

Αριθμός απόφασης: Α 561 / 2018

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21 Δεκεμβρίου 2018, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 1310/11-12-2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» με διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στο, στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθ. Διακήρυξη Διεθνούς Δημόσιου Ηλεκτρονικού άνω των ορίων με Α/Α Συστήματος (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) της αναθέτουσας αρχής για την «.....», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.505.500,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής. Μεταξύ των προς προμήθεια ειδών της διακήρυξης συμπεριλαμβάνονται με α/α 18 «Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης –Αιμοδιαδιήθησης και On-Line μεθόδων». Η εν λόγω Προσφυγή στρέφεται, ειδικότερα, κατά της με αριθ. 51/22.11.2018 απόφασης της τακτικής συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (θέμα 83ο), με την οποία ενεκρίθηκαν τα αποτελέσματα αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής –τεχνικών προσφορών και, μεταξύ άλλων, απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας για το είδος με α/α 18 με την αιτιολογία ότι το προσφερόμενο μηχάνημα δεν πληροί τις προδιαγραφές καθώς δεν κάνει αιμοδιήθηση. Η εν

Αριθμός απόφασης: Α 561 / 2018

λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ την 10-12-2018 και χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. με το από 11-12-2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης πράξης κατά το σκέλος αυτής, με το οποίο απορρίφθηκε η τεχνική προσφορά της αναφορικά με το είδος της διακήρυξης με α/α 18 «Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης – Αιμοδιαδιήθησης και On-Line μεθόδων».

Στην υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα σώρευσε και αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας με το οποίο ειδικότερα αιτείται να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλομένης απόφασης μέχρι την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 1.492,00€ (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου), το οποίο έχει υπολογιστεί δυνάμει της εκτιμώμενης αξίας του τμήματος της σύμβασης (α/α 18- Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης –Αιμοδιαδιήθησης και On-Line μεθόδων) στο πλαίσιο του οποίου προσφεύγει και για το οποίο έχει υποβάλλει προσφορά η προσφεύγουσα, ποσού 298.387,10€, μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α 24% (298.387,10 €X 0,5%=1491.193,55€).

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

Αριθμός απόφασης: Α 561 / 2018

3. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 α' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 α' του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι, όπως προκύπτει τον ηλεκτρονικό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., η προσβαλλομένη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 29-11-2018 μέσω της ανάρτησής της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Η δε προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση προσφυγή στις 10-12-2018, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας. Σημειωτέον ότι, εν προκειμένω, η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής συνέπιπτε με κατά Νόμον εξαιρετέα ημέρα (ήτοι την Κυριακή, 09-12-2018) κι, επομένως, η ανωτέρω προθεσμία νομίμως παρατάθηκε για την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα, οπότε και ασκήθηκε η κρινόμενη προσφυγή.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω Προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της Σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε ποσό 1.214.112,90 €, άνευ ΦΠΑ. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται η υπό κρίση Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της (προμήθεια), της ημερομηνίας αποστολής της διακήρυξης για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (01/06/2018), ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της Α.Ε.Π.Π. κατ' αρ. 345 παρ. 1 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, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, με την προσφυγή της η προσφεύγουσα προβάλλει δύο λόγους. Ειδικότερα, σύμφωνα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, υποστηρίζει η προσφεύγουσα τυγχάνει εσφαλμένη η κρίση της αναθέτουσας αρχής ότι το προσφερόμενο μηχάνημα δεν πληροί την τεχνική προδιαγραφή 23 και δήθεν δεν πραγματοποιεί αιμοδιήθηση, αλλά μόνο αιμοδιαδίθηση καίτοι στην Τεχνική Προσφορά της η προσφεύγουσα είχε δηλώσει το αντίθετο. Ειδικότερα, σύμφωνα με την επίδικη προδιαγραφή 23, το προσφερόμενο

Αριθμός απόφασης: Α 561 / 2018

είδος πρέπει: «Να διενεργεί τη μέθοδο της Αιμοδιήθησης, αιμοδιαδιήθησης, με on line Παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάστασης και αιμοκάθαρσης). Τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής.». Τα αιτούμενα στην συγκεκριμένη προδιαγραφή είναι τρία: α) η διενέργεια αιμοδιήθησης και αιμοδιαδιήθησης, β) με χρήση με on line μέθοδο παραγωγής διαλυμάτων (άρα όχι χρήση ζυγών) και γ) τα αναλώσιμα που χρειάζονται να μην καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, το προσφερόμενο μηχάνημα δηλαδή να είναι «ανοιχτού τύπου). Περαιτέρω, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, οι παραπομπές της που αφορούν την διενέργεια αιμοδιήθησης/αιμοδιαδιήθησης και συμπεριλαμβάνονται στην τεχνική της προσφορά είναι οι εξής : i) ΕΓΧΕΙΡΙΔΙΟ ΧΡΗΣΗΣ ΚΕΦ. 2.1 ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΤΗΣ ΣΥΣΚΕΥΗΣ ΚΑΙ ΤΩΝ ΕΞΑΡΤΗΜΑΤΩΝ ΤΗΣ - ΕΚΤΟΣ ΑΠΟ ΤΑ ΜΟΝΤΕΛΑ THERAPY ΕΚΔΟΣΗ STANDARD, σελ. 4, Α/Α 25 και 30 ii) ΕΓΧΕΙΡΙΔΙΟ ΧΡΗΣΗΣ ΚΕΦ. 2.2 ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΤΗΣ ΣΥΣΚΕΥΗΣ ΚΑΙ ΤΩΝ ΕΞΑΡΤΗΜΑΤΩΝ ΤΗΣ - ΜΟΝΤΕΛΟ THERAPY ΕΚΔΟΣΗ STANDARD, σελ. 4, Α/Α 30 iii) ΕΓΧΕΙΡΙΔΙΟ ΧΡΗΣΗΣ ΚΕΦ. 2.2 ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΤΗΣ ΣΥΣΚΕΥΗΣ ΚΑΙ ΤΩΝ ΕΞΑΡΤΗΜΑΤΩΝ ΤΗΣ - ΜΟΝΤΕΛΟ THERAPY ΕΚΔΟΣΗ STANDARD, ΤΡΑΠΕΖΑΚΙ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΩΝ, σελ. 6. Οι εν λόγω παραπομπές αφορούν δύο μοντέλα : στο ΚΕΦ.2.2 στο προσφερόμενο formula Therapy και στο ΚΕΦ 2.1 στο μη προσφερόμενο formula 2000. Κατά την προσφεύγουσα, η αναφορά στο μη προσφερόμενο μοντέλο γίνεται για να καταστεί σαφής ο τρόπος που κάνει αιμοδιήθηση το νέο προσφερόμενο μοντέλο therapy σε σύγκριση με το παλαιότερο μη προσφερόμενο Formula 2000. Ειδικότερα, ως προς το μηχάνημα με α/α 30: Ως προς το παλαιότερο μοντέλο Formula 2000 (βλ κεφάλαιο ΚΕΦ 2.1 σελ4/6 α/α 30) σημειώνεται: «Αισθητήρας τέλους έγχυσης (formula 2000) Διάταξη υπερήχων που ανιχνεύει την απουσία υγρού έγχυσης στις θεραπείες αιμοδιήθησης». Αλλά και ως προς στο προσφερόμενο μοντέλο Formula Therapy (βλ κεφάλαιο ΚΕΦ 2.2 σελ4/6 α/α 30) επίσης σημειώνεται: «Αισθητήρας τέλους έγχυσης. Διάταξη υπερήχων που ανιχνεύει την απουσία υγρού έγχυσης στις θεραπείες αιμοδιήθησης» Επομένως, τόσο το παλαιό όσο

Αριθμός απόφασης: Α 561 / 2018

και το νέο μηχάνημα φέρει αισθητήρα τέλους έγχυσης για την ανίχνευση απουσίας υγρού έγχυσης κατά τις θεραπείες ΑΙΜΟΔΙΗΘΗΣΗΣ, που και τα δυο εκτελούν. Επίσης, ως προς το α/α 25 της περιγραφής της συσκευής και των εξαρτημάτων της ως προ το παλαιότερο μοντέλο Formula 2000 (βλ ΚΕΦ 2.1 σελ4/6 α/α 25) «Ζυγός Formula 2000 Χρησιμοποιείται μόνο σε αιμοδιήθηση (HDF) για τους σάκους που περιέχουν το υγρό έγχυσης. Μέγιστο φορτίο: 16 kg.» Αντιθέτως ως προς το προσφερόμενο Μηχάνημα Formula therapy που κάνει αιμοδιήθηση (HDF) on line και όχι με την χρήση ζυγών και σάκων (βλ ΚΕΦ 2.2 σελ4/6 α./α 25) αναφέρεται «Σύνδεσμος Έγχυσης Συσκευή για τη σύνδεση της γραμμής έγχυσης στις θεραπείες OnLine και για την σύνδεση» Από την σύγκριση των παραπομπών προκύπτει ότι το προσφερόμενο Formula therapy α) κάνει Αιμοδιήθηση χωρίς σάκους δηλαδή on line και β) ότι αναφέρεται σε ΘΕΡΑΠΕΙΕΣ ON LINE (στον πληθυντικό) δηλαδή και σε αιμοδιήθηση και σε αιμοδιαδιήθηση που είναι και οι μοναδικές on line θεραπείες καθώς δεν υπάρχουν άλλες. Σύμφωνα με την προσφεύγουσα, από τις ανωτέρω παραπομπές προκύπτει ότι το προσφερόμενο Formula therapy καλύπτει και τα τρία αιτούμενα της προδιαγραφής 23 δηλαδή α) εκτελεί αιμοδιήθηση/ αιμοδιαδιήθηση β) παράγει τα διαλύματα on line γ) λειτουργεί χωρίς αναλώσιμα υπό εργοστασιακό απόρρητο. Και ότι η αναφορά στο παλαιό μοντέλο formula 2000 γίνεται για να αποδειχθεί ότι το νέο μοντέλο formula therapy καλύπτει το αιτούμενο της on line χωρίς αναλώσιμα αιμοδιήθησης εν αντιθέσει με το προηγούμενο μοντέλο. Έτι περαιτέρω, κατά την προσφεύγουσα, το γεγονός ότι το προσφερόμενο formula therapy εκτελεί on line θεραπείες αιμοδιήθηση/αιμοδιαδιήθηση προκύπτει αναμφισβήτητα από το γεγονός ότι στους άλλους διαγωνισμούς για προμήθεια Μηχανημάτων Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης Αιμοδιαδιήθησης με on line μεθόδους με πανομοιότυπες τεχνικές απαιτήσεις ως προς την Προδιαγραφή 23, αξιολογήθηκε ως απολύτως κατάλληλο και μάλιστα κατακυρώθηκε σε αυτήν η προμήθεια. Ειδικότερα, με την διακήρυξη 16/2107 του Γ.Ν Κομοτηνής «ΣΙΣΜΑΝΟΓΛΕΙΟ» δημοσίου διεθνούς ανοιχτού διαγωνισμού για την προμήθεια Ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού συνολικού

Αριθμός απόφασης: Α 561 / 2018

προϋπολογισμού 1.497.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ ζητήθηκαν μεταξύ άλλων 30 μηχανήματα τεχνητού νεφρού Αιμοδιήθησης Αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων, συνολικής αξίας με ΦΠΑ 555.000,00 ευρώ. Οι εκεί τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές ήταν πανομοιότητες (βλ σελ 57-60 της διακήρυξης) της παρούσας, επίσης και η εκεί τεχνική προδιαγραφή 23 είχε την ίδια διατύπωση. Στον διαγωνισμό αυτό η προσφεύγουσα υπέβαλε όμοια Τεχνική Προσφορά του ίδιου προϊόντος, η οποία αξιολογήθηκε από την εκεί αρμόδια επιτροπή και κρίθηκε ως αποδεκτή. Επίσης, με την Διακήρυξη 3210/2018 δημόσιου κάτω του ορίου ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την προμήθεια έξι (6) μηχανημάτων αιμοκάθαρσης για την Μ.Τ.Ν. της Οργανικής Μονάδας του Γ.Ν. Λασιθίου – Γ.Ν.-Κ.Υ. Νεαπόλεως «Διαλυνάκειο» με ανοικτή Διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ οι εκεί τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές ήταν πανομοιότητες (βλ σελ 43-44 της διακήρυξης) με αυτές της παρούσας, επίσης και η εκεί τεχνική προδιαγραφή 23 είχε την ίδια διατύπωση. Στον διαγωνισμό αυτό υπέβαλε η προσφεύγουσα όμοια Τεχνική Προσφορά του ίδιου προϊόντος η οποία αξιολογήθηκε από την εκεί αρμόδια επιτροπή και επίσης κρίθηκε ως αποδεκτή. Σε κάθε δε περίπτωση, εφόσον η προσβαλλόμενη διαπίστωσε αντιθέσεις στις παραπομπές επαρκώς εάν το προσφερόμενο από την προσφεύγουσα μηχανήμα δύναται να κάνει αιμοδιήθηση όφειλε να ζητήσει διευκρινήσεις κατ' άρθρο 102 παρ 5 του Ν.4412/16 πριν προχωρήσει στον αποκλεισμό της. Σύμφωνα με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, τυγχάνει μη νόμιμος ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας για εκτιμώμενη ασάφεια των παραπομπών της στο τεχνικό εγχειρίδιο του προϊόντος χωρίς προηγούμενη κλήση της να παρέχει διευκρινήσεις. Εν προκειμένω, α) που η ασάφεια έγκειται στην παραπομπή στο κατατεθέν εγχειρίδιο χρήσης και όχι σε νέο έγγραφο ούτε αφορά διόρθωση ή αντικατάσταση δικαιολογητικού του φακέλου, αλλά σε παροχή διευκρινίσεων επί των ήδη κατατεθέντων εγγράφων β) που η ασάφεια αυτή οδηγεί στον αποκλεισμό της εταιρείας από τον διαγωνισμό και γ) που μετά τον αποκλεισμό της παραμένει μόνον ένας υποψήφιος, η Αναθέτουσα Αρχή πριν τον αποκλεισμό της όφειλε να προσφύγει στην διαδικασία των διευκρινήσεων, προκειμένου να αρθεί η

Αριθμός απόφασης: Α 561 / 2018

αμφιβολία περί του εάν το προσφερόμενο από την προσφεύγουσα μηχανήμα πραγματοποιεί αιμοδιηθήσεις και μη πράττοντάς το κατέστησε την προσβαλλόμενη ακυρωτέα.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την υποβολή της παρούσας προσφυγής καθώς και της αίτησης για τη λήψη προσωρινών μέτρων καθώς αυτή συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό και επιδιώκει να αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος της προμήθειας εφόσον η προσφυγή της γίνει δεκτή. Σημειωτέον ότι στο τμήμα με α/α 18 του διαγωνισμού, στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, συμμετέχουν συνολικά δύο εταιρείες, ήτοι η προσφεύγουσα και ακόμη μία εταιρεία. Επομένως, η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατά το αίτημα τούτο, τουλάχιστον, με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη σε περίπτωση τυχόν παρανομίας αυτής.

7. 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»*

8. 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*

Αριθμός απόφασης: Α 561 / 2018

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»

9. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

10. 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».

11. 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. Ετέρωθεν, δεν 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 κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των

Αριθμός απόφασης: Α 561 / 2018

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.

12. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, 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.

13. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε κριθεί από την ΑΕΠΠ, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως 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. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προκείμενης προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντος φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

Αριθμός απόφασης: Α 561 / 2018

14. Επειδή, επί του κρινόμενου αιτήματος για την αναστολή της προσβαλλομένης η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις με αρ.πρωτ. 33020/14-12-2018 απόψεις της σύμφωνα με τις οποίες «[...] λαμβανομένου υπόψη ότι για τα υπόλοιπα 20 μηχανήματα του διαγωνισμού για τα οποία υποβλήθηκαν προσφορές δεν υποβλήθηκαν προσφυγές, η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας [...]θα προκαλέσει περαιτέρω καθυστέρηση στην ολοκλήρωση του διαγωνισμού. Επιπλέον ως έργο ενταγμένο στο ΕΣΠΑ έχουν τεθεί στενά χρονικά περιθώρια για την ολοκλήρωση της προμήθειας και την απορρόφηση των συγκεκριμένων κονδυλίων[...]Αντιθέτως, η συνέχιση του διαγωνισμού δεν θα επιφέρει κάποια βλάβη στην προσφεύγουσα καθώς στην περίπτωση που γίνει δεκτή η προσφυγή της αυτή θα αξιολογηθεί οικονομικά αμέσως μετά τη λήψη απόφασης επί της προσφυγής[...]».

15. Επειδή, σύμφωνα με το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι –Αναλυτική Περιγραφή-Τεχνικές Προδιαγραφές της διακήρυξης, ΜΗΧΑΝΗΜΑ ΤΕΧΝΗΤΟΥ ΝΕΦΡΟΥ ΑΙΜΟΔΙΗΘΗΣΗΣ-ΑΙΜΟΔΙΑΔΙΗΘΗΣΗΣ ΚΑΙ ΟΝ LINE ΜΕΘΟΔΩΝ: «[...]23. Να διενεργεί τη μέθοδο της αιμοδιήθησης, αιμοδιαδιήθησης, με on line αρασκευή διαλυμάτων (υποκατάσταση και αιμοκάθαρση). Τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής[...]».

16. Επειδή, από τη απλή επισκόπηση του φακέλου της προσφοράς και ειδικότερα τις παραπομπές της τεχνικής προσφοράς δεν προκύπτει προδήλως αβάσιμος ο πρώτος λόγος της προσφυγής δεδομένου ότι το προσφερόμενο μηχάνημα πιθανολογείται ότι διαθέτει τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές και διενεργεί τη μέθοδο της αιμοδιήθησης, αιμοδιαδιήθησης. Σε κάθε δε περίπτωση, υπό τα δεδομένα της παρούσας υπόθεσης, πιθανολογείται ότι οι τυχόν ασάφειες του τεχνικού εγχειριδίου μπορούσαν ευχερώς να διευκρινιστούν κατόπιν σχετικού αιτήματος της αναθέτουσας αρχής πριν τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας.

17. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της προσφυγής απαιτείται αφενός μεν ενδελεχής μελέτη της υπόθεσης, η οποία δεν μπορεί να

Αριθμός απόφασης: Α 561 / 2018

εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασης αυτής για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής, εμπεριέχεται δε τεχνική κρίση που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 41/2015, 46/2015).

18. Επειδή, η παρούσα προσφυγή δεν πιθανολογείται προδήλως απαράδεκτη ούτε και προδήλως αβάσιμη.

19. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 3.1.2 της διακήρυξης: «[...]γ) Οι κατά τα ανωτέρω σφραγισμένοι φάκελοι με τα οικονομικά στοιχεία των προσφορών, μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης των λοιπών στοιχείων των προσφορών, αποσφραγίζονται [...] δ) Μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης σύμφωνα με τα ανωτέρω, αποσφραγίζονται [...]οι φάκελοι των οικονομικών προσφορών εκείνων των προσφερόντων που δεν έχουν απορριφθεί σύμφωνα με τα ανωτέρω. ε) Η επιτροπή αξιολόγησης προβαίνει στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών που αποσφραγίστηκαν και συντάσσει πρακτικό [...]Τα αποτελέσματα του εν λόγω σταδίου («Οικονομική Προσφορά») επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου [...]».

20. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης και προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής, λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής ότι η προσβαλλομένη πρέπει να ακυρωθεί.

21. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή της προσβαλλομένης ώστε να μην αποσφραγιστούν και περαιτέρω αξιολογηθούν οι φάκελοι των οικονομικών προσφορών έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό κρίση προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να

Αριθμός απόφασης: Α 561 / 2018

καθυστερεί υπέρμετρα την πρόοδο της διαδικασίας, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για την ταχεία πρόοδο αυτής.

22. Επειδή, η επίκληση από μέρους της αναθέτουσας αρχής της ένταξης της υπό κρίση προμήθειας σε πρόγραμμα ΕΣΠΑ και κατ' επέκταση η ύπαρξη λόγου δημόσιου συμφέροντος για την μη αναστολή της προσβαλλομένης δεν υπερτερεί σταθμιζόμενη με την αρχή της νομιμότητας κι, επομένως, ο σχετικός ισχυρισμός τυγχάνει απορριπτέος προκειμένου για τη χορήγηση της αναστολής.

23. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων της αιτούσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθ. Διακήρυξη Διεθνούς Δημόσιου Ηλεκτρονικού άνω των ορίων με α/α Συστήματος στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. της αναθέτουσας αρχής με αντικείμενο την «.....», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.505.500,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής, καθ' ο μέρος αφορά στο τμήμα με α/α 18 «Μηχανήματα Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης –Αιμοδιαδιήθησης και On-Line μεθόδων», στο πλαίσιο του οποίου προσφεύγει και για το οποίο έχει υποβάλλει προσφορά η προσφεύγουσα, ώστε να μην αποσφραγιστούν και περαιτέρω αξιολογηθούν οι φάκελοι των οικονομικών προσφορών έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 21 Δεκεμβρίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Αριθμός απόφασης: Α 561 / 2018

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης