

**Η**  
**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**  
**4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**  
**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 13.07.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/658/13.07.2018 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου Πειραιά «Τζάνειο» [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει όπως ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες τεχνικές προδιαγραφές της υπ' αριθμ. 5/2017 Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, με αντικείμενο την «Προμήθεια εργαλείων χειρουργείου (συρραπτικά – λαπαροσκοπικά, CPV 33162200-5) για τις ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείου Πειραιά ΤΖΑΝΕΙΟ για 2 χρόνια», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.170.000€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με σκοπό την επαναπροκήρυξη του Διαγωνισμού με τροποποίηση των όρων του. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

**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 αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 224198385958 0910 0035, ποσού ευρώ εξακοσίων (€600,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1-2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1-2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την Προδικαστική Προσφυγή της κάνοντας χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 1.170.000€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, 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 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α΄ 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την πλήρη, πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης πράξης από την προσφεύγουσα, η οποία έλαβε χώρα την 05.07.2018. Επισημαίνεται ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης πριν την παρέλευση δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ, η οποία έλαβε χώρα την 28.06.2018 (ΑΔΑΜ:18PROC003340221).

5. Επειδή, η αιτούσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, δηλώνοντας ότι βάσει του αντικειμένου δραστηριότητάς της προτίθεται να συμμετάσχει στην υπό κρίση διαγωνιστική

διαδικασία, πλην όμως ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης περιορίζουν, χωρίς νόμιμο έρεισμα, τη συμμετοχή της ίδιας καθώς και άλλων εταιρειών και την ανάπτυξη του ανταγωνισμού.

6. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 4ου 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.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι πρέπει να ακυρωθούν οι τεχνικές προδιαγραφές με Α/Α 22, 36, 41, 43, 47, 56, 57 και 58, όπως αυτές περιλαμβάνονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ –ΦΥΛΛΟ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ» της Διακήρυξης και να επαναδιατυπωθούν κατά τα ειδικώς αναφερόμενα στην υπό εξέταση Προσφυγή, διότι καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της στο Διαγωνισμό, κατά παράβαση των άρθρων 18 παρ. 1 και 54 παρ. 2 του Ν.4412/2016, της Οδηγία 93/42/ΕΚ και της υπ’ αριθμ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 Κοινής Υπουργικής Απόφασης (ΦΕΚ 2198/Β/2009), η οποία την ενσωματώνει στην εθνική έννομη τάξη, φωτογραφίζοντας τα προϊόντα συγκεκριμένης εταιρείας, ήτοι του κατασκευαστικού οίκου ....., τα οποία διαθέτει στην αγορά η εταιρεία «.....». Ειδικότερα, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, στα είδη με Α/Α 22, 36, 41, 43, 56, 57 και 58, ακυρωτέα είναι η απαίτηση της Διακήρυξης για κλιπς με ορθογώνια διατομή, ενώ στο είδος με Α/Α 47, ακυρωτέα είναι η απαίτηση το ενδοσκοπικό εργαλείο να δέχεται κεφαλές με «ενσωματωμένο ενισχυτικό συρραφής». Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προσκομίζει δικαστικές αποφάσεις, που την έχουν δικαιώσει στο πλαίσιο άλλων Διαγωνισμών, ισχυριζόμενη ότι οι ως άνω προδιαγραφές περιορίζουν την ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στο Διαγωνισμό και θέτουν αδικαιολόγητα εμπόδια στον ανταγωνισμό εμποδίζοντας την ελεύθερη κυκλοφορία προϊόντων που φέρουν σήμανση CE και την ελεύθερη ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού στην ελληνική αγορά λιανικού εμπορίου συρραπτικών εργαλείων. Επιπλέον, η προσφεύγουσα υπογραμμίζει ότι τα ζητούμενα τεχνικά στοιχεία των ως άνω

προδιαγραφών τίθενται δίχως να συντρέχει ειδικός και επιστημονικά τεκμηριωμένος λόγος. Θα πρέπει να σημειωθεί ότι η υπό κρίση Διακήρυξη είναι επαναληπτική προγενέστερης διαγωνιστικής διαδικασίας, στο πλαίσιο της οποίας η προσφεύγουσα είχε προσβάλει, μεταξύ άλλων, τις τεχνικές προδιαγραφές, που προσβάλλει με την υπό κρίση Προσφυγή της και, ενώ είχαν γίνει δεκτές όλες οι αιτιάσεις της με την υπ' αριθμ. 63/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ και είχαν ακυρωθεί οι εν λόγω προδιαγραφές, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, εξέδωσε την επαναληπτική Διακήρυξη χωρίς να διαγράψει τις ακυρωθείσες τεχνικές προδιαγραφές για τα είδη με Α/Α 22, 36, 41, 43, 47, 56, 57 και 58.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις υπ' αριθμ. 10117/20.07.2018 Απόψεις της προτείνει: α) τη διαγραφή της απαίτησης «ενσωματωμένο ενισχυτικό συρραφής» στο είδος με Α/Α 47, αναφέροντας ότι τέθηκε εκ παραδρομής στην επαναληπτική Διακήρυξη, β) τη διαγραφή της απαίτησης «κλιπ ορθογώνιας διατομής» στο είδος με Α/Α 56, δεδομένου ότι δεν περιγράφεται στο παρατηρητήριο τιμών, γ) στο είδος με Α/Α 57 την αντικατάσταση της απαίτησης «4,8 mm» σε «3,5 mm», του «56.7.1» σε «56.7.103» και της τιμής παρατηρητηρίου σε 455€ και δ) στο είδος με Α/Α 58 την αντικατάσταση του παρατηρητηρίου από «56.7.7» σε «56.7.104» και της τιμής παρατηρητηρίου σε 455€. Σημειώνει ότι το συνολικό ποσό του Διαγωνισμού για τα είδη με Α/Α 57 και 58 δεν αλλάζει, δεδομένου ότι ο υπολογισμός της δαπάνης έγινε με σταθερή τιμή αγοράς 430€ και 440€. Τέλος, όσον αφορά την απαίτηση τα είδη 22, 36, 41, 43, 57 και 58 να έχουν «κλιπς ορθογώνιας διατομής», η αναθέτουσα αρχή αναφέρει στις Απόψεις της αφενός ότι έχει γίνει πιστή αντιγραφή από το επίσημο Παρατηρητήριο τιμών και αφετέρου ότι οι τεχνικές προδιαγραφές έχουν αποτυπωθεί βάσει των αναγκών των χρηστών των υπό προμήθεια εργαλείων, ήτοι των χειρουργών.

9. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της

αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

10. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «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. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

11. Επειδή, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, 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.

12. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία

ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Ωστόσο, δε θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

13. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, 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.

14. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας που αφορούν στους ως άνω όρους της Διακήρυξης, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία καθώς και, ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων.

15. Επειδή, α) η υπό κρίση Προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) ενδέχεται να υφίσταται βλάβη της αιτούσας από τους όρους της Διακήρυξης, γ) οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης, ενώ η αναθέτουσα αρχή με τις Απόψεις

της, ήδη συνομολόγησε την ανάγκη τροποποίησης ορισμένων εκ των τεχνικών προδιαγραφών, και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

16. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και ιδίως, η παράταση του χρόνου ης υποβολής προσφορών έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό κρίσης προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να δίνει δεκτό.

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την διαγωνιστική διαδικασία και συγκεκριμένα παρατείνει το χρόνο υποβολής προσφορών έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23.07.2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Ιωάννης Κίτσος**

**Ιωάννα Κακλαμάνη**