

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 6 Σεπτεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 26.08.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1664/27-08-2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...», με δ.τ. «...», που εδρεύει στο ..., οδός ... και ..., εφεξής «ο προσφεύγων».

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου ... και κατά της απόφασης της 22ης/3.8.2021 Έκτακτης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής (ΑΔΑ: ...) με την οποία υπό το Θέμα 2^ο αποφασίστηκε η επικύρωση των από 23.3.2021 και 23.7.2021 Πρακτικών της επιτροπής του διαγωνισμού κατά το σκέλος αυτής με το οποίο αφενός μεν απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος κι αφετέρου έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας ..., εφεξής «η προσβαλλομένη».

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το ως άνω σκέλος.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 25.08.2021 πληρωμή του και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του

Αριθμός Απόφασης Α398/2021

Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) που αποτελεί το κατώτερο ποσό νομίμου παραβόλου ενόψει του γεγονότος ότι από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προυπολογιζόμενη δαπάνη γενικά αλλά και ειδικά για το τμήμα υπό α/α 3 (προμήθεια εκατόν εξήντα (160) ογκομετρικών αντλιών για χορήγηση υγρών και φαρμάκων) στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η υπό κρίση προσφυγή.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. ... Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος διενεργεί διαγωνιστική διαδικασία για την προμήθεια συμπληρωματικού ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού για τη λειτουργία της Μονάδας Εντατικής Θεραπείας Ενηλίκων, 30 θέσεων του Νοσοκομείου, της Δωρεάς μεταξύ του Ελληνικού Δημοσίου και του ... με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

3. Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 7/03/2021 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 26.08.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 16-08-2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, ο προσφεύγων, καταρχήν, με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της απόρριψης της προσφοράς του και επικαλείται ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη απόρριψη αυτής και όφελος από την ανάθεση στον ίδιο του

Αριθμός Απόφασης Α398/2021

τμήματος με α/α 3 της υπό κρίση σύμβασης. Ωστόσο, με την υπό εξέταση προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης και κατά το μέρος που έκανε αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα Σύμφωνα, δε, με τα προσφάτως κριθέντα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 408/2018) η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί erga omnes σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης. Ως εκ τούτου, με βάση τα κριθέντα στην απόφαση ΕΑ ΣΤΕ 408/2018, σε περίπτωση που με απόφαση της ΑΕΠΠ ακυρωθεί η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος χωρεί η μετ' εννόμου συμφέροντος προβολή εκ μέρους και νόμιμη εξέταση εκ μέρους της ΑΕΠΠ των λόγων που βάλλουν κατά της συμμετοχής του ανωτέρω οικονομικού φορέα χωρίς να απαιτείται να εκδοθεί νέα απόφαση της αναθέτουσας αρχής σε συμμόρφωση προς την απόφαση αυτή. Κατά την ειδική γνώμη του μέλους Χ. Ζαράρη, μετά την απόφαση ΝΑΜΑ C-771/19 *“ο αποκλεισθείς προσφέρων δικαιούται να προβάλει οποιονδήποτε ισχυρισμό κατά της απόφασης περί αποδοχής άλλου προσφέροντος, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του (σκ. 41)”*.

7. Επειδή στις 26-08-2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τύπου του διαγωνισμού προς τους έτερους ενδιαφερόμενους στη διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

Αριθμός Απόφασης Α398/2021

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2215/2021 Πράξη της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε ακόμη στην ΑΕΠΠ απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων (βλ. το από 2-09-2021 e-mail της με το οποίο ενημερώνει ότι λόγω απουσίας των μελών της αρμόδιας επιτροπής οι απόψεις επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων θα παραδοθούν έως 7-09-2021).

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

11. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία για το τμήμα με α/α 3 συμμετείχαν τέσσερις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και η εταιρεία Εκ των ως άνω συμμετεχόντων οικονομικών φορέων δεκτή έγινε μόνο η προσφορά της τελευταίας ως άνω εταιρείας ενώ οι λοιπές τρεις απορρίφθηκαν. Ειδικότερα, όσον αφορά την προσφορά του προσφεύγοντος απορρίφθηκε με την ακόλουθη αιτιολογία: «Από την αξιολόγηση της προσφοράς της εταιρείας διαπιστώθηκαν τα εξής:

1. το είδος δεν διαθέτει ελληνικό μενού, όπως υποχρεούται βάσει των τεχνικών προδιαγραφών των όρων της διακήρυξης

2. δεν διαθέτει ενσωματωμένο σύστημα μεταφοράς και ανάρτησης σε στατώ ορών και οριζόντια ράγα, όπως απαιτείται στον υπ' αριθμ. 14 όρο των τεχνικών προδιαγραφών

3. με το χερούλι και την μπαταρία το βάρος της αντλίας ξεπερνάει το βάρος των 2,5kg, καθώς το βάρος που δηλώνεται χωρίς μπαταρία και χωρίς χερούλι αναφέρεται στα έντυπα ως Net weight $\leq 2,52,5kg$

Για τους παραπάνω λόγους η προσφορά κρίνεται μη αποδεκτή.».

12. Επειδή, σύμφωνα με τον προσφεύγοντα: «(Α) Ως προς τον πρώτο λόγο απόρριψης της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας: Προ πάσης αναπτύξεως της αντίκρουσης του εν θέματι λόγου απόρριψης, δέον όπως επισημανθεί ότι η εν λόγω προμήθεια αντλιών χορήγησης υγρών και φαρμάκων είχε ήδη προκηρυχθεί από την ... στις 11 και στις 15 Δεκεμβρίου 2020 αντίστοιχα με τις ίδιες ακριβώς τεχνικές προδιαγραφές (Σχετ. 4, 5

Αριθμός Απόφασης Α398/2021

προσκομιζόμενα κι επικαλούμενα) σε αμφότερους τους οποίους (διαγωνισμούς) οι τεχνικές προσφορές μας είχαν κριθεί τεχνικά αποδεκτές (Σχ. 6, 7, προσκομιζόμενα κι επικαλούμενα). Σημειώνεται δε ότι η ίδια η πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος του εν θέματι Διαγωνισμού αναφέρεται ρητά στις «τεχνικές προδιαγραφές που έχουν ήδη χρησιμοποιηθεί από την ...» (σημεία 1, 3 και 4 του προσβαλλόμενου αποσπάσματος πρακτικού). Ο πρώτος ως ανωτέρω διαγωνισμός δεν τελεσφόρησε και αποφασίστηκε τα Δημόσια Νοσοκομεία να προκηρύξουν τα ίδια τους επί μέρους Διαγωνισμούς. Ο δεύτερος διαγωνισμός τελεσφόρησε και στην εταιρεία μας κατακυρώθηκε μέρος της προμήθειας των εν λόγω αντλιών. Απολύτως κρίσιμο είναι το γεγονός ότι σε αμφότερες τις ανωτέρω αξιολογήσεις (Σχ. 6 και 7 αντίστοιχα), το γεγονός ότι το προσφερόμενο εκ της εταιρείας μας είδος δεν διαθέτει μηνύματα στην ελληνική γλώσσα δεν συντέλεσε στην απόρριψη των τεχνικών προσφορών μας καθ' ο μέτρο και τις δύο φορές η εν λόγω απόκλιση κρίθηκε ως επουσιώδης. Εντούτοις, η ίδια απόκλιση δεν κρίθηκε επουσιώδης από την Επιτροπή Αξιολόγησης στο πλαίσιο του εν θέματι διαγωνισμού με αποτέλεσμα να θεμελιώνεται κατά την κρίση της Επιτροπής Αξιολόγησης συναφής λόγος απόρριψης της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας. Και όχι μόνο αυτό: η ΙΔΙΑ ΑΠΟΚΛΙΣΗ στην περίπτωση της μειοδότης εταιρείας ... κρίθηκε ως αποδεκτή, καθώς η Επιτροπή Αξιολόγησης έκρινε ότι «οι προσφερόμενες αντλίες θα διαθέτουν μηνύματα στην ελληνική γλώσσα, μετά από σχετική αναβάθμιση που θα λάβει χώρα στο Νοσοκομείο», συνομολογώντας, ωσαύτως, ότι η εν λόγω τεχνική προδιαγραφή δεν πληρείται επί του παρόντος από την μειοδότης εταιρεία. Με άλλα λόγια, η Επιτροπή Αξιολόγησης και εντεύθεν η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή, κατ' απόλυτη και πρόδηλη παραβίαση του ενιαίου μέτρου κρίσης και της αρχής της διαφάνειας που διέπουν το πεδίο των δημόσιων διαγωνισμών, έκρινε ότι είναι αποδεκτή η απόκλιση που παρουσιάζει η τεχνική προφορά της ... ως προς το σημείο αυτό, ενώ έκρινε εντελώς διαφορετικά κατά την αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας, αποφαινόμενη ότι θεμελιώνεται σχετικός λόγος απόρριψης της τεχνικής προσφοράς μας. (B) Ως προς τον δεύτερο λόγο απόρριψης της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας: Ο δεύτερος, καθ' όλα αβάσιμος λόγος απόρριψης της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας είναι ο ακόλουθος: «2.

Αριθμός Απόφασης Α398/2021

δεν διαθέτει ενσωματωμένο σύστημα μεταφοράς και ανάρτησης σε στατώ ορών και οριζόντια ράγα, όπως απαιτείται στον υπ' αριθμ. 14 όρο των τεχνικών προδιαγραφών». Η Αναθέτουσα Αρχή έσφαλε, όμως, κατά την αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας καθ' ό μέτρο η αντλία έχει τη δυνατότητα να φέρει σύστημα ανάρτησης σε στατώ ορών και οριζόντιο ράγα ή να ενσωματώσει σύστημα μεταφοράς και ανάρτησης σε στατώ ορών και οριζόντια ράγα (όπως προκύπτει από το υποβληθέν ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής και προσκομιζόμενο μετ' επικλήσεως ως Σχετικό 8 (Εγχειρίδιο Χρήσης ... σελ.3-3, 3-5). (Γ) Ως προς τον τρίτο λόγο απόρριψης της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας: Ο τρίτος, καθ' όλα αβάσιμος λόγος απόρριψης της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας είναι ο ακόλουθος: 3. με το χερούλι και την μπαταρία το βάρος της αντλίας ξεπερνάει το βάρος των 2,5kg, καθώς το βάρος που δηλώνεται χωρίς μπαταρία και χωρίς χερούλι αναφέρεται στα έντυπα ως Net weight $\leq 2,52,5\text{kg}$ » Η Αναθέτουσα Αρχή έσφαλε, όμως, κατά την αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας καθ' ό μέτρο σε κανένα έντυπο της εταιρείας δεν αναφέρετε βάρος Net weight $\leq 2,52,5\text{kg}$ σε όλα τα σημεία το βάρος αναφέρετε ως $< 2,5\text{Kg Battery included}$ (όπως προκύπτει από το υποβληθέν ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής και προσκομιζόμενο μετ' επικλήσεως ως Σχετικό 8 Εγχειρίδιο Χρήσης ... σελ.Α2).

8. Πέραν, όμως, της απόρριψης της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας για τους ανωτέρω αβάσιμους λόγους που έγιναν δεκτοί παρά την συμμόρφωση της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας μας με τους όρους της διακήρυξης, η Αναθέτουσα Αρχή παράνομα προέβη και σε αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας ..., παρά το γεγονός ότι παρουσίαζε τις ακόλουθες (πέραν της ήδη κατά τα ανωτέρω αναλυόμενης) αποκλίσεις από τους όρους της Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος του εν θέματι διαγωνισμού, οι οποίοι (όροι) κατά πάγια νομολογία της Αρχής Σας αλλά και των Διοικητικών Δικαστηρίων αποτελούν το κανονιστικό πλαίσιο εκάστου ενός Διαγωνισμού:

(Α) Η Επιτροπή Αξιολόγησης εσφαλμένα έκρινε ότι «1. τα προσφερόμενα είδη διαθέτουν επαναφορτιζόμενη μπαταρία με αυτονομία χρήσης 9 ώρες σε ρυθμό έγχυσης 25ml/h και 3 ώρες σε ρυθμό έγχυσης 1200ml/h, κατ' αναλογία, ενώ η ζητούμενη αυτονομία της επαναφορτιζόμενης μπαταρίας έπρεπε να είναι τουλάχιστον 8 ώρες σε ρυθμό έγχυσης 125ml/h, κατ' αναλογία. Βάσει τη υπ'

Αριθμός Απόφασης Α398/2021

αριθμ. 295/2021 απόφασης του 1ου κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σε παρόμοια περίπτωση κρίνει ως αποδεκτά τα ανωτέρω και όχι ως λόγο αποκλεισμού». Τούτο, διότι, στο *User Manual* της αντλίας αναφέρει *Battery operation time (2.15Ah): > 3h (up to 6 hours)* και όχι 9 ώρες όπως εσφαλμένα έκρινε η Επιτροπή (Σχετικό 9 προσκομιζόμενο κι επικαλούμενο, Φύλλο συμμόρφωσης (σελ.29 & σελ.33), παράρτημα «*User manual ...*» σελ 7, 11). (Β) Περαιτέρω, η προσφορά της μειοδότης εταιρείας παρουσίαζε απόκλιση ως προς την «Προδιαγραφή 6.h Να διαθέτουν λειτουργία διατήρησης του αγγείου ανοικτού (KVO), ρυθμιζόμενο και με δυνατότητα αναστολής της λειτουργίας αυτής». Τούτο, διότι, από τις παραπομπές του ΦΣ της εταιρίας δεν τεκμηριώνεται το εύρος ρύθμισης του KVO και πολύ περισσότερο η δυνατότητα αναστολής του (Σχετικό 9 προσκομιζόμενο κι επικαλούμενο, Φύλλο συμμόρφωσης (σελ.33 & σελ.65-66), παράρτημα «*User manual ...*» σελ 11, 43-44). (Γ) Περαιτέρω, η προσφορά της μειοδότης εταιρείας παρουσίαζε απόκλιση ως προς την προδιαγραφή «Προδιαγραφή 11. Προσυναγερμός τέλους έγχυσης». Από τις παραπομπές αλλά και από το *User Manual* που υποβλήθηκε από την μειοδότης εταιρεία, η αντλία δεν διαθέτει τέτοιο συναγερμό. Οι παραπομπές της εταιρίας αφορούν στο συναγερμό το 4.7 *Empty Bag Alarm* και στο *End of Infusion* (Σχετικό 9 προσκομιζόμενο κι επικαλούμενο, Φύλλο συμμόρφωσης (σελ.72-73 & σελ. 79) «*User manual ...*» Σελ. 50-51 παρ: 4.7 και 57). (Δ) Περαιτέρω, η προσφορά της μειοδότης εταιρείας παρουσίαζε απόκλιση ως προς την «Προδιαγραφή 11. Ειδοποίηση προληπτικής συντήρησης». Τούτο, διότι, από τις παραπομπές αλλά και από το *User Manual* που υποβλήθηκε από την μειοδότης εταιρεία, η αντλία δεν διαθέτει τέτοιο συναγερμό. Οι παραπομπές της εταιρίας αφορούν στο συναγερμό το 4.9 *Internal Alarm* και στις λειτουργία της Μπαταρίας *Battery remaining time / fuses* *The pump constantly supervises the state of the battery. The remaining battery indication is only a calculated estimate of the remaining time. The internal safety system also supervises the voltage of the battery; a low voltage can lead to a sudden correction of the remaining time and trigger battery alarm. Make sure batteries are checked, recharged and replaced in time (preventive maintenance), devices have to be recharged for at least 24 hours if stored for an extended time prior to use. Depending on the modes used, loading of syringes or*

Αριθμός Απόφασης Α398/2021

infusion lines the voltage can also drop when using the pump on battery at high rates or high pressures for an extended time leading to a battery alarm. Reconnect the pump to mains and get it checked if necessary) (Σχετικό 9 , προσκομιζόμενο κι επικαλούμενο Φύλλο συμμόρφωσης (σελ.74 & 76) «User manual ...» Σελ. 52 Παρ:4.9, 54) (Ε) Περαιτέρω, η προσφορά της μειοδότης εταιρείας παρουσίαζε απόκλιση και ως προς την «Προδιαγραφή 15 Να υπάρχει η δυνατότητα εφαρμογής και τοποθέτησης τους με ασφάλεια σε στατώ (rack) τουλάχιστον 5 θέσεων, το οποίο θα τροφοδοτείται από μία παροχή ηλεκτρικού ρεύματος και θα δίνει τη δυνατότητα ανεξάρτητης προσθήκης ή αφαίρεσης της κάθε αντλίας». Τούτο, διότι, από την τεχνική προσφορά της μειοδότης εταιρείας και από τις παραπομπές αυτής, δεν προκύπτει η δυνατότητα τοποθέτησης σε στατώ (rack) 5 θέσεων με μία τροφοδοσία. Σύμφωνα με τα παραπάνω η προσφορά της μειοδότης εταιρείας εσφαλμένα κρίθηκε ως αποδεκτή και θα πρέπει η σχετική απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής, ως αυτή αποτυπώνεται στο προσβαλλόμενο απόσπασμα πρακτικών της 22ης/3.8.2021 Έκτακτης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της Αναθέτουσας Αρχής (ΑΔΑ: ...) δια του οποίου υπό το Θέμα 2ο αποφασίστηκε η επικύρωση των από 23.3.2021 και 23.7.2021 Πρακτικών της υπ' αριθμ. ... Πρόσκλησης Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού χωρίς δημοσίευση, μέσω ΕΣΗΔΗΣ, με ..., για την προμήθεια ΙΑΤΡΟΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ».

13.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».

14.Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος

Αριθμός Απόφασης Α398/2021

ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

15.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. 1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της[...].».

16.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». Επομένως, 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, κατ' ελάχιστον, 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.

17. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης

Αριθμός Απόφασης Α398/2021

του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων 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 (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

18. Επειδή για την οριστική κρίση επί των ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη, απαιτείται ενδελεχής έρευνα που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

19. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

20. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός για το τμήμα με α/α 3 ευρίσκεται στη φάση, όπου έχει ορισθεί προσωρινός μειοδότης. Δεδομένου δε ότι ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η οποία δεν είναι ούτε προδήλως

Αριθμός Απόφασης Α398/2021

απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη, σε καμία περίπτωση η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί νομίμως, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017).

21. Επειδή, εξάλλου ο χρόνος για την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής δεν είναι ούτε αόριστος ούτε μακρύς. Επομένως, η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη της υπό ανάθεση σύμβασης έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο 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 περάτωση αυτής.

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν υφίσταται βλάβη του προσφεύγοντος στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία του από την συνέχιση της διαδικασίας, ούτε η επικαλούμενη ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, γιατί δεν έχει καταστεί οριστική, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

Για τους λόγους αυτούς

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

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 6-09-2021.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΥΣΑΝΘΗ ΖΑΡΑΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΕΛΕΝΗ ΛΕΠΙΔΑ