

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Μαρτίου 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 28.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 204 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου Μυτιλήνης - Γ.Ν «ΒΟΣΤΑΝΕΙΟ» (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 της αριθμ.5/2018 Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, που εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού στο Γενικό Νοσοκομείο Μυτιλήνης» (CPV: 33100000-1), για τις ανάγκες του Γ.Ν. «ΒΟΣΤΑΝΕΙΟ» προϋπολογισμού €325.806,46 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει σχέσης ποιότητας-τιμής (Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: 54151).

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. 19290754595804300045, ποσού €730,00, 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 28.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/204, 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 €325.806,46, 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

Αριθμός απόφασης: Α118 /2018

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, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα από την εταιρία με τον διακριτικό τίτλο «ΑΡΗΤΗ Α.Ε.» παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα στις 8.03.2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην Α.Ε.Π.Π (λαβούσα ΓΑΚ ΠΑΡ 114), 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 επιδιώκει τη συμμετοχή της στον επίμαχο Διαγωνισμό και επί τω τέλει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης και των απαιτήσεων που θεσπίζονται με αυτήν.

7. Επειδή ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι τιθέμενες στο Μέρος Γ (Τεχνικές Προδιαγραφές) 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.

8. 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.

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, στην υπ' αριθμ. 5.β) τεχνική προδιαγραφή συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης και αιμοδιαδιήθησης και on line μεθόδων του Εθνικού Κέντρου Αξιολόγησης της Ποιότητας & Τεχνολογίας στην Υγεία (Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ.), ορίζεται ότι: «Να δέχεται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής». Επειδή περαιτέρω, στις υπ' αριθμ. 22.β) και 23 τεχνικές προδιαγραφές συστημάτων τεχνητού νεφρού αιμοδιήθησης και αιμοδιαδιήθησης και on line μεθόδων του Ε.Κ.Α.Π.Τ.Υ., ορίζεται αντίστοιχα ότι: «Να δέχεται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από το εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής» και «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».

12. Επειδή, στο Μέρος Γ' («Τεχνικές Προδιαγραφές») της υπόψη Διακήρυξης (σελ. 52 και 53), ορίζεται ότι: « [...] 5. α) Να χρησιμοποιεί φίλτρα

αιμοκάθαρσης όλων των εργοστασίων. β) Το μηχάνημα θα πρέπει να δέχεται αρτηριοφλεβικές γραμμές που δεν καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής [...] 22. α) Να παρασκευάζει διαλύματα διττανθρακικών [...] β) Να δέχεται φύσιγγα σκόνης διττανθρακικών που δεν καλύπτεται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής. 23. Να διενεργεί τη μέθοδο της Αιμοδιήθησης, Αιμοδιαδιήθησης, με on-line παρασκευή διαλυμάτων (υποκατάσταση και αιμοκάθαρσης). Τα αναλώσιμα υλικά για την διεξαγωγή των ως άνω μεθόδων δεν θα πρέπει να καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο κατασκευής [...]».

13. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή, στο με αρ. πρωτ. 3806/7.03.2018 έγγραφο απόψεων της προς την Αρχή, υποστηρίζει ότι άπαντες οι λόγοι της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής τυχάνουν νόμω και ουσία αβάσιμοι και αλυσιτελώς προβαλλόμενοι, αναφέροντας χαρακτηριστικά ως προς τα επίμαχα ζητήματα ότι : «[...] είναι δίδαγμα κοινής λογικής ότι η προμήθεια μηχανήματος, το οποίο λειτουργεί αποκλειστικά και μόνο με τη χρήση αναλωσίμων που παράγονται από συγκεκριμένο κατασκευαστή/εργοστάσιο και καλύπτονται από εργοστασιακό απόρρητο, ασχέτως του γεγονότος ότι ο κάτοχος του μηχανήματος δύναται να προμηθευθεί τα αναλώσιμα από περισσότερες της μίας εμπορικές πηγές, οδηγεί εξ ανάγκης, όχι απλά σε απόλυτη εξάρτηση από το συγκεκριμένο κατασκευαστή και σε αντίστοιχο πλεονάζον οικονομικό κόστος, αλλά και σε πραγματικά αθέμιτο και μη σύννομο περιορισμό του ανταγωνισμού στο πρωτογενές του επίπεδο, αυτό δηλαδή της κατασκευής, ενώ είναι αδιάφορο το ότι το δευτερογενές επίπεδο της εμπορικής διαθέσεως του προϊόντος, διαθέτει πλείονες της μίας επιλογές [...]».

14. Επειδή όπως συνάγεται από τα ανωτέρω, οι τιθέμενες δια της Διακήρυξης τεχνικές προδιαγραφές, αποτελούν χαρακτηριστικά τεχνικές προδιαγραφές (ΔΕΕ, Υπόθεση C-368/10 Επιτροπή κατά Βασιλείου Κάτω Χωρών, σκέψη 74), τις οποίες ο διαγωνιζόμενος πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να διαθέτει και δεν είναι ασύνδετες ή δυσανάλογες με το αντικείμενο του διαγωνισμού. Αντιθέτως, κατά την εκτίμηση των αναγκών της αναθέτουσας αρχής, οι τεθείσες στη Διακήρυξη απαιτήσεις σκοπούν στην

Αριθμός απόφασης: Α118 /2018

επίτευξη της ευρύτερης δυνατής συμμετοχής στον διαγωνισμό και την ανάπτυξη του μέγιστου δυνατού ανταγωνισμού. Η δε εφαρμογή των τεχνικών προδιαγραφών είναι οριζόντια, έχουν γίνει εκ των προτέρων και έγκαιρα, γνωστές σε ευρύ κύκλο προσώπων και δεν κρίνεται ότι πριμοδοτούν αθέμιτα, ορισμένα προϊόντα υποψήφιων προμηθευτών, έναντι άλλων.

15. Επειδή, αβάσιμα προβάλλεται από την προσφεύγουσα το αίτημα να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 5/2018 Διακήρυξη (Προμήθεια Ιατροτεχνολογικού Εξοπλισμού στο Γενικό Νοσοκομείο Μυτιλήνης» (CPV: 33100000-1), για τις ανάγκες του Γ.Ν. «ΒΟΣΤΑΝΕΙΟ».

16. Επειδή, δεν πιθανολογείται βάσιμα η ευδοκίμηση κανενός εκ των προβαλλόμενων λόγων της κρινόμενης Προσφυγής, με συνέπεια, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή να θεωρηθεί ότι είναι προδήλως αβάσιμη.

17. Επειδή, ενόψει των όσων εκτέθηκαν αναλυτικά στην παρούσα, δεν πιθανολογείται βάσιμα η ευδοκίμηση των προβαλλόμενων λόγων της κρινόμενης προσφυγής.

18. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής - προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα της προσφεύγουσας εταιρείας να ανασταλεί η πρόοδος του υπόψη Διαγωνισμού μέχρι και την έκδοση Απόφασης επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Αριθμός απόφασης: Α118 /2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 9 Μαρτίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Νεκτάριος Μερτινός