

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 22.02.2019 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και
Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από
14-2-2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του
διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό
Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
196/15-2-2019 της εταιρίας με την επωνυμία «.....», νομίμως
εκπροσωπούμενης.

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

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 της υπ' αριθ. 3^η/30-1-2019 (θέμα Β3) απόφασης του
Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που με αυτό
απορρίφθηκε η συμμετοχή της για την ανάθεση της δημοπρατούμενης
σύμβασης κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των
τεχνικών προσφορών. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί
η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της
Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. διακήρυξη
προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός για την ανάθεση της
σύμβασης προμήθειας «.....» για ένα (1) έτος,,
προϋπολογισθείσας αξίας 104.815,54€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ), CPV

Αριθμός απόφασης: Α82/2019

....., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 24-9-2018 ώρα 18.00. Η εν λόγω διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 31-8-2018 με ΑΔΑΜ και καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Συστημικό Αριθμό α/α Στο διαγωνισμό υπέβαλαν τις προσφορές τους συνολικά έντεκα (11) εταιρίες, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα. Κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, η Επιτροπή Διαγωνισμού με το υπ' 897/17-1-2019 Πρακτικό της εισηγήθηκε, μεταξύ άλλων, τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας διότι η τελευταία προσέφερε μόνο στο είδος με α/α2, το, το οποίο εκλύει το φάρμακο, το οποίο δεν προβλέπεται στις προτεινόμενες τεχνικές προδιαγραφές. Κατ' αποδοχή του ανωτέρω πρακτικού, το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με την προσβαλλόμενη απόφασή του, μεταξύ άλλων, απέκλεισε την προσφεύγουσα από το διαγωνισμό με την ανωτέρω αιτιολογία και αποφάσισε τη συνέχιση του διαγωνισμού στο στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών.

3. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της ανωτέρω απόφασης, υποστηρίζοντας η ως άνω διαληφθείσα αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της είναι μη νόμιμη, καθώς τούτη στη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία ουδέποτε κατέθεσε προσφορά στο κωδικό Α/Α 2 της διακήρυξης. Με βάση την τεχνική προσφορά της, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι κατέθεσε προσφορά μόνο για το είδος με Α/Α 3 της διακήρυξης «ΕΝΔΟΣΤΕΦΑΝΙΑΙΕΣ ΠΡΟΘΕΣΕΙΣ ΕΚΛΥΟΥΣΕΣ ΦΑΡΜΑΚΟ (DES:DRUG ELUTING STENTS) με ενεργή εκλυόμενη φαρμακευτική ουσία -limus, που να είναι προτοποθετημένες σε καθετήρα με μπαλόνι, κατασκευασμένο από κράμα χρωμίου ή ανοξείδωτο ατσάλι με πολυμερές βιοαπορροφήσιμο. • Να προσφέρονται σε ποικιλία μεγέθους διαμέτρου και μήκους. • Να είναι συμβατά με μαγνητική τομογραφία (MRI)». Συγκεκριμένα στη σελ. 2 της από 21.09.2018 τεχνικής προσφοράς της, τούτη υποστηρίζει ότι αναγράφονται επακριβώς τα εξής: «(Α/Α 3) ΕΝΔΟΣΤΕΦΑΝΙΑΙΕΣ ΠΡΟΘΕΣΕΙΣ ΕΚΛΥΟΥΣΕΣ ΦΑΡΜΑΚΟ (DES: DRUG ELUTING STENTS) Με ενεργή εκλυόμενη φαρμακευτική ουσία - limus που να είναι προτοποθετημένες σε καθετήρα με

Αριθμός απόφασης: Α82/2019

μπαλόني, κατασκευασμένο από κράμα χρωμίου ή ανοξείδωτο ασάλι με πολυμερές βιοαπορροφήσιμο. Να προσφέρονται σε ποικιλία μεγέθους διαμέτρου και μήκους. Να είναι συμβατά με μαγνητική τομογραφία. (MRI) Τρίτης γενιάς επικαλυμμένα stents (Drug eluting stent) Supraflex οίκου SMT. Ενδοστεφανιαίες προθέσεις (Des: Drug eluting stents) Supraflex οίκου SMT, εκλύουσες φαρμακευτική ουσία τύπου limus (sirolimus). Είναι κατασκευασμένες από κράμα χρωμίου (Co-Cr) με βιοαπορροφήσιμο πολυμερές και προτοποθετημένες σε καθετήρα μπαλόني. Η απελευθέρωση φαρμάκου sirolimus γίνεται τριφασικά εντός 48 ημερών και εγγυάται εξαιρετικά αποτελέσματα late loss του στεντ. Διαθέτουν υβριδική πλέξη (συνδυασμό κλειστών και ανοικτών κυψελών) που τους προσδίδει άριστη ευελιξία και ευκολία πρόσβασης σε πλάγιους κλάδους. Επιτρέπουν με τεκμηρίωση, την άμεση διενέργεια απεικονιστικών εξετάσεων (MRI) όταν αυτό κριθεί ιατρικά αναγκαίο (πχ ΑΕΕ). Διατίθεται σε ποικιλία διαμέτρων και μηκών: Διάμετροι 2.0 / 2.25 / 2.50 / 2.75 / 3.0 / 3.5 / 4.0 mm και μήκη 8, 12, 16, 20, 24, 28, 32, 36, 40, 44 και 48mm. Χρόνος αποστείρωσης 17 μήνες. Κωδικός: FG SF***0** Τα ψηφία (*) στον κωδικό δηλώνουν την διάμετρο και το μήκος του στεντ.» Κατά την προσφεύγουσα, το γεγονός ότι τούτη κατέθεσε προσφορά μόνο στον Α/Α 3 της διακήρυξης αποδεικνύεται και από τη ηλεκτρονική σελίδα του διαγωνισμού, όπου φαίνεται ότι έχει καταθέσει προσφορά μόνο στη γραμμή 3, ήτοι στον Α/Α 3. Από τα ανωτέρω δε, συνάγει η προσφεύγουσα ότι όχι μόνο δεν κατέθεσε προσφορά στον Α/Α 2 της διακήρυξης, όπως διατείνεται η προσβαλλόμενη απόφαση του ΔΣ του, παρά μονάχα στο Α/Α 3, αλλά και ότι η προσφορά της είναι απολύτως σύμφωνη με τις τεθείσες προδιαγραφές στον Α/Α 3 της διακήρυξης και ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη απόφαση του Διοικητικού του Συμβουλίου του καθούκαθό μέρος απορρίπτεται με αυτή η προσφορά της είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί.

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 600,00 €.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ποσού 104.815,54€, ήτοι

Αριθμός απόφασης: Α82/2019

ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως 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 Προσφυγή 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. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 7-2-2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες.

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, 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 τις με αρ. 253 & 260/2019 Πράξεις της Προέδρου του Κλιμακίου.

8. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι, αν και η ίδια έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της στον υπόψη διαγωνισμό, προσδοκώντας εύλογα να της ανατεθεί η εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης, αποκλείσθηκε κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής.

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

Αριθμός απόφασης: Α82/2019

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 του αναθέτοντα φορέα, 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 επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό εκάστης των προσφυγών.

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 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.

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

Αριθμός απόφασης: Α82/2019

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. 260/2019 Πράξης της Προέδρου του 3ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 18-3-2019, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής 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 έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής της περαιτέρω διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών. 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 του αναθέτοντα φορέα 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 επί τω τέλει να ανασταλεί η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και δε αναστέλλει, έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της συγκεκριμένης προσφυγής, την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών.

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 22-2-2019 και εκδόθηκε την 25-2-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΪΔΟΥ ΑΝΘΟΥΛΑ