραίνεται ουσιαστικά η συμμετοχή του σε αυτόν.

8. Επειδή, στην προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι μη νόμιμα έχουν τεθεί στα ζητούμενα ράμματα επιπλέον προδιαγραφές έναντι αυτών που φέρουν σήμανση CE και τούτο, μολονότι κριτήριο κατακύρωσης της σύμβασης είναι η χαμηλότερη τιμή. Δεν έχει εκκινήσει, εξάλλου, η σχετική διαδικασία για τη ρήτρα διασφάλισης, η οποία, κατά κανόνα, σύμφωνα με τον νόμο και την πάγια νομολογία δεν αρκεί απλά να έχει εκκινήσει, αλλά θα πρέπει να έχει κιόλας ολοκληρωθεί, ώστε να θεωρείται ότι νόμιμα έχουν τεθεί οι επιπρόσθετες (έναντι των προϊόντων με σήμανση CE) προδιαγραφές. Υποστηρίζει, δε, ότι πρόκειται για προδιαγραφές που προτείνουν δύο πολυεθνικές (Johnson & Johnson και Covidien). Στη προσφυγή του, τέλος, ο προσφεύγων αναλυτικά αναφέρεται σε κάθε μία από τις προσβαλλόμενες προδιαγραφές, επικαλούμενος ότι όχι μόνον δεν τεκμηριώνεται από την φαρμοκοποιία ότι προσφέρουν κάτι επιπλέον αυτών που τα λοιπά ράμματα με πιστοποίηση CE προσφέρουν, αλλά ότι στην πραγματικότητα αποτελούν επινόηση των πολυεθνικών που τα προμηθεύουν και μόνον.

9. Επειδή, μετά ταύτα, ο προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

10. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και κατόπιν επισκόπησης της διακήρυξης, η υπό εξέταση προσφυγή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι πέραν των προϋποθέσεων του παραδεκτού που αυτή πληροί, επιπλέον, τουλάχιστον ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί μη νόμιμης θέσπισης επιπλέον προδιαγραφών των υπό προμήθεια, δεν μπορεί να απορριφθεί ως προδήλως αβάσιμος, διότι αν ήθελε κριθεί ότι οι προδιαγραφές αυτές προκαλούν εμπόδια που μπορούν να φθάσουν μέχρι τον αποκλεισμό της διαθέσεως σχετικών προϊόντων που φέρουν τη σήμανση CE, έχει κριθεί ότι είναι μη νόμιμες, αν προηγουμένως δεν έχει κινηθεί αρμοδίως η διαδικασία διασφάλισης (ΣΤΕ

Αριθμός απόφασης: Α71 / 2019

1863/2014, ΑΕΠΠ 141/2017, 347/2018). Οριστική κρίση, ωστόσο, επί της ουσίας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος φορέα δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

11. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του Ν. 4412/2016 και 15 του Π.Δ. 39/2017, η Α.Ε.Π.Π. με απόφασή της μπορεί να διατάσσει προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, κατά τρόπο, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, περίπτωση, όμως που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο, διότι λαμβανομένης υπόψη της ορισθείσας στα έγγραφα της σύμβασης και στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (α/α συστήματος) καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών την 04-04-2019, προκύπτει ότι δεν υφίσταται ούτε εικάζεται ότι μπορεί να υποστεί ζημία ο προσφεύγων από τη διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις έκδοσης απόφασης από την ΑΕΠΠ, ούτε υφίσταται ζημία από την προκήρυξη της διακήρυξης και μόνο. Και τούτο, διότι η απόφαση επί της προσφυγής του θα έχει εκδοθεί με βεβαιότητα πριν την πιο πάνω καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών για τον επίμαχο διαγωνισμό, δοθέντος ότι, σύμφωνα με τη με αριθμό 223/2019 Πράξη της προέδρου του επιληφθέντος Κλιμακίου ΑΕΠΠ, η προσφυγή έχει οριστεί να εξεταστεί την 07^η Μαρτίου 2019, η δε απόφαση επ' αυτής επιβάλλεται να εκδοθεί εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι ημερών από την εξέτασή της (αρ. 18 παρ. 3 π.δ. 38/2017). Συνακόλουθα, το υπό εξέταση αίτημα αναστολής προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενο, θα πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί.

Αριθμός απόφασης: Α71 / 2019

Για τους λόγους αυτούς

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

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 18 Φεβρουαρίου 2019, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης