

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 30 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής - λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 28.12.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 2015/29.12.2020 της προσφεύγουσας «...» με διακριτικό τίτλο «...» , που εδρεύει στην "...", όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η προσφυγή της και να ακυρωθούν οι όροι Β.5 και Β.10 της ενότητας Β. «ΛΟΙΠΟΙ ΑΠΑΡΑΒΑΤΟΙ ΟΡΟΙ ΣΧΕΤΙΚΑ ΜΕ ΤΗΝ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» για τον ΤΥΠΟ Ι μηχανήματος, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι -ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ της διακήρυξης με αρ. «...» της αναθέτουσας αρχής.

Ταυτόχρονα η προσφεύγουσα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης διακήρυξης και η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: Α287/2020

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. «...» διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός άνω των ορίων για την προμήθεια «...» (CPV «...»), για την κάλυψη των αναγκών του Νοσοκομείου, προϋπολογισμού 227.880.00€ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης), με κριτήριο ανάθεση την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 25.11.2020 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Η διακήρυξη, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις «...» με ΑΔΑΜ: «...» «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός «...»). Στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, στο οποίο, σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της διακήρυξης, περιγράφεται αναλυτικά το φυσικό και οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης, ορίζεται ότι «...» (CPV «...». *ΤΥΠΟΣ Ι. Αυτόματο μηχάνημα διαχωρισμού κυττάρων αίματος (κυτταραφαίρεσης-πλασμαφαίρεσης) για συλλογή συστατικών του αίματος με φυγοκέντρηση, με δυνατότητα μονής και διπλής φλεβοκέντησης. α) Να είναι συνεχούς ροής (continuous flow) με δύο (2) βελόνες. β) Να είναι συνεχούς επεξεργασίας και διακεκομμένης ροής με μία (1) βελόνη. [...]* *ΤΥΠΟΣ ΙΙ. ΜΗΧΑΝΗΜΑ ΑΙΜΟΠΕΤΑΛΙΑΦΑΙΡΕΣΗΣ ΜΟΝΗΣ ΒΕΛΟΝΑΣ- ΠΛΑΣΜΑΦΑΙΡΕΣΗΣ/ ΚΥΤΤΑΡΟΑΦΑΙΡΕΣΗΣ ΣΥΝΕΧΟΥΣ ΦΥΓΟΚΕΝΤΡΗΣΗΣ.*». Επίσης, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.2.1. της διακήρυξης «Για την έγκυρη συμμετοχή στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης, κατατίθεται από τους συμμετέχοντες Οικονομικούς Φορείς (προσφέροντες), εγγυητική επιστολή συμμετοχής το ποσό της οποίας ανέρχεται: *ΕΓΓΥΗΤΙΚΗ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ ΓΙΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗ ΜΟΝΟ ΣΤΟΝ ΤΥΠΟ Ι ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΟΣ 2.300,00 €, ΓΙΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗ ΜΟΝΟ ΣΤΟΝ ΤΥΠΟ ΙΙ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΟΣ 2.300,00 €, ΓΙΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗ ΚΑΙ ΣΤΟΥΣ ΔΥΟ ΤΥΠΟΥΣ Ι & ΙΙ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ 4.600,00 €*». Επίσης, στο άρθρο 1.5 της διακήρυξης, ορίζεται ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών είναι η 30/11/2020 και ώρα 15:00 μ.μ. ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών η 05.01.2021 και ώρα 10:00 π.μ..

Αριθμός Απόφασης: Α287/2020

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» , εξοφληθέν δυνάμει του από 28.12.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της «...» , δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.) ύψους 600,00 €, ενώ ο προϋπολογισμός του Τύπου Ι Μηχανήματος, στο οποίο, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας αφορά η προσφυγή της, ανέρχεται στο ποσό των 113.871,00 € χωρίς Φ.Π.Α.

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις «...» και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 28.12.2020. Η προσφεύγουσα δηλώνει ότι έλαβε γνώση της διακήρυξης στις 24.12.2020. Βάσει των προπαρατεθεισών διατάξεων, τεκμαίρεται ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης στις 15.12.2020, συνεπώς δεν μπορεί να γίνει δεκτός ο ισχυρισμός της ότι έλαβε γνώση αυτής στις 24.12.2020. Ωστόσο, επί τη βάσει της τεκμαιρόμενης γνώσης (και με δεδομένο ότι δεν προκύπτει ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της διακήρυξης σε χρόνο προγενέστερο αυτής) η προθεσμία άσκησης της προσφυγής έληγε στις 28.12.2020 (ημέρα Δευτέρα, δεδομένου ότι οι 25.12.2020 ημέρα Παρασκευή, 26.12.2020 ημέρα Σάββατο και 27.12.2020 ημέρα Κυριακή ήταν αργίες και εξαιρετές), συνεπώς, η προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα στις 28.12.2020.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα ασκεί την υπό εξέταση προσφυγή κατ' αρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς, ως προβάλλει, προτίθεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό για τον Τύπο Ι του Μηχανήματος, ενώ οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, δεν υπέβαλε τις απόψεις της επί του σωρευομένου στην προσφυγή αιτήματος αναστολής. Σημειώνεται πάντως, ότι λόγω της προβλεφθείσας από την οικεία διακήρυξη καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών (30.12.2020) το αίτημα αναστολής εξετάζεται προ της παρέλευσης της ταχθείσας προς την αναθέτουσα αρχή προθεσμίας προς υποβολή των ως άνω απόψεων.

7. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: *«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 ...»*. Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

8. 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».

9. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί 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 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.

10. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν, 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.

11. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το μη προδήλως απαράδεκτο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.), γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος

ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων 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.

12. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στην κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΕΑ ΣΤΕ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

13. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη. Ενόψει, δε, των προβαλλόμενων με την προσφυγή αιτιάσεων, καθίσταται προφανές ότι προεχόντως οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, χρήζουν ενδελεχούς εξέτασης και ερμηνείας των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτησης διευκρινήσεων ή/και εγγράφων (ΑΕΠΠ 4/2017, Α 31/2019, Α 68/2019), η σχετική, δε, κρίση, δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ46/2015, 41/2015, 35/2015, 10/2015, 9/2015).

14. Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεδομένου ότι, όπως προαναφέρθηκε, στη διακήρυξη, ορίζεται καταληκτική

ημερομηνία παραλαβής των προσφορών η 30.12.2020 και ώρα 15:00 μ.μ., ήτοι ημερομηνία προγενέστερη αυτής της εξέτασης της προσφυγής (05/02/2021, ορισθείσα με την υπ' αριθμ. 2385/2020 Πράξη του Προέδρου του κρίνοντος 5^{ου} Κλιμακίου) και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης, παρίσταται πρόδηλη η αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας και η συνακόλουθη παράταση της λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, σε εύλογο χρόνο μετά την έκδοση της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της προσφυγής, λαμβανομένου υπόψη ότι ο αποκλειστικός χρόνος, κατά το αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, έκδοσης της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της προσφυγής, λήγει στις 25/02/2021.

15. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη σύναψη της προκηρυχθείσας σύμβασης. Λόγοι, όμως, 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 (ΕΑ ΣΤΕ 840/2008).

16. Επειδή, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από την αναθέτουσα αρχή ή κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του σε περίπτωση χορήγησης προσωρινών μέτρων. Σε κάθε, δε, περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη. Εξάλλου, η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και 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.

17. Επειδή, συνακόλουθα, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων, λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

18. Επειδή, συνεπώς, πρέπει να διαταχθεί, η αναστολή της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως ότου εκδοθεί οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τα άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, λαμβανομένων υπόψη των διαλαμβανόμενων στη σκ. 14 της παρούσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 30 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Μαρία Κατσαρού