

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Φεβρουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή – Εισηγήτρια και Αγγελική Πουλουπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων κατόπιν της από 22.2.2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 180/23-2-2018 Προδικαστικής Προσφυγής του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «...» και το δ.τ. «...»

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΧΙΟΥ ΣΚΥΛΙΤΣΕΙΟ» και της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 12-2-2018 με αρ. πρωτ. 5/26-1-2018 απόφασης του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής καθό μέρος και κατ' έγκριση του υπ' αρ.πρωτ. 1345/2017 πρακτικού δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διαγωνισμού κρίθηκε ως αποδεκτή και βαθμολογήθηκε η τεχνική προσφορά της εταιρίας «...» στη διαδικασία που προκηρύχθηκε με τη με αρ.70/2017 διακήρυξη ηλεκτρονικού επαναληπτικού διαγωνισμού μέσω ανοικτής διαδικασίας για την προμήθεια «ΣΥΣΚΕΥΩΝ ΑΙΜΑΤΟΛΟΓΙΚΩΝ ΑΝΑΛΥΣΕΩΝ» (αντιδραστήρια αιματολογικού με συνοδό εξοπλισμό).

Με την προδικαστική προσφυγή επιδιώκει ο προσφεύγων να ακυρωθεί η απόφαση αρ. πρωτ. 5/26-1-2018 απόφασης του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή και βαθμολόγησε τεχνική προσφορά της εταιρίας «...» και να ανασταλεί η 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

Αριθμός απόφασης: Α106/2018

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 191305757958 0417 0050 ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 600 €, παραδεκτά δε ασκείται κατά τα λοιπά.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αρ. 70/8-11-2017 διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό επαναληπτικό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την προμήθεια ΣΥΣΚΕΥΩΝ ΑΙΜΑΤΟΛΟΓΙΚΩΝ ΑΝΑΛΥΣΕΩΝ (αντιδραστήρια αιματολογικού με συνοδό εξοπλισμό), προϋπολογισθείσας αξίας 75.641,02€ μη συμπ/νου ΦΠΑ, ΠΠΥΥ2014, με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας CPV 38434570-2. Η διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 10-11-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC002222228 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 13-11-2017 με συστημικό α/α 48750.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα παρίσταται ως έχουσα άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού ως συμμετέχουσα στον εν προκειμένω διαγωνισμό σε περίπτωση τυχόν αποδοχής της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής θα καταστεί μόνη μετέχουσα στο επόμενο στάδιο της αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και ως εκ τούτου αυτονόητα ευνοείται από ενδεχόμενο αποκλεισμό του έτερου συμμετέχοντος στην εν λόγω διαγνωστική διαδικασία.

4. Επειδή η προσφεύγουσα επικαλείται ότι η πληττόμενη με αρ. 5/26-1-2018 απόφασης του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το από 1-12-2017 Πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διαγωνισμού για την εν λόγω ανάθεση είναι μη νόμιμη καθό μέρος κρίθηκε ως αποδεκτή και βαθμολογήθηκε η τεχνική προσφορά της εταιρίας «...» διότι : α) ο αναλυτής «Advia 2120i», που η τελευταία προσέφερε, με βάση το εκ μέρους της κατατεθέν φύλλο συμμόρφωσης, δυνάμει το υ όρου 19 του Β' Μέρους της διακήρυξης, ουδόλως αποδεικνύεται η δυνατότητα να αναλύει παράλληλα και δείγματα από τριχοειδικό αίμα, καθόσον ουδεμία μνεία γίνεται για τη συλλογή και ανάλυση δειγμάτων από τριχοειδές αγγείο, ούτε αναφορά σε δοκιμές ή ελέγχους που αποδεικνύουν τη σταθερότητα των ληφθέντων κατ' αυτόν τον τρόπο δειγμάτων και την ακρίβεια των συγκεκριμένων μετρήσεων των τιμών

Αριθμός απόφασης: Α106/2018

τους σε σχέση με τις τιμές των φλεβικών δειγμάτων, **β)** με βάση τον όρο 16 του Β' Μέρους του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης προκύπτει ότι ο προσφερόμενος αναλυτής πρέπει, μεταξύ άλλων, να διαθέτει σύστημα ανίχνευσης και προστασίας των αποτελεσμάτων του από την ύπαρξη φυσαλίδων στο αίμα. Ωστόσο στο κατατεθέν εκ μέρους της εταιρίας «...» φύλλο συμμόρφωσης δεν γίνεται αναφορά στη δυνατότητά του να ανιχνεύει επιπροσθέτως τη διαφορετικής υφής και ιδιοσυστασίας ύπαρξη φυσαλίδων στο αίμα, πολλώ δε μάλλον στη μέθοδο που χρησιμοποιεί για την προστασία των αποτελεσμάτων του από την παρουσία τους και άρα προκύπτει ότι ο προσφερόμενος αναλυτής δεν διαθέτει σύστημα ανίχνευσης της στάθμης όλων των αντιδραστηρίων που χρησιμοποιεί για τη διενέργεια των ζητούμενων εξετάσεων αίματος, αλλά απαιτείται στην περίπτωση αυτή ο χειριστής να ελέγχει διαρκώς, οπτικά, την επάρκεια του συγκεκριμένου αντιδραστηρίου, **γ)** η εταιρία «...» προσέφερε τα αντιδραστήρια «Advia 2120/2120i» με τον κωδικό «T01-3625-54» σε μία συσκευασία των 4 φιαλιδίων, περιεκτικότητας 125 ml το καθένα, ποσότητα όμως που επαρκεί για διάστημα 360 ημερών και όχι 365 ημερών, όπως απαιτεί η διακήρυξη και **δ)** με βάση τον κατατεθέντα από την εταιρία «...» πίνακα με τα «Προσφερόμενα αντιδραστήρια για τις ζητούμενες εξετάσεις» η εν λόγω συμμετέχουσα προσφέρει μόνον το αντιδραστήριο ... και όχι το αντιδραστήριο ..., το οποίο είναι απαραίτητο για την ορθή λειτουργία του αναλυτή της. Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

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 226/2018 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

Αριθμός απόφασης: Α106/2018

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 της αναθέτουσας αρχής, 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, 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 χρίζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης.

Αριθμός απόφασης: Α106/2018

Εξάλλου η ζημία της προσφεύγουσας από τη συνέχιση του διαγωνισμού με τη συμμετοχή του έτερου οικονομικού φορέα 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 226/2018 Πράξεως του Προέδρου του Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 12-3-2018, 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 διακινδυνευμένων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή της διενέργειας του διαγωνισμού έως και την 30^η Μαρτίου 2018. 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.

Αριθμός απόφασης: Α106/2018

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 30^η Μαρτίου 2018.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 28-2-2018 και εκδόθηκε την 1-3-2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ