

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Φεβρουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 8.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 120/09.02.2018 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Πανεπιστημιακού Γενικού Νοσοκομείου ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία επιδιώκει, όπως τροποποιηθούν συγκεκριμένοι όροι του Παραρτήματος ΣΤ' («Τεχνικές Προδιαγραφές») της αριθμ. ... Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια 12 Συστημάτων Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης και Αιμοδιαδιήθησης και ON-LINE ΜΕΘΟΔΩΝ» (CPV: 33100000-1), για τις ανάγκες της Μ.Τ.Ν του...» προϋπολογισμού €145.161,2903, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά (Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: ...).

Με την Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρία η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή και διατηρηθεί η ισχύς της

προσβαλλόμενης Διακήρυξης, καθόσον, όπως υποστηρίζει, η θέσπιση των επίμαχων τεχνικών προδιαγραφών του Παραρτήματος ΣΤ΄ της Διακήρυξης, συνιστά επιβεβλημένη απαίτηση, απολύτως συμβατή με το αντικείμενο, τον σκοπό και τις ιδιαιτερότητες της υπό σύναψη σύμβασης, όπως επιβάλλουν οι αρχές της οικονομικότητας και της αποδοτικότητας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

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 το υπ' αριθμ..., ποσού €725,81, αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία άσκησε την από 8.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/120/09.02.2018, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, διεθνούς, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού €145.161,2903, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, 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 του Ν.

4487/2017 (Α΄ 116), δεδομένου ότι η έναρξη της αντίστοιχης διαγωνιστικής διαδικασίας εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα εταιρία προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Κανονισμού.

5. Επειδή η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στην αγορά των ιατροτεχνολογικών και φαρμακευτικών προϊόντων νεφρολογίας, έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προσφυγής, στην οποία ενσωματώνει και το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της ισχύος της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, μέχρι την έκδοση οριστικής Απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής.

6. Επειδή ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι τιθέμενες στο Παράρτημα ΣΤ΄ της επίμαχης Διακήρυξης τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών, αποκλείουν εκ προοιμίου τη συμμετοχή εταιριών, των οποίων τα αναλώσιμα προστατεύονται από το εργαστηριακό απόρρητο κατασκευής και νοθεύουν τον ανταγωνισμό, κατά παράβαση των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αναλογικότητας, με συνέπεια να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής, άλλως αδύνατη, η συμμετοχή της στον υπόψη Διαγωνισμό και να υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, η απαίτηση της επίμαχης Διακήρυξης για χρήση αναλώσιμων που δεν καλύπτονται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής - που αποτελεί διατύπωση παλαιότερης έκδοσης τεχνικών προδιαγραφών του ΕΚΑΠΤΥ - στην ουσία «φωτογραφίζει» δύο συγκεκριμένους οικονομικούς φορείς («...» και «...»), που δραστηριοποιούνται στον τομέα των φαρμακευτικών και ιατρικών προϊόντων, τα μηχανήματα των οποίων διαθέτουν τα ζητούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά.

7. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, νόμιμα και παραδεκτά εισάγεται ενώπιον της Α.Ε.Π.Π, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1 και 15 του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα στις 21.02.2017 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην Α.Ε.Π.Π με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σκοπεύει δε στην απόρριψη της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής και στη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, η παρεμβαίνουσα δε έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της Προδικαστικής Προσφυγής, αφού η προσφεύγουσα ρητά την κατονομάζει, ως μια εκ των εταιριών, που ευνοείται από τη θέσπιση των επίμαχων τεχνικών προδιαγραφών, κατά παράβαση της θεμελιώδους ενωσιακής αρχής της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού.

9. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: «Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Συνεπώς, η Απόφαση επί του αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεύει 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.

10. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

11. Επειδή, στο Παράρτημα ΣΤ' («Τεχνικές Προδιαγραφές»), Ομάδα Α: Τεχνικά Χαρακτηριστικά, Προδιαγραφή αριθμ. 5 της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 36), αναφέρεται ότι: «[...] Το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργαστηριακό απόρρητο κατασκευής». Επειδή περαιτέρω, στο Παράρτημα ΣΤ' («Τεχνικές Προδιαγραφές»), Ομάδα Α: Τεχνικά Χαρακτηριστικά, Προδιαγραφή αριθμ. 2 της επίμαχης Διακήρυξης (σελ. 37), αναφέρεται ότι: «[...] Να δέχεται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργαστηριακό απόρρητο κατασκευής».

12. Επειδή, στο άρθρο 4 («Ελεύθερη κυκλοφορία, προϊόντα ειδικού προορισμού») παρ. 1 της αριθμ. ΔΥ8δ/Γ.Π.οικ.130648/2009 Υπουργικής Απόφασης «Περί ιατροτεχνολογικών προϊόντων» (Β' 2198), ορίζεται ότι: «Δεν εμποδίζεται η διάθεση στην αγορά και η έναρξη χρήσης των προϊόντων που φέρουν τη σήμανση CE που προβλέπεται στο άρθρο 17 και η οποία δηλώνει ότι τα προϊόντα έχουν αποτελέσει αντικείμενο αξιολόγησης της συμμόρφωσής τους σύμφωνα με το άρθρο 11».

13. Επειδή, με το με αριθμ. πρωτ. 3096/15.02.2018 έγγραφό της, η οικεία αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην Αρχή τις απόψεις της επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, όπου συγκεκριμένα αναφέρει ότι έδρασε σε όλα τα στάδια της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας, τηρώντας τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης έναντι όλων των συμμετεχόντων «με τη διαρκή, έγκαιρη και κυρίως σύννομη επικοινωνία μαζί τους», με γνώμονα την ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος.

14. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, οι οποίοι πάντως δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι και απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των όρων της Διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας.

15. Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της Προδικαστικής Προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την Απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι, οι τιθέμενες στο Παράρτημα ΣΤ' («Τεχνικές Προδιαγραφές»), της επίμαχης Διακήρυξης τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών, νοθεύουν τον ανταγωνισμό και περιορίζουν αδικαιολόγητα τον αριθμό των συμμετεχόντων στον υπόψη Διαγωνισμό.

16. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του - τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου - και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, 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.

17. Επειδή, η ανάγκη άμεσης προμήθειας Συστημάτων Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης και Αιμοδιαδιήθησης και On line Μεθόδων, μπορεί να συνιστά λόγο δημοσίου συμφέροντος για τη συνέχιση του υπόψη Διαγωνισμού. 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 (ΣΤΕ ΕΑ 840/2008).

18. Επειδή, κατόπιν σταθμίσεως του δημοσίου συμφέροντος και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, πρέπει, για όλους τους ανωτέρω λόγους και ιδίως, επειδή πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα (σκέψη 16), η οποία σκοπεύει στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, να διαταχθεί η αναστολή της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως ότου δημοσιευθεί οριστική Απόφαση από την Α.Ε.Π.Π επί της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής.

19. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και ιδίως, η αναστολή της ισχύος και εκτέλεσης της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας αρχής από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης, τη διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή/και τη ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης ενέργειας, καθόσον σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης Προσφυγής, όλες οι επόμενες (της νυν προσβαλλόμενης), πράξεις θα είναι άκυρες, μέχρι την έκδοση Απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής. 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 καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

20. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής - προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα την ισχύ και εκτέλεση της υπ' αριθμ. ... Διακήρυξης, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια 12 Συστημάτων Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης και Αιμοδιαδιήθησης και ON-LINE ΜΕΘΟΔΩΝ» (CPV: 33100000-1), για τις ανάγκες της Μ.Τ.Ν. του ..., μέχρι την έκδοση Απόφασης επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22 Φεβρουαρίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Μελπομένη Τσιαλαφούτα