

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Ιανουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου – Εισηγήτρια και
Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από
22.01.2018 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -
Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/54/22.01.2018 και Ειδικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) 6/9/22.01.2018 της εταιρίας με την επωνυμία
«

», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά του (αναθέτουσα αρχή)
και των όρων της υπ' αριθ. διακήρυξης, με την οποία διενεργείται
επαναληπτικός δημόσιος ηλεκτρονικός τακτικός διαγωνισμός κάτω των ορίων
για την προμήθεια «Διατάξεις νεφρικής υποστήριξης» για τις ανάγκες της
αναθέτουσας αρχής, προϋπολογισθείσας δαπάνης €217.525,00 με ΦΠΑ
13%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική
άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής.

Με την προδικαστική προσφυγή επιδιώκει ο προσφεύγων να ακυρωθεί
άλλως να το τροποποιηθεί η με αριθμό Διακήρυξη της Αναθέτουσας
Αρχής, όσον αφορά προδιαγραφές για τα είδη με α/α 1 έως
και 4 της διακήρυξης κατά το μέρος που ζητούνται φίλτρα με συνθετικές
μεμβράνες Polynephron™, Helixone™, Rexbrane™, PEPA™,
polyphenylene™, Πολυσουλφόνη H-dry και τίθενται ως κριτήρια επιλογής
αναδόχου ο μεγαλύτερος συντελεστής ΚοΑ και ο συντελεστής διαβατότητας
(SC) της β2 μικροσφαιρίνης, και να ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία μέχρι

την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αγγελική Πουλοπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 962,50€, εμπρόθεσμα και παραδεκτά ασκείται κατά τα λοιπά.

2. Επειδή, με τη με αρ. πρωτ. διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής που δημοσιεύθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 28.12.2017 με α/α και στο ΚΗΜΔΗΣ την 28.12.2017 με ΑΔΑΜ προκηρύχθηκε, με βάση το Ν.4412/2016, επαναληπτικός δημόσιος ηλεκτρονικός τακτικός διαγωνισμός για την προμήθεια «Διατάξεις νεφρικής υποστήριξης», προϋπολογισθείσας δαπάνης €192.500,00 χωρίς Φ.Π.Α με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, με ημερομηνίες έναρξης και λήξης υποβολής προσφορών την 28.12.2017 και την 24.01.2018 αντίστοιχα και ημερομηνία αποσφράγισης διαγωνισμού την 30.01.2018.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία παρίσταται ως έχουσα άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού με την ιδιότητά της ως εταιρία εμπορίας φίλτρων τεχνητού νεφρού, κατά δήλωσή της, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενη προς ανάθεση σε αυτή της συγκεκριμένης σύμβασης, ενώ αυτονόητα θίγεται από τους προσβαλλόμενους με την προσφυγή τους όρους της διακήρυξης, διότι, όπως δηλώνει, καθιστούν τη συμμετοχή της αδύνατη και παραβιάζουν τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και του υγιούς ανταγωνισμού, αφού θέτουν, εκ προοιμίου, εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας τα πιστοποιημένα με CE προϊόντα που εμπορεύεται, θέτουν τεχνικές προδιαγραφές πρόσθετες αυτών που προβλέπονται στα σχετικά ευρωπαϊκά πρότυπα και φωτογραφίζουν

προϊόντα συγκεκριμένων οίκων κατασκευής φίλτρων αιμοκάθαρσης. Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

4. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή η προσφεύγουσα επικαλείται ότι: α) οι όροι του Παραρτήματος Β/Τεχνικές Προδιαγραφές Φίλτρων Αιμοκάθαρσης της διακήρυξης είναι φωτογραφικοί καθώς παραπέμπουν σε εμπορικά σήματα και χημικές συνθέσεις που κατά την προσφεύγουσα φωτογραφίζουν τις κατασκευάστριες εταιρείες των συγκεκριμένων φίλτρων και ειδικότερα των μεμβρανών αυτών, που είναι και το βασικό χαρακτηριστικό των φίλτρων. Επιπλέον, οι εν λόγω ζητούμενες συνθετικές μεμβράνες φίλτρων διαθέτουν κατά τον προσφεύγοντα συγκεκριμένη χημική σύσταση, χωρίς κάτι τέτοιο να είναι αναγκαίο για την κατά προορισμό χρήση του προϊόντος, καθιστώντας όλως προσχηματική τη χρήση της λέξης «τύπου». Πέραν των ανωτέρω, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι στη διακήρυξη περιέχονται προδιαγραφές (συντελεστής διαβατότητας β2 μικροσφαιρίνης, μεγαλύτερο φάσμα επιλογής σε επιφάνειες κλπ.) που συνιστούν ουσιαστικά ποιοτικά κριτήρια ανάθεσης, ενώ κριτήριο της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι αυτό της συμφερότερης προσφοράς αποκλειστικά βάσει της τιμής.

5. Επειδή, μέχρι και σήμερα η αναθέτουσα αρχή δεν έχει καταθέσει απόψεις επί της τυχόν λήψης προσωρινών μέτρων.

6. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας Πράξης του Προέδρου του σε εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω προσφυγής.

7. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων και δη: α) εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, β) της διατύπωσης του όρου “κατάλληλα μέτρα”, όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω αναφερόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την “καταλληλότητά” τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, γ) της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες αφενός ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της “καταλληλότητας”, την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και αφετέρου αναφέρουν ότι τα “μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση

οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται” στην έννοια των “καταλλήλων μέτρων”, προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια προσωρινά μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων των προσφευγόντων συμπεριλαμβανομένων εξάλλου των συμφερόντων του αναθέτοντα φορέα, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης, όπως εν προκειμένω), όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψης προσωρινών μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

8. Επομένως, όσον αφορά στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου ή της ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης της προσφεύγουσας, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ’ εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ’ αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται ο συνδυασμός εκείνος μέτρων, ο οποίος είναι εξίσου κατάλληλος για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

9. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία της προσφεύγουσας από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

10. Επειδή, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και οι λόγοι της κριθούν ως νόμιμοι, εκτός του ότι η εκ της αιτίας αυτής μείωση του ανταγωνισμού θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον

της αναθέτουσας αρχής, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμες αποφάσεις διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής - μετά από περαιτέρω πρόοδό της και προώθηση σε επόμενα στάδια - θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους τυχόν συμμετέχοντες, σε σχέση με την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του σταδίου αποσφράγισης προσφορών.

11. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της 15/2017 Πράξεως του Προέδρου 6ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως ενώ χρόνος αποσφράγισης προσφορών έχει οριστεί η 30.01.2017, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής για εύλογο χρόνο προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα ή τρίτους.

12. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή της αποσφράγισης των προσφορών έως και την έκδοση της απόφασης και σε κάθε περίπτωση έως και τη λήξη της οικείας αποκλειστικής προθεσμίας για την έκδοσή της. Η παράταση αυτή έχει εύλογη διάρκεια και δεν καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την ενδιάμεση και εντός του χρόνου της χορηγούμενης αναστολής έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη το στάδιο αποσφράγισης των προσφορών έως και την έκδοση της απόφασης.

Διατάσσει την αναθέτουσα όπως αναρτήσει την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29.01.2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ



Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ

