

Η

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

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 15^η Σεπτεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή Εισηγήτρια, και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 6-8-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1069/7-8-2020 της εταιρείας με την επωνυμία ..., που εδρεύει στα ..., οδός ... αριθ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης,

Κατά του ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ ... «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής η αναθέτουσα αρχή).

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής που ελήφθη στην 29^η έκτακτη συνεδρίασή του (θέμα 11^ο), με την οποία ανακηρύχθηκε η εταιρεία ... προσωρινή ανάδοχος της προμήθειας των ειδών με *α/α 1 Βελόνες αιμόστασης ανω και κάτω πεπτικού μιας χρήσεως, 2 Βρόγχοι πολυποδεκτομής διαμέτρου βρόγχου 15 mm, 3 Βρόγχοι πολυποδεκτομής διαμέτρου βρόγχου 25 mm, της κατηγορίας Δ (ΓΑΣΤΡΕΝΤΕΡΟΛΟΓΙΚΟ ΥΛΙΚΟ), του διαγωνισμού για την προμήθεια «ΜΗ ΧΗΜΙΚΩΝ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΑΝΑΛΩΣΙΜΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΜΙΑΣ ΧΡΗΣΕΩΣ ΚΑΙ ΑΙΜΑΤΟΛΟΓΙΚΩΝ ΑΝΑΛΩΣΙΜΩΝ ΥΛΙΚΩΝ».*

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το ελάχιστο νόμιμο παράβολο ποσού 600 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363

Αριθμός Απόφασης: 1228/2020

του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, επί τη βάσει του προϋπολογισμού των ειδών με α/α 1, 2 και 3 της κατηγορίας Δ της προμήθειας εφ' ων φέρεται η προσφυγή, προυπολογιζόμενου ποσού αντιστοίχως 10.200 ευρώ, 558 ευρώ, 5.580 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, και συνολικά 16.338 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης, με κωδικό ... και την ένδειξη δεσμευμένο, εκτύπωση από την επίσημη ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ του ΥΠΟΙΚ με τα στοιχεία του παραβόλου και την ένδειξη *πληρωμένο*, και το από 6-8-2020 αποδεικτικό πληρωμής του στην).

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθ. 64/2019, διακηρύχθηκε *δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων διετούς διάρκειας για την προμήθεια «ΜΗ ΧΗΜΙΚΩΝ ΙΑΤΡΙΚΩΝ ΑΝΑΛΩΣΙΜΩΝ ΥΛΙΚΩΝ ΜΙΑΣ ΧΡΗΣΕΩΣ ΚΑΙ ΑΙΜΑΤΟΛΟΓΙΚΩΝ ΑΝΑΛΩΣΙΜΩΝ ΥΛΙΚΩΝ» (CPV): ..., προυπολογιζόμενης δαπάνης 1.200.000 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει μόνο της τιμής (χαμηλότερη τιμή). Στο άρθ. 1.3 της διακήρυξης ορίστηκε ότι: Προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο των ειδών της κάθε ομάδας προϋπολογισμού και για όσες ομάδες επιθυμούν. Περαιτέρω ορίστηκε ότι: 2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στην Διακήρυξη και στα Παραρτήματα της για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας της προμήθειας ανά είδος. Συνεπώς ορίστηκε ότι οι προσφορές μπορούν να υποβληθούν διακριτά είτε ανά Ομάδα ειδών για το σύνολο των ειδών της Ομάδας, είτε ανά είδος και για το σύνολο της προβλεπόμενης ποσότητας του προσφερόμενου είδους. Περαιτέρω, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ II – Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων της διακήρυξης τα υπό προμήθεια είδη κατατάχθηκαν στις Ομάδες: Α.ΔΙΑΦΟΡΟ ΥΛΙΚΟ με 97 είδη, Β.ΥΛΙΚΑ ΜΕΘ – ΑΝΑΙΣΘΗΣΙΟΛΟΓΙΚΟΥ με 69 είδη, Γ.ΑΝΤΛΙΕΣ με 4 είδη, Δ.ΓΑΣΤΡΕΝΤΕΡΟΛΟΓΙΚΟ ΥΛΙΚΟ με 29 είδη μεταξύ των οποίων και τα επίμαχα είδη με αα 1, 2, 3, Ε.ΥΛΙΚΑ ΑΠΟΣΤΕΙΡΩΣΗΣ με 45 είδη, ΣΤ.ΟΦΘΑΛΜΟΛΟΓΙΚΑ ΥΛΙΚΑ με 31 είδη, Ζ. ΣΑΚΟΙ ΚΑΙ ΒΑΣΕΙΣ ΚΟΛΟΣΤΟΜΙΑΣ ΚΑΙ ΟΥΡΗΤΗΡΟΣΤΟΜΙΑΣ με 9 είδη, Η.ΥΛΙΚΟ ΧΕΙΡΟΥΡΓΕΙΟΥ με 63 είδη.*

Αριθμός Απόφασης: 1228/2020

3. Επειδή η προκήρυξη απεστάλη την 18-12-2019 για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, και δημοσιεύτηκε στο Συμπλήρωμα της ΕΕΕΕ την 23-12-2019 όπου έλαβε τον αριθμό ..., και το πλήρες κείμενο αυτής αναρτήθηκε την 19-12-2019 στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. ..., καθώς και στην διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος

4. Επειδή ο διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης, και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, και επομένως παραδεκτά έχει ασκηθεί η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ.

5. Επειδή στον διαγωνισμό συμμετείχαν για τα είδη με αα 1, 2 και 3 της Ομάδας Δ της προμήθειας, η προσφεύγουσα, η προσωρινή ανάδοχος ..., και για το είδος με αα 1 κατέθεσε επίσης προσφορά και η εταιρεία ..., και για τα έτερα δύο είδη 2 και 3 κατέθεσε επίσης προσφορά και η ..., με αριθμούς προσφορών ..., ..., ... και ... αντίστοιχα.

6. Επειδή η Επιτροπή αποσφράγισης και αξιολόγησης του Διαγωνισμού συνεδρίασε την 30-1-2020, και εξέδωσε *Πρακτικό Αποσφράγισης και Αξιολόγησης*, σύμφωνα με το οποίο αφού έλεγξε τα δικαιολογητικά συμμετοχής των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων πρότεινε την αποδοχή απάντων. Εν συνεχεία, αφού έλεγξε τις τεχνικές προσφορές πρότεινε την αποδοχή απάντων των προσφορών για τα επίμαχα είδη (σελ. 9, 10). Ακολούθως, η Επιτροπή συνεδρίασε εκ νέου την 11-6-2020, και εξέδωσε *Πρακτικό* σύμφωνα με το οποίο έλεγξε και αξιολόγησε ως αποδεκτές όλες τις οικονομικές προσφορές, τις καταχώρησε ως εξής (σελ. 39): Για το είδος με αα 1 *Βελόνες αιμόστασης άνω και κάτω πεπτικού μιας χρήσεως* η προσφεύγουσα με τιμή προσφοράς 6,7200 ευρώ ανά τεμάχιο και ΦΠΑ 24%, η ... με τιμή 6,9000 ευρώ και ΦΠΑ 13%, και η ... με τιμή 7,6000 και ΦΠΑ 24%. Για το είδος με αα 2 *Βρόγχοι πολυποδεκτομής 230 cm, διαμέτρου βρόγχου 15 mm* η προσφεύγουσα με τιμή προσφοράς 6,8000 ευρώ ανά τεμάχιο και ΦΠΑ 24%, η ... με τιμή 7,0000 ευρώ και ΦΠΑ 13%, και η ... με τιμή 9,0000 και ΦΠΑ 24%. Για το είδος με αα 3 *Βρόγχοι πολυποδεκτομής 230 cm, διαμέτρου βρόγχου 35*

Αριθμός Απόφασης: 1228/2020

στη προσφεύγουσα με τιμή προσφοράς 6,8000 ευρώ ανά τεμάχιο και ΦΠΑ 24%, η ... με τιμή 7,0000 ευρώ και ΦΠΑ 13%, και η ... με τιμή 9,0000 και ΦΠΑ 24%. Εν συνεχεία ως αναφέρεται στο *Πρακτικό* (σελ. 89), η Επιτροπή αξιολόγησε ως *τιμή υποψήφιου αναδόχου*, για τα τρία επίμαχα είδη, αντιστοίχως 6,9000 ευρώ, 7,000 ευρώ και 7,000 ευρώ ανά τεμάχιο, ήτοι τις τιμές που προσέφερε η δεύτερη καταταγείσα Ακολουθώντας σύμφωνα με τον *ΣΥΓΚΕΝΤΡΩΤΙΚΟ ΠΙΝΑΚΑ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ* του *Πρακτικού* (σελ. 89, 90) προτάθηκε η ... ως η προσωρινή ανάδοχος -μεταξύ άλλων και- των επίμαχων ειδών 1, 2, και 3.

7. Επειδή με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας που ελήφθη στην 29^η Έκτακτη Συνεδρίαση αυτού (Θέμα 11^ο) εγκρίθηκαν τα παραπάνω Πρακτικά (σκέψη 6). Η προσβαλλόμενη απόφαση, με ενσωματωμένα και συνημμένα τα Πρακτικά της Επιτροπής του Διαγωνισμού (σκέψη 6), κοινοποιήθηκαν στους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς την 27-7-2020, μέσω της λειτουργικότητας *επικοινωνία* του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, εφεξής η *επικοινωνία*.

8. Επειδή κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα την 6-8-2020, με κατάθεση μέσω της *επικοινωνίας*, και με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα και την 7-8-2020 από την αναθέτουσα αρχή, με μηνύματα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή την 7-8-2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και άρθ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, μέσω της *επικοινωνίας* προς όλους τους συμμετέχοντες.

10. Επειδή την 14-8-2020 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε το με αριθ. πρωτ. 15280/13-8-2020 έγγραφο με τις απόψεις της επί της προσφυγής προς όλους τους συμμετέχοντες μέσω της *επικοινωνίας*, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθ. 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και το άρθ. 9 παρ. 1

Αριθμός Απόφασης: 1228/2020

του ΠΔ 39/2017, και με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 13-8-2020 προς την ΑΕΠΠ, με συνημμένο τον φάκελο της υπόθεσης.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ 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, κατόπιν της με αριθ. 1285/2020 Πράξης της Προέδρου του του 6^{ου} Κλιμακίου *περί ορισμού ημερομηνίας εξέτασης προδικαστικής προσφυγής και εισηγητή-κλήση περί απόψεων επί προσωρινών μέτρων.*

12. Επειδή η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής με την οποία επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης, με σκοπό την ανακήρυξή της ως προσωρινής αναδόχου επί τη βάση της οικονομικής προσφοράς της, επικαλούμενη αυταπόδεικτη άμεση βλάβη από την προσβαλλόμενη πράξη, η οποία, έχοντας αναδείξει ως προσωρινή ανάδοχο την ..., κατά τους ισχυρισμούς της, παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν στις διαδικασίες ανάθεσης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον προς παροχή έννομης προστασίας στη ζημία της από την φερόμενη παράνομη ανακήρυξη της ... ως προσωρινής αναδόχου και στο προφανές επιδιωκόμενο όφελος από την ανακήρυξή της ως προσωρινής αναδόχου ως προς τα τρία επίμαχα είδη της προμήθειας για τα οποία κατάθεσε προσφορά, έχοντας προσφέρει την χαμηλότερη προσφορά, ενώ η ανακηρυχθείσα προσωρινή ανάδοχος έχει προσφέρει την αμέσως υψηλότερη.

13. Επειδή η προσφεύγουσα, με το μόνο λόγο της προσφυγής, επικαλούμενη τους όρους 1.3, 2.3.1, 2.4.4, 3.1.2 της διακήρυξης, και το άρθ. 95 παρ. 5 του ν. 4412/2016, αναφέρει ότι : *«... ο εν λόγω διαγωνισμός διενεργείται με αποκλειστικό κριτήριο ανάθεσης αυτό της χαμηλότερης τιμής, όπως αυτή προκύπτει μετά από σύγκριση των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων, στις οποίες δίδονται τιμές ανά τεμάχιο χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο Φ.Π.Α.. Το αποτέλεσμα του διαγωνισμού κατακυρώνεται, ανά είδος, σε αυτόν που η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και ο οποίος έχει προσφέρει βάσει της οικονομικής του προσφοράς τη χαμηλότερη τιμή ανά τεμάχιο, χωρίς για τη σύγκριση αυτή να λαμβάνεται υπόψιν ο Φ.Π.Α.. Άλλωστε, ο ΦΠΑ, όπως η ίδια η δ/ξη αναφέρει υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα. Είναι επομένως προφανές ότι η προσβαλλόμενη*

Αριθμός Απόφασης: 1228/2020

απόφαση πάσχει κατά το μέρος που κατακύρωσε τα εν λόγω είδη στην εταιρεία ... Α.Ε. και όχι στην εταιρεία μας, η προσφορά της οποίας κρίθηκε τεχνικά αποδεκτή και η οποία προσέφερε βάσει της οικονομικής προσφοράς της, όπως αυτή αποτυπώνεται στον πίνακα του πρακτικού οικονομικής αξιολόγησης, τη χαμηλότερη τιμή. Είναι δε όπως αδιάφορο το γεγονός ότι σε περίπτωση συνυπολογισμού του ΦΠΑ το κόστος ανά τεμάχιο είναι χαμηλότερο για τα προϊόντα της εταιρείας ... σε σχέση με τα δικά μας, αφού εμείς υπολογίζουμε τον ΦΠΑ στο 24% ενώ η ... στο 13%, αφού ο ΦΠΑ δεν αποτελεί στοιχεία της οικονομικής προσφοράς. Αυτό άλλωστε είναι εύλογο αφού ο επιβαλλόμενος συντελεστής ΦΠΑ είναι κανονιστικά ρυθμιζόμενος και δεν εναπόκειται στην ευχέρεια εκάστου συμμετέχοντος. 4.4. Πέραν των ανωτέρω σημειώνουμε, εκ περισσού, ότι η εταιρεία ... υπολογίζει εσφαλμένα τον ΦΠΑ για τα συγκεκριμένα είδη στο 13% με συνέπεια μετά από τον συνυπολογισμό στην τιμή και του ΦΠΑ αυτή να προκύπτει μικρότερη από τη δική μας που υπολογίζει τον ορθό ΦΠΑ, ήτοι 24%. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 21 του Ν.2859/2020 «Κώδικας ΦΠΑ» ο συντελεστής του ΦΠΑ ορίζεται σε 24%, ενώ κατ' εξαίρεση ορίζεται σε 13% για τα αγαθά και τις υπηρεσίες που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα ΙΙΙ αυτού. Στο Παράρτημα ΙΙΙ τα εμπορεύματα που υπόκεινται σε μειωμένο συντελεστή ΦΠΑ, προσδιορίζονται πέραν της περιγραφής τους και με την αντίστοιχη δασμολογική κλάση (ΔΚ) του Δασμολογίου της ΕΕ. Από την επισκόπηση του Παραρτήματος ΙΙΙ προκύπτει ότι τα εν λόγω είδη δεν περιλαμβάνονται σε αυτό και ως εκ τούτου υπάγονται στον κανονικό συντελεστή του 24%, Άλλωστε, και στη διακήρυξη αναγράφεται για τα είδη αυτά ως συντελεστής ΦΠΑ το 24% (βλ. σχ. Σελ. 37 της δ/ξης), ενώ και όλες οι εταιρείες, πλην της ..., που τα προσέφεραν υπολογίζουν τον ΦΠΑ στο 24%. Ως εκ τούτου είναι προφανές ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα κατά το μέρος που δεν κατακύρωσε στην εταιρεία μας τα συγκεκριμένα είδη αν και μειοδότη. 5. Τέλος σημειώνουμε ότι λόγω του προφανούς σφάλματος της αναθέτουσας αρχής, η εταιρεία μας, προς αποφυγή πρόκλησης αδόκητου φόρτου στην Αρχή, απέστειλε την από 30.07.2020 επιστολή της και σε ορθή επανάληψη την 03.08.2020 ζητώντας από την αναθέτουσα αρχή να προβεί σε διόρθωση της προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος αυτό και να κατακυρώσει στην

Αριθμός Απόφασης: 1228/2020

εταιρεία μας τα σχετικά είδη, με επιφύλαξη του δικαιώματος μας να προσφύγουμε ενώπιον Σας εντός της 10ήμερης προθεσμίας. Επειδή όμως μέχρι και σήμερα, που είναι η τελευταία ημέρα για την άσκηση της προσφυγής, δεν έχει εκδοθεί νεώτερη απόφαση της αναθέτουσας αρχής που να διορθώνει το εκτεθέν σφάλμα ασκούμε την παρούσα ενώπιον Σας...»

14. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, αναφέρει στις απόψεις της επί της προσφυγής ότι: « ... Όσον αφορά την αξιολόγηση της στα είδη της διακήρυξης της κατηγορίας Δ με α/α 1,2 και 3 , η επιτροπή διευκρινίζει τα κάτωθι: α) η εταιρεία ... προσέφερε τα είδη με τιμές 6.72€, 6.80€ και 6.80€ με ΦΠΑ 24% β) η εταιρεία ... προσέφερε τα είδη με τιμές 6.90€, 7.00€ και 7.00€ με ΦΠΑ 13%. Στη συνέχεια η επιτροπή λαμβάνοντας υπόψη το όφελος του νοσοκομείου (δεδομένου ότι το ΦΠΑ επιβαρύνει το νοσοκομείο) κατακύρωσε τα είδη με βάση την μεικτή αξία στην εταιρεία ... καθώς ήταν η μειοδότη...»

15. Επειδή στο άρθρο 18 του ν. 4412/2016 με τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» του ν. 4412/2016 (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), ορίζεται ότι «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....»

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 « 1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιωνπροσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης....περιέχουν ιδίως:ε) την ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης ... ιε) το κριτήριο ανάθεσης,... ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς...»

17. Επειδή στο άρθρο 92 του ν.4412/2016 «Περιεχόμενο προσφορών και αιτήσεων συμμετοχής» ορίζεται ότι «...2. Στην ανοικτή διαδικασία οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν με την προσφορά τους τα ακόλουθα: ... γ) Ξεχωριστό σφραγισμένο φάκελο, με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά»,

Αριθμός Απόφασης: 1228/2020

εφόσον απαιτείται από τα έγγραφα της σύμβασης, ο οποίος περιέχει τα οικονομικά στοιχεία της προσφοράς, κατά ... τα προβλεπόμενα στα έγγραφα της σύμβασης...»

18. Επειδή στο άρθρο 95 του ν.4412/2016 «Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» ορίζεται ότι « 1. Η οικονομική προσφορά (προσφερόμενη τιμή) δίδεται σε ευρώ. ... 5. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, ισχύουν επιπλέον τα ακόλουθα: α) η τιμή του προς προμήθεια υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας δίνεται ανά μονάδα, όπως καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για παράδοση του υλικού ή της παρεχόμενης υπηρεσίας στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης ...»

19. Επειδή στη διακήρυξη προβλέπεται ότι «...1.3 Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης... Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 1.200.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 %... Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της χαμηλότερης τιμής... 2.1.1 Έγγραφα της σύμβασης Τα έγγραφα της παρούσας διαδικασίας σύναψης είναι τα ακόλουθα: ... η παρούσα Διακήρυξη (64/2019) με τα Παραρτήματα της που αποτελούν αναπόσπαστο μέρος αυτής... 2.3.1 Κριτήριο ανάθεσης Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά: βάσει τιμής... 2.4.2.4. Οι οικονομικοί φορείς συντάσσουν την τεχνική και οικονομική τους προσφορά συμπληρώνοντας τις αντίστοιχες ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του συστήματος. Στην συνέχεια το σύστημα παράγει τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία τα οποία υπογράφονται ψηφιακά και υποβάλλονται από τον προσφέροντα. Τα στοιχεία που περιλαμβάνονται στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος και του παραγόμενου ηλεκτρονικού αρχείου pdf (το οποίο θα υπογραφεί ηλεκτρονικά) πρέπει να ταυτίζονται. Σε αντίθετη περίπτωση το σύστημα παράγει σχετικό μήνυμα και ο προσφέρων καλείται να παράγει εκ νέου το ηλεκτρονικό αρχείο pdf] ... 2.4.4 Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής

Αριθμός Απόφασης: 1228/2020

οικονομικών προσφορών Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά με βάση μόνο την τιμή, όπως ορίζεται κατωτέρω : Τιμές Η τιμή του προς προμήθεια υλικού δίνεται σε ευρώ ανά μονάδα. (Πρβλ παρ. 5 περ. α΄ του άρθρου 95 του ν. 4412/2016.) Αν στο ηλεκτρονικό σύστημα δεν μπορεί να αποτυπωθεί αναλυτικά η οικονομική προσφορά, ο προσφέρων θα επισυνάψει στον (υπο)φάκελλο “οικονομική προσφορά” την ηλεκτρονική οικονομική προσφορά του ψηφιακά υπογεγραμμένη και τα σχετικά ηλεκτρονικά αρχεία (σύμφωνα με το υπόδειγμα που υπάρχει στο Παράρτημα VII της παρούσας διακήρυξης) σε μορφή pdf. Στην τιμή περιλαμβάνονται οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για παράδοση του εξοπλισμού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στην παρούσα διακήρυξη. Επισημαίνεται ότι το εκάστοτε ποσοστό Φ.Π.Α. επί τοις εκατό, της ανωτέρω τιμής θα υπολογίζεται αυτόματα από το σύστημα. ... 5.1.2. Τον Ανάδοχο βαρύνουν οι υπέρ τρίτων κρατήσεις, ως και κάθε άλλη επιβάρυνση, σύμφωνα με την κείμενη νομοθεσία, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., για την παράδοση του υλικού στον τόπο και με τον τρόπο που προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης....» Ακολούθως, στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ I – Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικειμένου της Σύμβασης παρατίθεται πίνακας με όλα τα υπό προμήθεια είδη όπου, στα επίμαχα είδη αναγράφεται ΣΥΝΤ ΦΠΑ (=Συντελεστής ΦΠΑ) 24% (σελ. 37 της διακήρυξης) .

20. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας προϋποθέτει, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης

Αριθμός Απόφασης: 1228/2020

μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, Επιτροπή κατά Δανίας, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, Μηχανική, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, MT Højgaard και Züblin, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, Επιτροπή κατά Βελγίου, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, Universale-Bau, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, eVigilo, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

21. Επειδή, παγίως έχει κριθεί ότι σύμφωνα με την ανωτέρω αρχή της σαφήνειας της διακήρυξης, απαράβατοι όροι εκάστης διακήρυξης αποτελούν έκφραση της αρχής της τυπικότητας, η οποία διέπει τον τρόπο συντάξεως των προσφορών στα πλαίσια των δημοσίων διαγωνισμών και αποσκοπεί στην εξασφάλιση αφενός της τηρήσεως των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσεως αφετέρου της ανάγκης ευχερούς συγκρίσεως των προσφορών μεταξύ τους καθώς και στην αποφυγή του κινδύνου αλλοιώσεως αυτών (ΣΤΕ 127/2015, 1971/2013, 194/2011, 804/2010, 3084/2008, 1895/2007, 3769/2003, ΕΑ ΣΤΕ 860, 689/2011, 1008/2009, 817/2008).

22. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή κατ' αρχήν, κατά δέσμια αρμοδιότητα, κρίνει τις προσφορές επί ίσοις όροις και με προσήλωση στην λεκτική αποτύπωση των όρων της κανονιστικής πράξης στα πλαίσια της αρχής της τυπικότητας, απορρίπτοντας, ομοίως, κατά δέσμια αρμοδιότητα προσφορά που παραβιάζει απαράβατους όρους της διακήρυξης.

23. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ.

Αριθμός Απόφασης: 1228/2020

C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 25 και C-599/10, *SAG ELV Slovenko* κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*, σκ. 27). Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο σε περίπτωση ενδεχόμενου αποκλεισμού από τη διαδικασία (C27/15, *Pizzo Pizzo*, ECLI:C:2016:404, σκ. 42).

24. Επειδή ως προκύπτει από την προσβαλλόμενη απόφαση (σκέψεις 6,7), η προσφεύγουσα υπέβαλε για τα επίμαχα είδη αποδεκτή οικονομική προφορά με την χαμηλότερη τιμή άνευ ΦΠΑ ανά μονάδα προϊόντος, ως βάσιμα αναφέρει στην προσφυγή της. Συνεπώς σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και του νόμου (όροι 1.3, 2.3.1, 2.4.2.4, 2.4.4, 5.1.2, Πίνακας του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης, σκέψη 19, και άρθ. 18, 53, 92, 95 του ν. 4412/2016 σκέψεις 15-18) και σύμφωνα με τις αρχές της τυπικότητας νομιμότητας και διαφάνειας της διαδικασίας (σκέψεις 20-23), η προσφορά της έπρεπε να γίνει αποδεκτή και να ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος της προμήθειας των επίμαχων ειδών καθόσον υπέβαλε αποδεκτή προσφορά η οποία ανταποκρίνεται στο κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης, ήτοι της χαμηλότερης οικονομικής προσφοράς. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προσέφερε για τα επίμαχα είδη με αα 1, 2 και 3 του Τμήματος Δ της προμήθειας, αντιστοίχως 6,72 ευρώ, 6,8 ευρώ και 6,8 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, έναντι της πλημμελώς ανακηρυχθείσας ως προσωρινής αναδόχου η οποία προσέφερε αντιστοίχως 6,9 ευρώ, 7 ευρώ και 7 ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Συγκεκριμένα, ως προκύπτει από τα στοιχεία και έγγραφα της διαδικασίας όπως βρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, η ... κατέθεσε: i) Ηλεκτρονικό αρχείο με τον τίτλο *ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ* όπου προσέφερε τις ως άνω αναφερόμενες τιμές ανά είδος, παραθέτοντας παραπλεύρως εκάστου και το προβλεπόμενο στην διακήρυξη ποσοστό ΦΠΑ 24%, και ii) Ηλεκτρονικό αρχείο με τον τίτλο *ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ 64-2019* όπου παρέθεσε τις αυτές ως άνω τιμές ανά τεμάχιο χωρίς ΦΠΑ και επίσης ανέφερε ότι *Τα ανωτέρω προσφερόμενα είδη υπόκειται σε Φ.Π.Α. 13%*. Ωστόσο, ρητά σύμφωνα με τον νόμο και την διακήρυξη (άρθ. 95 του ν. 4412/2016 σκέψη 17, όροι 2.3.1, 2.4.4, 5.1.2 της

Αριθμός Απόφασης: 1228/2020

διακήρυξης σκέψη 19), οι προσφερόμενες τιμές στον διαγωνισμό δεν περιέχουν ΦΠΑ. Σε κάθε περίπτωση, εξ ορισμού ο ΦΠΑ δεν μπορεί να συνιστά στοιχείο της προσφερόμενης και αξιολογούμενης οικονομικής προσφοράς των διαγωνιζομένων, διότι είναι φόρος το ποσοστό και το ύψος του οποίου ορίζεται εξωγενώς από την Πολιτεία. Για τον λόγο αυτό, είναι άνευ ετέρου εσφαλμένη και απορριπτέα η κρίση της αναθέτουσας αρχής ότι η προσφορά της ... είναι χαμηλότερη από την προσφορά της προσφεύγουσας επειδή η ... ανέφερε στην προσφορά της ΦΠΑ 13% -ενώ εξ άλλου η διακήρυξη προβλέπει 24%- και η προσφεύγουσα 24%, ως προβλέπεται στην διακήρυξη. Και τούτο διότι και ανεξαρτήτως ακόμη ότι στην διακήρυξη ρητώς και σαφώς προβλέφθηκε ΦΠΑ 24%, και ανεξαρτήτως ακόμη ότι και η ίδια η ... στην οικονομική της προσφορά συστήματος αναφέρει ΦΠΑ 24%, όμως το εφαρμοστέο ποσοστό ΦΠΑ δεν υπόκειται σε πλειοδοσία ή μειοδοσία, καθόσον δεν καθορίζεται από τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς αλλά -εξουσιαστικά όπως κάθε φόρος- από τον νόμο. Για τον λόγο αυτό, είναι εσφαλμένη η παραδοχή της αναθέτουσας αρχής ότι η οικονομική προσφορά της ... είναι συμφερότερη και οικονομικότερη από την προσφορά της προσφεύγουσας διότι το Νοσοκομείο θα καταβάλει λιγότερο ΦΠΑ εφόσον προμηθευτεί τα είδη από την ..., διότι ανεξαρτήτως του τι αναφέρεται στην προσφορά της ..., το Νοσοκομείο θα καταβάλει τον προβλεπόμενο στον νόμο ΦΠΑ, ο οποίος είναι ανεξάρτητος από το ποσοστό ΦΠΑ που αναφέρει κάθε διαγωνιζόμενος στην προσφορά του. Εξ άλλου, και δεδομένου ότι εν προκειμένω χωρεί σύγκριση τιμών επί ομοειδών προσφερομένων αντικειμένων δεν προκύπτει σε καμία περίπτωση, ούτε ότι για κάποιον ειδικό λόγο ατομικά και διακριτά τα είδη που προσφέρει η ... ή η ίδια η ... εξαιρούνται ή υπάγονται σε ειδική κατηγορία ΦΠΑ. Πράγμα το οποίο ακόμη και αν συνεβaine όμως δεν θα αρκούσε για την ανάδειξη της ... ως προσωρινής αναδόχου, καθόσον σύμφωνα με τα ως άνω, στις προσφερόμενες και αξιολογούμενες τιμές δεν περιλαμβάνεται ΦΠΑ, συνεπώς οι τιμές προσφέρονται και αξιολογούνται άνευ ΦΠΑ. Συνεπώς για τους λόγους αυτούς πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος η ..., παρότι η οικονομική της προσφορά δεν είναι η συμφερότερη

Αριθμός Απόφασης: 1228/2020

κατά το κριτήριο ανάθεσης της διακήρυξης, ήτοι δεν είναι η χαμηλότερη οικονομική προσφορά βάσει τιμής, αλλά η δεύτερη σε σειρά κατάταξης μετά την προσφορά της προσφεύγουσας.

25. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

26. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

27. Επειδή ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει επιστραφεί (άρθ. 363 του ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση κατά τα αναφερόμενα στο σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 15-9-2020 και εκδόθηκε στις 5-10-2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Η Γραμματέας

ΓΕΩΡΓΙΑ ΔΟΥΓΚΑ