

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Δεκεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή – Εισηγήτρια και
Αγγελική Πουλουπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 30-11-2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών
(ΑΕΠΠ)/304/1-12-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) _____
της εταιρίας με την επωνυμία «_____», νόμιμα
_____, νόμιμα
εκπροσωπούμενης.

Κατά του ενιαίου _____ _____ _____
» (αναθέτουσα αρχή) και της με αρ. πρωτ. 7281 και αρ.
διακήρυξης _____ διακήρυξης ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού
για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΦΙΛΤΡΩΝ ΤΕΧΝΗΤΟΥ ΝΕΦΡΟΥ ΓΙΑ ΕΝΑ (1) ΕΤΟΣ».

Με την προδικαστική προσφυγή επιδιώκει ο προσφεύγων ακυρωθεί η
προσβαλλόμενη διακήρυξη και να ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία μέχρι
την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της ασκηθείσας προδικαστικής
προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

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
παραβολο (σχ. το με στοιχεία _____ ειδικό έντυπο
παραβόλου), ποσού 600,00 €, παραδεκτά δε ασκείται κατά τα λοιπά.

Αριθμός απόφασης: Α68/2017

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αρ. πρωτ. 7281 και αρ. διακήρυξης [REDACTED] διακήρυξε προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΦΙΛΤΡΩΝ ΤΕΧΝΗΤΟΥ ΝΕΦΡΟΥ ΓΙΑ ΕΝΑ (1) ΕΤΟΣ», με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής ανά ζητούμενο είδος του πίνακα του Παραρτήματος Α΄ της διακήρυξης, εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης 72.786,00 € (μη συμπ/νου του αναλογούντος ΦΠΑ), CPV [REDACTED]. Η διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και στο ΕΣΗΔΗΣ με α/α [REDACTED] και ορίζει χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού την 11-12-2017.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα 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 προϊόντα πιστοποιημένα με CE, θέτουν τεχνικές προδιαγραφές πρόσθετες αυτών που προβλέπονται στα σχετικά ευρωπαϊκά πρότυπα και φωτογραφίζουν προϊόντα συγκεκριμένου οίκου κατασκευής φίλτρων αιμοκάθαρσης. Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

4. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή η προσφεύγουσα επικαλείται ότι: α) στο Παράρτημα Ε΄ της διακήρυξης με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές – Ζητούμενα Είδη», ενώ φαίνεται ότι επιτρέπεται η προσφορά φίλτρων διαφόρων ειδών συνθετικής μεμβράνης, κατόπιν γίνεται επιμερισμός των ζητούμενων ποσοτήτων με αναφορά, εσφαλμένως, σε συγκεκριμένη χημική σύσταση που θα πρέπει να έχει η μεμβράνη του εκάστοτε προσφερόμενου φίλτρου, ενώ θα έπρεπε να εναπόκειται στην επιλογή του προμηθευτή, αφού άλλωστε και το σχετικό πρότυπο EN ISO 8637, δύναμει του οποίου χορηγείται στα φίλτρα η σήμανση CE δεν κάνει μνεία κανενός τύπου μεμβράνης –και- β) για το είδος Α2 με επιφάνεια 1,9 τ.μ. και το είδος Β2 με επιφάνεια 2,1 τ.μ. οι τεθείσες προδιαγραφές είναι

Αριθμός απόφασης: Α68/2017

παράνομες, αφού το φίλτρο-μεμβράνη Polynephron, που ζητείται, συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της εταιρίας από την οποία παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του με αριθμό καταχώρησης και προσφέρεται στην Ελλάδα από συγκεκριμένη εταιρία.

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 59/2017 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 μνημονευόμενες 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 λήψεως προσωρινών μέτρων,

Αριθμός απόφασης: Α68/2017

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 το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο 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 πρόοδο της και προώθηση σε επόμενα στάδια - θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους λοιπούς συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του σταδίου υποβολής προσφορών.

11. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της 59/2017 Πράξεως του Προέδρου του Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 11-12-2017, ενώ χρόνος διενέργειας του διαγωνισμού έχει οριστεί η 11-12-2017, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή

Αριθμός απόφασης: Α68/2017

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 διενέργειας του διαγωνισμού έως και την 27^η Δεκεμβρίου 2017. Η παράταση αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να 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 παρατάσεως, 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 διενέργειας του διαγωνισμού έως και την 27η Δεκεμβρίου 2017.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 6-12-2017 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ



Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ

