

Αριθμός απόφασης: Α 513 / 2018

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 22 Νοεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Αργυρώ Τσουλούφα και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από 09.11.2018 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1181/12.11.2018 και χρέωσης στο 2^ο κλιμάκιο της ΑΕΠΠ την 12.11.2018, της εταιρίας με την επωνυμία «.....», η οποία εδρεύει στο, οδός, αρ., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά όρων της με αριθ. (με αριθμ. πρωτ.) Διακήρυξης για τη διενέργεια ηλεκτρονικού, ανοικτού διαγωνισμού κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου υλοποίησης του Υποέργου «.....» της Πράξης «.....», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας εκτιμώμενης αξίας ύψους 202.500,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η Προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης Διακήρυξης κατά το μέρος που αφορά στους όρους/ τεχνικές προδιαγραφές για την προμήθεια των Μηχανημάτων Τεχνητού Νεφρού Αιμοδιήθησης Αιμοδιαδιήθησης και ON - LINE μεθόδων και ειδικότερα τους τεθέντες όρους 5β «Το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής», 22β «Να δέχεται φύσιγγα σκόνης

Αριθμός απόφασης: Α 513 / 2018

διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής» και 23 «Να διενεργεί τη μέθοδο της Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on-line παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάστασης). Τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής», συμπεριλαμβανομένου και του κριτηρίου ανάθεσης που ορίζεται στην προκείμενη διακήρυξη, οι οποίοι όροι τίθενται περιοριστικώς και καταχρηστικώς και κατά παράβαση των κανόνων περί δημοσίων συμβάσεων, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα με τους λόγους Προσφυγής της.

Ετέρωθεν, η Προσφεύγουσα αιτείται όπως διαταχθεί η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης Διακήρυξης όπως και η πρόοδος της διαδικασίας του υπόψη διαγωνισμού έως την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με τη με αριθ. (με αριθμ. πρωτ.)προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου υλοποίησης του Υποέργου «.....» της Πράξης «.....», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας εκτιμώμενης αξίας ύψους 202.500,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, η οποία Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με ΑΔΑΜ και αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 20.10.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται στο ΤΜΗΜΑ 1: «Προμήθεια δέκα συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης – αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων», εκτιμώμενης αξίας 153.846,15€ πλέον ΦΠΑ 17% και στο ΤΜΗΜΑ

Αριθμός απόφασης: Α 513 / 2018

2: «Προμήθεια πέντε Πολυθρόνων αιμοκάθαρσης», εκτιμώμενης αξίας 19.230,77€ πλέον ΦΠΑ 17%, ενώ προσφορές υποβάλλονται είτε για το σύνολο των προκηρυχθέντων είτε για ένα τμήμα του διαγωνισμού, σύμφωνα με τους όρους της επίμαχης διακήρυξης.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο 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 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 770,00€, το οποίο υπολογίζεται εν προκειμένω με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη άνευ ΦΠΑ της υπό ανάθεση σύμβασης και δη για το τμήμα (ΤΜΗΜΑ 1 εκτιμώμενης αξίας 153.846,15€ άνευ ΦΠΑ) για το οποίο ασκείται η παρούσα προσφυγή. Εξεταστέο είναι ωστόσο το ζήτημα, εάν επειδή η προσφεύγουσα βάλλει με τους λόγους προσφυγής της και κατά του κριτηρίου ανάθεσης της υπόψη σύμβασης που διέπει άλλωστε εν τω συνόλω την προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία, θα έπρεπε το ποσό του παραβόλου να υπολογιστεί στη συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης άνευ ΦΠΑ $\times 0,5\%$ ήτοι επί ποσού $153.846,15\text{€} + 19.230,77\text{€} = 173.076,92\text{€} \times 0,5\% = 865,38\text{€}$.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 173.076,92€ άνευ του ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000€, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (16.10.2018) σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν.4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 του Ν.

Αριθμός απόφασης: Α 513 / 2018

4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, όπου προβλέπεται ότι «1. σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», η οποία γνώση επήλθε εν προκειμένω κατά δήλωση της προσφεύγουσας στο έντυπο της Προσφυγής της, την 30.10.2018, οπότε και εκκινεί η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση Προσφυγής, και η Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 09.11.2018.

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «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 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 ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

Αριθμός απόφασης: Α 513 / 2018

7. 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»*.

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

9. 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. 4412/2016, 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, παράβαση διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

10. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος

Αριθμός απόφασης: Α 513 / 2018

αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.), γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί 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.

11. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή της, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των όρων εκείνων που περιγράφουν τις τεχνικές προδιαγραφές του Τμήματος 1 του ηλεκτρονικού, ανοικτού διαγωνισμού κάτω των ορίων με αντικείμενο την «.....» και δη των όρων αναφορικά με τη προμήθεια των συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης – αιμοδιαδιήθησης και on-line μεθόδων της υπό ανάθεση σύμβασης, ως προδιαγραφές όπου το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται (5β) αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής, (22β) η φύσιγγα σκόνης διπτανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και επίσης (23) να διενεργεί τη μέθοδο της Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης με on-line παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάστασης), όπου τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων ομοίως δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής (προδιαγραφές που αναφέρονται στις σελ. 37, 38 της διακήρυξης του Παραρτήματος Ι αυτής, συγκεκριμένα οι 5 (β), 22 (β) και 23 αντιστοίχως), επικαλούμενη ότι παρανόμως και κατά παράβαση των αρχών της ισότιμης

Αριθμός απόφασης: Α 513 / 2018

μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού καθιστά η αναθέτουσα αρχή όχι απλώς δυσχερή αλλά αδύνατη τη συμμετοχή στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία όχι μόνο της ίδιας αλλά και όλων των εταιρειών που διαθέτουν μηχανήματα των οποίων τα αναλώσιμα προστατεύονται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής ή άλλως προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις διότι, όπως ισχυρίζεται, τα εν λόγω τεθέντα κριτήρια δεν συνδέονται με τον τρόπο εκτέλεσης της συγκεκριμένης προς ανάθεση προμήθειας και περιορίζουν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, αιτούμενη κατ' ακολουθίαν την ακύρωση των.

12. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006). Περαιτέρω, στην ειδικότερη περίπτωση που ο αιτών τελικώς μετάσχει στον διαγωνισμό με επιφύλαξη και είτε προσβάλλει με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων συγκεκριμένο όρο της διακηρύξεως, προβάλλοντας ότι ο όρος αυτός είναι παράνομος διότι τον αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, είτε προσάπτει στην διακήρυξη πλημμέλεια η οποία, ομοίως, κατά τους ισχυρισμούς του, τον αποκλείει ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, έχει έννομο

Αριθμός απόφασης: Α 513 / 2018

συμφέρον για προσβολή του εν λόγω όρου ή για την προβολή της εν λόγω πλημμέλειας, μόνον εφόσον προβάλλει ειδικούς ισχυρισμούς ότι, παρά το γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στον διαγωνισμό, ενδέχεται να υποστεί ζημία από τον ανωτέρω όρο ή την ανωτέρω πλημμέλεια της διακηρύξεως (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 148/2016, σκ. 10, 124/2015 σκ. 7, 16/2015 σκ. 6, 718/2012 σκ. 4, 616/2012 σκ.5).

13. Επειδή, κατ' άρθρο 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, συνεπώς και σε όποιον έχει ενδιαφέρον για συμμετοχή σε διαγωνισμό, όπερ μεθερμηνευόμενο στην περίπτωση της προσβολής όρου διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μιν να υποβάλει προσφορά πλην όμως η μη νομιμότητα ή ασάφεια των όρων αυτής ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του, άρα και στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα του στην ανάθεση της σύμβασης.

14. Επειδή, ενόψει όσων εκτέθηκαν στις προηγούμενες σκέψεις (βλ. σκ. 12-13), η κρινόμενη προσφυγή ασκείται με έννομο συμφέρον από την προσφεύγουσα, η οποία ισχυρίζεται ότι διαθέτει στην ελληνική αγορά ιατροτεχνολογικά και φαρμακευτικά προϊόντα νεφρολογίας μεταξύ των οποίων και τα ζητούμενα και ότι οι τεχνικές προδιαγραφές της προκήρυξης που ορίζουν ότι οι αρτηριοφλεβικές γραμμές και οι φύσιγγες σκόνης διττανθρακικών που θα δέχονται αυτά δεν πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο είναι αντίθετες προς τις αρχές της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της ανάπτυξης υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού που προβλέπονται από το ευρωπαϊκό και εθνικό δίκαιο και περιορίζουν το εύρος των συμμετεχόντων ενώ τα προϊόντα/μηχανήματα που μπορούν να προσφερθούν είναι με αξιώσεις κατακύρωσης. Εν προκειμένω δε η προσφεύγουσα έχει υποβάλλει προσφορά στον υπόψη διαγωνισμό (με αριθμ. 115625 στο ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο

Αριθμός απόφασης: Α 513 / 2018

ΕΣΗΔΗΣ) διατυπώνοντας την επιφύλαξη της, καθώς η καταληκτική ημέρα υποβολής προσφορών ήταν η 13^η/11/2018.

15. Επειδή, όπως προβλέπεται με τη διάταξη του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης». Προς τούτο άλλωστε, κατά πάγια νομολογία γίνεται δεκτό ότι, ακόμα κι αν η αναθέτουσα αρχή είναι, κατ' αρχήν, ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση της σύμβασης, καθορίζοντας τους όρους, τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη, με αποτέλεσμα η θέσπιση με την διακήρυξη των όρων και προδιαγραφών που η αρχή κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της να μη συνιστά παράβαση των κανόνων ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιαδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, (ΣΤΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 1140/2010 κ.ά.), οι επίμαχες προδιαγραφές και οι όροι της διακήρυξης πρέπει να ελέγχονται από της απόψεως της τηρήσεως της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (ΣΤΕ Ε.Α. 9/2015, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και έχει εύλογο ενδιαφέρον και προτίθεται να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό και ήδη έχει υποβάλλει τη σχετική προσφορά της για την υπό ανάθεση σύμβαση, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων με την υπόψη διακήρυξη όρων, η προσφορά της τίθεται σε ουσιαδώς δυσμενέστερη μοίρα έναντι των προσφορών άλλων εν δυνάμει συμμετεχόντων, με συνέπεια να

Αριθμός απόφασης: Α 513 / 2018

διακινδυνεύονται τα συμφέροντα της. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα αιτείται την προσωρινή διασφάλιση του ως άνω δικαιώματός της έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής της, ήτοι της δυνατότητάς της να συμμετάσχει επί ίσοις όροις εν τέλει στον υπόψη διαγωνισμό, αφού ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος της για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ' αυτής βλάβη της.

17. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προδικαστική προσφυγή της προβάλλει ότι οι ως άνω τεχνικές προδιαγραφές (βλ. σκ. 11) αποκλείουν εκ προοιμίου τη συμμετοχή εταιρειών των οποίων τα αναλώσιμα προστατεύονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής και νοθεύουν τον ανταγωνισμό κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, του ελεύθερου ανταγωνισμού και της αναλογικότητας με συνέπεια να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής άλλως αδύνατη η συμμετοχή της στον ένδικο διαγωνισμό, υποστηρίζοντας περαιτέρω ότι οι προδιαγραφές αυτές φωτογραφίζουν την εταιρεία, που διαθέτει το συγκεκριμένο τύπο μηχανήματος, λειτουργώντας ούτως οι επίμαχες αυτές προδιαγραφές ως αδικαιολόγητα ανταγωνιστικά εμπόδια. Εν προκειμένω ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η αναθέτουσα αρχή προβαίνει αναίτιολόγητα σε υπέρμετρο περιορισμό του ανταγωνισμού στην αγορά των μηχανημάτων του τεχνητού νεφρού, χωρίς αυτό να δικαιολογείται από κάποιο λόγο δημοσίου συμφέροντος και χωρίς να είναι αναγκαίο για την κατά προορισμό χρήση του υπό προμήθεια προϊόντος ούτε να συνδέεται ο περιορισμός αυτός με το εν γένει αντικείμενο της σύμβασης.

18. Επειδή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης πράξης με την υπό κρίση Προσφυγή, επικαλούμενη αντίστοιχου περιεχομένου λόγους με τους λόγους που προέβαλε με προηγούμενη Προσφυγή της (τη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 204/28.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή κατά όρων της υπ' αριθ. διακήρυξης του), καθώς και με την Αίτηση

Αριθμός απόφασης: Α 513 / 2018

Αναστολή που άσκησε επί της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. που εκδόθηκε επί της Προσφυγής αυτής (αριθ. 292/2018 Α.Ε.Π.Π.) και οι οποίοι λόγοι στρέφονται κατ' ουσίαν κατά συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης και ανάγονται στη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να θεσπίζει όρους που να μην επιτρέπουν την προσφορά ειδών που καλύπτονται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής. Επέκεινα η ασκηθείσα αίτηση αναστολής (ΑΝ98/26.04.2018) κατά της ανωτέρω απόφασης της Α.Ε.Π.Π. και της διακήρυξης, υπ' αριθ., ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιά, απερρίφθη με την υπ' αριθ. Ν.120/2018 απόφαση του ανωτέρω Δικαστηρίου (Τμήμα Α1' Ακυρωτικός Σχηματισμός).

19. Επειδή, εντούτοις και επιπλέον της αρχής της αυτοτέλειας της κάθε διαγωνιστικής διαδικασίας, την οποία η προσφεύγουσα επικαλείται, στην προκείμενη προσφυγή η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι οι τυχόν πρόσθετες προδιαγραφές δεν δύνανται να οδηγούν στην εκ προοιμίου απόρριψη των προϊόντων της και για ένα επιπλέον λόγοι, στη περίπτωση που ήθελε υποτεθεί ότι το ζήτημα του κόστους των αναλωσίμων που φέρουν εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής είναι το κρίσιμο για την εισαγωγή των επίμαχων περιορισμών, τότε η εκτίμηση αυτή του κόστους έπρεπε να λάβει χώρα σύμφωνα με τις πάγιες επιταγές της ευρωπαϊκής και εθνικής νομολογίας μέσω διαγωνιστικής διαδικασίας με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής. Ενόψει των ανωτέρω, νομολογιακώς γίνεται παγίως δεκτό ότι δεν επιτρέπεται η εισαγωγή σε διακηρύξεις που αποσκοπούν στην προμήθεια ιατροτεχνολογικών προϊόντων, ιδίως όταν το κριτήριο αναθέσεως είναι αποκλειστικά βάσει της χαμηλότερης τιμής, τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες αποκλείουν ιατροτεχνολογικά προϊόντα τα οποία φέρουν τη σήμανση CE (ενδεικτικώς ΕΑ 113/2008, 139/2011, ΣτΕ 1654/2011, 491/2012). Κατ' ακολουθίαν, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι, εάν τελικά οι ως άνω περιορισμοί και προσβαλλόμενες προδιαγραφές ερείδονται στη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να προβεί σε σύγκριση του κόστους θεραπείας ή ακόμα και του κόστους των αναλωσίμων των μηχανημάτων στον ένδικο

Αριθμός απόφασης: Α 513 / 2018

διαγωνισμό και τούτο αποτέλεσε το λόγο επιλογής των όρων αυτών της Διακήρυξης, τότε με βάση τα παραπάνω το κριτήριο για την κατακύρωση των μηχανημάτων τεχνητού νεφρού όφειλε να είναι αυτό της συμφερότερης προσφοράς ήτοι της πλέον συμφέρουσας προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής και δη με βαθμολογία ως προς το κόστος αναλωσίμων και εν γένει τα έξοδα λειτουργίας των μηχανημάτων χωρίς την εισαγωγή των προσβαλλομένων όρων.

20. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει αποστείλει μέχρι στιγμής τις απόψεις της σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017.

21. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω συνάγεται ότι η υπό κρίση Προσφυγή πρέπει να εξεταστεί κατ'ουσίαν καθώς δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε δε περίπτωση οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ειδικότερα για το επιλεγέν από την αναθέτουσα αρχή κριτήριο ανάθεσης της οικείας σύμβασης σε σύνδεση με το αντικείμενο αυτής (βλ. σκ. 19) χρήζουν ενδελεχούς έρευνας που δε 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).

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, και ιδίως, η αναστολή της έκδοσης απόφασης για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς των συμμετεχόντων, έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό εξέταση 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 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα και δυσανάλογα τη

Αριθμός απόφασης: Α 513 / 2018

διαδικασία, ούτως ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

23. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό και να ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπό ανάθεση σύμβασης.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με τη με αριθ. (με αριθμ. πρωτ.) Διακήρυξη του ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου υλοποίησης του Υποέργου «.....» της Πράξης «.....», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας εκτιμώμενης δαπάνης 202.500,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 22 Νοεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Όλγα Θάνου