

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Το 2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενο από τον Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη και τα μέλη Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή και Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη (εισηγήτρια), συνεδρίασε σήμερα, 16 Απριλίου 2018, στην έδρα της Αρχής.

Για να εξετάσει το αίτημα για Αναστολή και Λήψη Προσωρινών Μέτρων που σωρεύεται στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 326/04-04-2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής προσφεύγων) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «Γενικό Νοσοκομείο Αιτωλοακαρνανίας Νοσηλευτικές Μονάδες Αγρινίου Μεσολογγίου», (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει, κατόπιν ορθής επισκόπησης αυτής, την ακύρωση των προσβαλλομένων προδιαγραφών της διακήρυξης με αριθ. 4124/2018 για την προμήθεια ειδών για τα οποίες προτίθεται – κατά δήλωσή του να καταθέσει προσφορά - και ειδικότερα: Να γίνει δεκτή η προσφυγή του και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 4124/2018 διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής, δυνάμει της οποίας προκηρύχθηκε, με βάση το Ν.4412/2016, ανοικτός άνω των ορίων ηλεκτρονικός διαγωνισμός με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομικής άποψης προσφορά μόνο βάσει τιμής για την προμήθεια «ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΝΕΦΡΙΚΗΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ», για τις ανάγκες των Νοσηλευτικών Μονάδων Αγρινίου και Μεσολογγίου της αναθέτουσας αρχής για ένα έτος, με αποκλειστικό δικαίωμα του νοσοκομείου για άσκηση ετήσιας παράτασης (προαίρεση), κατά το μέρος που για τα είδη στα οποία αναλυτικά αναφέρεται στην προσφυγή του, ζητάει φίλτρα συγκεκριμένης χημικής σύστασης με αναφορά ακόμη και σε εμπορικά σήματα καθώς και θέτει πρόσθετα κριτήρια για την επιλογή προμηθευτή, τα οποία αλλοιώνουν το κριτήριο της χαμηλότερης τιμής και να ακυρωθεί κάθε συναφής μεταγενέστερη ή προγενέστερη πράξη ή παράλειψη της

Αριθμός Απόφασης: Α181/ 2018

αναθέτουσας αρχής, μέσα στα πλαίσια της Διακήρυξης Ανοικτής Διαδικασίας άνω των ορίων της Αναθέτουσας Αρχής, με αντικείμενο της σύμβασης την προμήθεια «ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΝΕΦΡΙΚΗΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ» για το Γενικό Νοσοκομείο Αιτωλοακαρνανίας (Νοσηλευτική Μονάδα Αγρινίου και Νοσηλευτική Μονάδα Μεσολογγίου) με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομικής άποψης προσφοράς μόνο βάσει τιμής. Η σύμβαση φέρει: ΕΤΗΣΙΟ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟ χωρίς Φ.Π.Α: ΑΓΡΙΝΙΟ 195.249,60€, ΜΕΣΟΛΟΓΓΙ 83.440,00€, ΣΥΝΟΛΟ ΕΤΗΣΙΟΥ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ χωρίς Φ.Π.Α: 278.689,60€, ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΣΥΜΠ. ΠΡΟΑΙΡΕΣΗΣ χωρίς Φ.Π.Α: 557.379,20€ & ΕΤΗΣΙΟ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟ με Φ.Π.Α: ΑΓΡΙΝΙΟ 220.632,05€, ΜΕΣΟΛΟΓΓΙ 94.287,20€, ΣΥΝΟΛΟ ΕΤΗΣΙΟΥ ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ με Φ.Π.Α: 314.919,25€, ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ ΣΥΜΠ. ΠΡΟΑΙΡΕΣΗΣ με Φ.Π.Α: 629.838,50€. Το εκτιμώμενο ποσό των υπό προμήθεια ειδών ανέρχεται συνολικά στο ύψος των 557.379,20 € χωρίς ΦΠΑ και 629.838,50€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., τα οποία θα καλύψουν τις ανάγκες του Γενικού Νοσοκομείου Αιτωλοακαρνανίας (της Νοσηλευτικής Μονάδας Αγρινίου και της Νοσηλευτικής Μονάδας Μεσολογγίου για ένα (1) έτος, με αποκλειστικό δικαίωμα του νοσοκομείου για άσκηση ετήσιας παράτασης (προαίρεση), όποιο εκ των δύο ορίων – ποσό ή χρόνος- επέλθει πρώτο. Στο ανωτέρω ποσό συμπεριλαμβάνεται και ο προϋπολογισμός για την ετήσια παράταση, εφόσον αυτή ασκηθεί. Επισημαίνεται ότι η ανάθεση της σύμβασης για ένα (1) έτος δεν συνεπάγεται ότι το νοσοκομείο, θα ασκήσει υποχρεωτικά το δικαίωμα του για ετήσια παράταση. Ανάλυση του συνολικού εκτιμωμένου ποσού έχει ως εξής: Προϋπολογισμός Χωρίς ΦΠΑ: 557.379,20 € συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος τυχόν άσκησης ετήσιας παράτασης (προαίρεση), (278.689,60 €Π/Υ ενός έτους + 278.689,60 €€ η ετήσια παράταση) Προϋπολογισμός με ΦΠΑ : 629.838,50€ συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος τυχόν άσκησης ετήσιας παράτασης (προαίρεση), (314.919,25 €Π/Υ για ένα έτος + 314.919,25 € η ετήσια παράταση). Επισημαίνεται ότι, σε περίπτωση άσκησης του δικαιώματος ετήσιας προαίρεσης από το νοσοκομείο, η νέα σύμβαση, η οποία θα προκύψει, θα αφορά τα ίδια είδη και τις αντίστοιχες ετήσιες ενδεικτικές ποσότητες που αφορούν στο πρώτο έτος. (Πίνακας Ι: Πίνακας Ειδών Διακήρυξης για ένα έτος (12 μήνες).) Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στον κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV 33181000-2) και περιλαμβάνονται στο Παράρτημα Ι, Ενότητα 1 πίνακας Ι (Αντικείμενο σύμβασης & Τεχνικές Προδιαγραφές

Αριθμός Απόφασης: Α181/ 2018

Ειδών – Ποσότητες). Προσφορές υποβάλλονται για όλα τα είδη, ή για μέρος των ειδών ή για ένα μόνο είδος, του Παραρτήματος Ι της επίδικης διακήρυξης. Ο διαγωνισμός φέρει συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 54785. Στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της επίδικης Διακήρυξης «Αντικείμενο σύμβασης-Ποσότητες & Τεχνικές Προδιαγραφές Γενικές-Ειδών», στην ΕΝΟΤΗΤΑ 1 (ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ) αυτού ορίζονται αναλυτικά τα υπό προμήθεια είδη ως εξής: ΤΜΗΜΑ (1) ΔΙΑΤΑΞΕΙΣ ΝΕΦΡΙΚΗΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ ΓΙΑ ΤΗ ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗ ΜΟΝΑΔΑ ΑΓΡΙΝΙΟΥ: ΠΙΝΑΚΑΣ 1. ΖΗΤΟΥΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ-ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ ΕΙΔΩΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ Α2: εννέα (9) διαφορετικά είδη υπό στοιχεία Α2.1 έως Α2.9, ΠΙΝΑΚΑΣ 2. ΠΙΝΑΚΑΣ ΖΗΤΟΥΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ-ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ ΕΙΔΩΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ Β2: εννέα (9) διαφορετικά είδη υπό στοιχεία Β2.1 έως Β2.9, ΓΙΑ ΤΗ ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗ ΜΟΝΑΔΑ ΜΕΣΟΛΟΓΓΙΟΥ: ΠΙΝΑΚΑΣ 1: ΠΙΝΑΚΑΣ ΖΗΤΟΥΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ- ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ ΕΙΔΩΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ Α2: δέκα (10) διαφορετικά είδη υπό στοιχεία Α2.1 έως Α2.10, ΠΙΝΑΚΑΣ 2. ΠΙΝΑΚΑΣ ΖΗΤΟΥΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ-ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ ΕΙΔΩΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ Β2: εννέα (9) διαφορετικά είδη υπό στοιχεία Β2.1 έως Β2.9. Σημειώνεται ότι ο προσφεύγων δηλώνει ότι: Α) προτίθεται να καταθέσει προσφορά για επτά (7) είδη υπό στοιχεία Α2.1, Α2.2, Α2.3, Α2.4, Α2.5, Α2.8 και Α2.9 από τον ΠΙΝΑΚΑ 1. ΖΗΤΟΥΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ-ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ ΕΙΔΩΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ Α2 ΓΙΑ ΤΗ ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗ ΜΟΝΑΔΑ ΑΓΡΙΝΙΟΥ, συνολικής αξίας χωρίς ΦΠΑ 74.256,00€ χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης, ενώ με το δικαίωμα προαίρεσης η αξία ανέρχεται σε 148.512,00€ χωρίς ΦΠΑ. Β) προτίθεται να καταθέσει προσφορά για επτά (7) είδη υπό στοιχεία Β2.1, Β2.2, Β2.3, Β2.4, Β2.5, Β2.8 και Β2.9 από τον ΠΙΝΑΚΑ 2. ΠΙΝΑΚΑΣ ΖΗΤΟΥΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ-ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ ΕΙΔΩΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ Β2 ΓΙΑ ΤΗ ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗ ΜΟΝΑΔΑ ΑΓΡΙΝΙΟΥ, συνολικής αξίας χωρίς ΦΠΑ 91.400,40€ χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης, ενώ με το δικαίωμα προαίρεσης η αξία ανέρχεται σε 182.800,80€ χωρίς ΦΠΑ. Γ) προτίθεται να καταθέσει προσφορά για επτά (7) είδη υπό στοιχεία Α2.1, Α2.2, Α2.3, Α2.4, Α2.5, Α2.9 και Α2.10 από τον ΠΙΝΑΚΑ 1. ΖΗΤΟΥΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ-ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ ΕΙΔΩΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ Α2 ΓΙΑ ΤΗ ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗ ΜΟΝΑΔΑ ΜΕΣΟΛΟΓΓΙΟΥ, συνολικής αξίας χωρίς ΦΠΑ 24.276,00€ χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης, ενώ με το δικαίωμα προαίρεσης η αξία ανέρχεται σε 48.552,00€ χωρίς ΦΠΑ. Δ) προτίθεται να καταθέσει προσφορά για έξι (6) είδη υπό στοιχεία Β2.1, Β2.2, Β2.3, Β2.4, Β2.5 και Β2.9 από τον ΠΙΝΑΚΑ 2. ΠΙΝΑΚΑΣ ΖΗΤΟΥΜΕΝΩΝ ΕΙΔΩΝ-ΠΟΣΟΤΗΤΕΣ ΕΙΔΩΝ ΚΑΤΗΓΟΡΙΑΣ Β2 ΓΙΑ ΤΗ

Αριθμός Απόφασης: Α181/ 2018

ΝΟΣΗΛΕΥΤΙΚΗ ΜΟΝΑΔΑ ΜΕΣΟΛΟΓΓΙΟΥ, συνολικής αξίας χωρίς ΦΠΑ 28.728,00€ χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης, ενώ με το δικαίωμα προαίρεσης η αξία ανέρχεται σε 57.456,00€ χωρίς ΦΠΑ. Δηλαδή, συνολικά ο προσφεύγων προτίθεται να καταθέσει προσφορά για 27 είδη της επίδικης Διακήρυξης από τα 37 προκηρυχθέντα, συνολικής αξίας των 27 ειδών χωρίς ΦΠΑ 218.660,40€ χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης, ενώ με το δικαίωμα προαίρεσης η αξία των 27 ειδών ανέρχεται σε 437.320,80€ χωρίς ΦΠΑ.

Στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων σώρευσε και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείται να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης διακήρυξης μέχρι την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση προσφυγής.

Αφού άκουσε την εισηγήτρια Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη

και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

1. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 (προσωρινά μέτρα) (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) του ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 του π.δ. 39/2017 (Προσωρινά μέτρα) στο πλαίσιο του νομοθετικού πλαισίου για την παροχή έννομης προστασίας κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων παρέχεται στην ΑΕΠΠ η δυνατότητα να διατάσσει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης ωστόσο αποφανθεί για την προσφυγή καθώς και κάθε πρόσφορο μέτρο προκειμένου να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή εκτέλεσης οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, όπως σαφώς προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4412/2016 σχετικά με το άρθρο 366 του νόμου δίνεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάσσει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Αριθμός Απόφασης: Α181/ 2018

2. Επειδή για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, συνολικού ποσού 2.188,00 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου 200030754958 0604 0035 αρχικό παράβολο & 201480683958 0615 0021 συμπληρωματικό παράβολο), που αντιστοιχεί στο προβλεπόμενο 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του τμήματος του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 437.320,80€ χωρίς ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος της προαίρεσης, το οποίο πληρώθηκε σύμφωνα με την προσκομιζόμενη από τον προσφεύγοντα εκτύπωση από την σελίδα της ΓΓΠΣ με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

3. Επειδή η υπό κρίση 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 της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 04-04-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η δεκαήμερη προθεσμία άσκησης αυτής έληγε στις 09-04-2018, ημέρα Δευτέρα, αντί της 07-04-2018, ημέρα Σάββατο και άρα εξαιρετέα,. Σημειώνεται ότι η προσβαλλομένη αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του ΚΗΜΔΗΣ στις 13-03-2018. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 04-04-2018 και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

5. Επειδή η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

6. Επειδή με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η επίδικη διακήρυξη είναι ακυρωτέα καθώς περιέχει όρους καταχρηστικούς. Πιο συγκεκριμένα, ο προσφεύγων στρέφεται, πρωτίστως, κατά των όρων του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης με τίτλο «Αντικείμενο σύμβασης- Ποσότητες & Τεχνικές Προδιαγραφές Γενικές-Ειδών» καθώς αυτοί, κατά την κρίση

Αριθμός Απόφασης: Α181/ 2018

του προσφεύγοντα, είναι προδήλως φωτογραφικοί δεδομένου ότι είτε προσδιορίζουν τις μεμβράνες με εξειδικευμένη αναφορά στην απαιτούμενη σύσταση τους, που προσιδιάζει μόνο σε συγκεκριμένα προϊόντα, είτε παραπέμπουν ευθέως και απροκάλυπτα σε εμπορικά σήματα που φωτογραφίζουν τις κατασκευάστριες εταιρείες των συγκεκριμένων φίλτρων και ειδικότερα των μεμβρανών αυτών, που είναι και το βασικό χαρακτηριστικό των φίλτρων. Η επίδικη διακήρυξη όφειλε, κατά την κρίση του προσφεύγοντα, να καθορίζει απλά τις κατηγορίες φίλτρων που ζητάει με αναφορά στα γενικά χαρακτηριστικά αυτών, χωρίς να προχωράει σε περαιτέρω εξειδίκευση των συνθετικών μεμβρανών των φίλτρων, οι οποίες διαφοροποιούνται ανάλογα με τη σύσταση του υλικού τους και την αρχιτεκτονική τους. Με άλλα λόγια ο τύπος της συνθετικής μεμβράνης που θα προσφερθεί θα έπρεπε να εναπόκειται στην επιλογή του προμηθευτή, αφού άλλωστε και το σχετικό πρότυπο EN ISO 8637, δυνάμει του οποίου χορηγείται στα φίλτρα η σήμανση CE, ουδόλως κάνει την οποιαδήποτε μνεία σε συγκεκριμένους τύπους συνθετικής μεμβράνης, ούτε πολύ περισσότερο προκρίνει έναν τύπο συνθετικής μεμβράνης έναντι κάποιου άλλο. Πιο συγκεκριμένα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι: Α. Οι προδιαγραφές που ζητούνται για τα είδη της Ν.Μ Αγρινίου: 1) Για τα είδη με α/α στη διακήρυξη Α2.1 και Β2.1 ζητείται φίλτρο - μεμβράνη τύπου Polynephron, συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της ιαπωνικής εταιρείας από την οποία παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό καταχώρισης 79058228, και προσφέρεται στην Ελλάδα από την εταιρεία, 2) Για τα είδη με α/α στη διακήρυξη Α2.2 και Β2.2 ζητείται φίλτρο μεμβράνη τύπου ελιξόνης (Helixone) συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της γερμανικής εταιρείας από την οποία και παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό καταχώρισης DE30016072, και προσφέρονται στην Ελλάδα από την εταιρεία, 3) Για τα είδη με α/α στη διακήρυξη Α2.3 και Β2.4 ζητείται φίλτρο - μεμβράνη πολυσουλφόνης H-dry. Το εν λόγω φίλτρο είναι συγκεκριμένης χημικής σύστασης και παράγεται από την ιαπωνική εταιρεία υπό την εμπορική επωνυμία συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό καταχώρισης 008968463, 4) Για το είδος με α/α στη διακήρυξη Α2.4 ζητείται φίλτρο – μεμβράνη κράματος πολυαιθεροσουλφόνης και πολυαρυλαίνης

Αριθμός Απόφασης: Α181/ 2018

(polyester, polymere alloy). Το εν λόγω φίλτρο είναι συγκεκριμένης χημικής σύστασης και παράγεται από την ιαπωνική εταιρεία υπό την εμπορική επωνυμία, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό καταχώρισης 710483, και το οποίο διανέμει στην Ελλάδα η εταιρεία, 5) Για τα είδη με α/α Α2.5 και Β2.5 ζητείται φίλτρο - μεμβράνη κράματος πολυαρυλαιθεροσουλφόνης, πολυβινυλπυρολιδόνης και πολυαμίδιο (Polyamid). Το φίλτρο συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα και κατασκευάζεται από τη σουηδική εταιρεία, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό καταχώρισης 003251204, προσφέρεται δε στην Ελλάδα από την εταιρεία, 6) Για τα είδη με α/α Α2.8 και Β2.8 ζητείται φίλτρο - μεμβράνη συγκεκριμένης χημικής σύστασης, κατασκευασμένη αποκλειστικά από πολυμεθυλμεθακρυλικό (PMMA) που είναι ένα έντονα διαφανές θερμοπλαστικό πολυμερές που παρασκευάζεται με πολυμερισμό του μονομερούς μεθακρυλικού μεθυλίου. Το συγκεκριμένο φίλτρο κατασκευάζεται από την ιαπωνική εταιρεία και προσφέρεται στην Ελλάδα αποκλειστικά από την εταιρεία, 7) Για το είδος με α/α Α2.9 ζητείται φίλτρο - μεμβράνη HerpAN, συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της σουηδικής εταιρείας από την οποία παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό καταχώρισης 007035082, και προσφέρεται στην Ελλάδα από την εταιρεία, 8) Για το είδος με α/α Β2.3 ζητείται φίλτρο - μεμβράνη πολυσουλφόνης επικαλυμμένη εσωτερικά με γέλη τύπου Rexbrane συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της ιαπωνικής εταιρείας από την οποία παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό καταχώρισης 004508041, και προσφέρεται στην Ελλάδα από την εταιρεία και 9) Για το είδος με α/α Β2.9 ζητείται φίλτρο - μεμβράνη πολυσουλφόνης τύπου Nephropore, συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της τουρκικής εταιρείας από την οποία παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη βάση εμπορικών σημάτων TMView της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή, με αριθμό καταχώρισης 2017-08353 και προσφέρεται στην Ελλάδα από την εταιρεία Β. Προδιαγραφές που ζητούνται για τα είδη της Ν.Μ Μεσολογγίου: 1) Για τα είδη με α/α στη διακήρυξη Α2.1 και Β2.1 ζητείται φίλτρο - μεμβράνη τύπου τύπου Polynephron, συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της ιαπωνικής εταιρείας από

Αριθμός Απόφασης: Α181/ 2018

την οποία παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό καταχώρισης 79058228, και προσφέρεται στην Ελλάδα από την εταιρεία, 2) Για τα είδη με α/α στη διακήρυξη Α2.2 και Β2.2 ζητείται φίλτρο - μεμβράνη πολυσουλφόνης επικαλυμμένη εσωτερικά με γέλη τύπου Rexbrane συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της από την οποία παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό καταχώρισης 004508041, και προσφέρεται στην Ελλάδα από την εταιρεία, 3) Για τα είδη με α/α στη διακήρυξη Α2.3 και Β2.3 ζητείται φίλτρο- μεμβράνη πολυσουλφόνης Η-dry. Το εν λόγω φίλτρο είναι συγκεκριμένης χημικής σύστασης και παράγεται από την ιαπωνική εταιρεία υπό την εμπορική επωνυμία, συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό καταχώρισης 008968463, 4) Για τα είδη με α/α στη διακήρυξη Α2.4 και Β2.4 ζητείται αποκλειστικά φίλτρο - μεμβράνη πολυσουλφόνης, 5) Για τα είδη με α/α στη διακήρυξη Α2.5 και Β2.5 ζητείται φίλτρο - κράματος πολυαιθεροσουλφόνης και πολυαρυλαίνης (polyster, polymere alloy). Το εν λόγω φίλτρο είναι συγκεκριμένης χημικής σύστασης και παράγεται από την ιαπωνική εταιρεία υπό την εμπορική επωνυμία, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό καταχώρισης 710483, και το οποίο διανέμει στην Ελλάδα η εταιρία Το φίλτρο αυτό δεν προσδιορίζεται απλώς με αναφορικά στη συγκεκριμένη χημική του σύσταση αλλά αναφέρεται και η εμπορική του ονομασία, 6) Για τα είδη με α/α στη διακήρυξη Α2.9 και Β2.9 ζητείται αποκλειστικά φίλτρο - μεμβράνη πολυφαινυλενίου. Το συγκεκριμένο φίλτρο κατασκευάζεται από την ιταλική εταιρεία και προσφέρεται στην Ελλάδα αποκλειστικά από την εταιρεία και 7) Για το είδος με α/α στη διακήρυξη Α2.10 ζητείται φίλτρο - μεμβράνη με επικάλυψη ηπαρίνης μεμβράνη HeprAN, συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της σουηδικής εταιρείας από την οποία παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό καταχώρισης 007035082, και προσφέρεται στην Ελλάδα από την εταιρεία Πέραν των ανωτέρω παράνομων τεχνικών προδιαγραφών αναφορικά με τα ζητούμενα είδη, κατά την κρίση του προσφεύγοντα, στην επίδικη διακήρυξη αναφέρεται, στο άρθρο 4 «ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ - ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΦΙΛΤΡΩΝ ΤΕΧΝΗΤΟΥ ΝΕΦΡΟΥ ΓΙΑ ΤΗ ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑ ΚΛΑΣΙΚΗΣ

Αριθμός Απόφασης: Α181/ 2018

ΑΙΜΟΚΑΘΑΡΣΗΣ ΚΑΙ ΠΑΡΑΛΛΑΓΩΝ» του Παραρτήματος Ι αυτής ότι «Σε φίλτρα ίδιου τύπου προτιμώνται αυτά με μεγαλύτερο ΚοΑ και αυτά με συντελεστή διαβατότητας β2Μ πλησιέστερα στην τιμή 1». Ενώ δηλαδή κριτήριο κατακύρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι αυτό της συμφερότερης από οικονομικής άποψης προσφοράς μόνο βάσει τιμής, προβλέπονται πρόσθετα κριτήρια για την επιλογή προμηθευτή, τα οποία αλλοιώνουν το κριτήριο της χαμηλότερης τιμής (δηλ. υψηλότερο ΚοΑ και συντελεστής διαβατότητας β2Μ), δυνάμει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να επιλέξει προμηθευτή αγνοώντας το ποιος προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή. Περαιτέρω, τα πρόσθετα αυτά κριτήρια δεν εξειδικεύονται με αναφορά σε συγκεκριμένα αριθμητικά μεγέθη, αλλά ούτε και ορίζει η διακήρυξη συντελεστή βαρύτητας για το κάθε κριτήριο χωριστά και το πώς αυτά συνδυάζονται με το κριτήριο της τιμής. Οι όροι αυτοί καταλύουν πλήρως τις αρχές της αντικειμενικότητας και διαφάνειας αφού επιτρέπουν στην αναθέτουσα αρχή να επιλέξει προμηθευτή όχι βάσει του ρητά καθορισμένου κριτηρίου, η ορθή εφαρμογή του οποίου να μπορεί να ελεγχθεί αντικειμενικά, αλλά με κριτήρια εντελώς αόριστα και αδιαφανή, χωρίς δυνατότητα να ελεγχθούν αντικειμενικά. Όλα τα ανωτέρω, κατά την κρίση του προσφεύγοντα, παραβιάζουν, τον Ν.4412/2016 και την υπ' αριθ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 Κοινή Υπουργική Απόφαση, που αποτελούν το θεσμικό πλαίσιο του επίδικου Διαγωνισμού. Από τα ως άνω αναφερόμενα και αναλυτικώς εκτιθέμενα στην υπό κρίση προσφυγή, σε συνδυασμό με τις οικείες νομικές διατάξεις, ιδία δε την Οδηγία 93/42/ΕΕ και την επικαλούμενη νομολογία, πιθανολογείται δυσχέρεια στη συμμετοχή του προσφεύγοντος στο διαγωνισμό κατά παράβαση του ενωσιακού και εθνικού δικαίου.

7. Επειδή για την οριστική κρίση επί της προσφυγής απαιτείται αφενός μεν ενδελεχής μελέτη της υπόθεσης, η οποία δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασης αυτής για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

8. Επειδή ο προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς, όπως προκύπτει από την επισκόπηση της προσφυγής, προτίθεται να συμμετάσχει στον υπό κρίση διαγωνισμό, υποβάλλοντας προσφορά για μέρος των

Αριθμός Απόφασης: Α181/ 2018

υπό προμήθεια προϊόντων. Περαιτέρω, ο προσφεύγων δηλώνει ότι δραστηριοποιείται στην προμήθεια των δημοσίων νοσοκομείων με φίλτρα τεχνητού νεφρού, και εξαιτίας της επίδικης Διακήρυξης δεν έχει τη δυνατότητα να λάβει μέρος στον επίδικο Διαγωνισμό για συγκεκριμένα ζητούμενα είδη για λόγους που συνίστανται πρωτίστως σε όρους που περιορίζουν αθέμιτα τον ανταγωνισμό, αφού, κατά παράβαση της κοινοτικής και εθνικής νομοθεσίας, θέτουν, εκ προοιμίου, εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας προϊόντα πιστοποιημένα με CE που κυκλοφορούν νομίμως εντός της ΕΕ, είτε θέτοντας τεχνικές προδιαγραφές πρόσθετες αυτών που προβλέπονται στα σχετικά ευρωπαϊκά πρότυπα, είτε φωτογραφίζοντας ευθέως προϊόντα συγκεκριμένου οίκου κατασκευής φίλτρων αιμοκάθαρσης. Ο προσφεύγων διακινεί στην ελληνική επικράτεια φίλτρα του μαλαισιανού οίκου, τα οποία και θα προσέφερε στον εν λόγω διαγωνισμό, εάν δεν υπήρχαν οι εν λόγω προδιαγραφές. Σε περίπτωση κατά την οποία ο προσφεύγων είχε δυνατότητα συμμετοχής στην εν λόγω διαδικασία θα υπέβαλε προσφορά για τα 27 είδη της επίδικης Διακήρυξης από τα 37 προκηρυχθέντα, συνολικής αξίας των 27 ειδών χωρίς ΦΠΑ 218.660,40€ χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης, ενώ με το δικαίωμα προαίρεσης η αξία των 27 ειδών ανέρχεται σε 437.320,80€ χωρίς ΦΠΑ. Συνεπώς ο προσφεύγων έχει συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και περαιτέρω, ενδέχεται, εξ αυτού του λόγου, να υποστεί ζημία σε περίπτωση παρανομίας των προσβαλλόμενων όρων- προδιαγραφών της διακήρυξης.

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*

Αριθμός Απόφασης: Α181/ 2018

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, 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).

12. 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*».

13. 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 αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και

Αριθμός Απόφασης: Α181/ 2018

ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

14. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γεγόμενα 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.

14. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω, και δεδομένου ότι η προσφυγή δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη ούτε προδήλως αβάσιμη αλλά, αντιθέτως εικάζεται παράβαση της νομοθεσίας προς βλάβη του προσφεύγοντα θα πρέπει να ανασταλεί μέχρι να εκδοθεί η απόφαση της ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση προσφυγής.

15. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της δεν προβάλλει ειδικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος για την αποφυγή καθυστέρησης στην πρόοδο του διαγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι, 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 (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του πρέπει, για τους πιο πάνω λόγους, να διαταχθεί η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

16. Επειδή βάσει και των ανωτέρω, το πλέον πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας ώστε να μην προχωρήσει η υποβολή προσφορών. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του

Αριθμός Απόφασης: Α181/ 2018

αποκλειστικού χρόνου 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 πρόοδο αυτής.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και καταχωρήθηκε στο βιβλίο Αποφάσεων της ΑΕΠΠ στις 16-04-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ