

Αριθμός απόφασης: Α 235 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 27 Μαΐου 2019, με την εξής σύνθεση:
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης - Εισηγητής - δυνάμει της
με αρ. 729/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα –
Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το
οποίο σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης
(ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 587/17-05-2019
της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στο
....., επί της αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται
(εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα»).

Κατά της, που εδρεύει στον, επί της
....., αρ. (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «.....» ή «ΑΑ») και
κατά όρων της με αρ. διακήρυξης δημόσιου ηλεκτρονικού
ανοιχτού διαγωνισμού, για την, με κριτήριο κατακύρωσης την
πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη
σχέση ποιότητας – τιμής, προϋπολογιζόμενης δαπάνης, σύμφωνα με τη
σύμβαση 1.500.000,00€, χωρίς ΦΠΑ, (εφεξής «προσβαλλόμενη διακήρυξη» ή
«διακήρυξη»), για τους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση
προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής:

Αριθμός απόφασης: Α 235 / 2019

1. Επειδή, με την με αρ. διακήρυξη η προκήρυξε ανοιχτό, δημόσιο, άνω των ορίων ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με αριθμό ΕΣΗΔΗΣ: για την, για τις ανάγκες των δημοσίων δομών της Πρωτοβάθμιας Φροντίδας Υγείας της σύμφωνα με τα όσα ορίζονται στις τεχνικές προδιαγραφές, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 1.500.000,00€, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και του δικαιώματος προαίρεσης, μέχρι του ποσού 300.000,00€, και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, για το σύνολο των αναλυτών των 2 αντιδραστηρίων (εφεξής «διαγωνισμός»). Η προμήθεια αφορά σε 28 διαφορετικές εξετάσεις και κάθε διαγωνιζόμενος δικαιούται να υποβάλει προσφορά για το σύνολο των εξετάσεων και αναλυτών και όχι για μέρος αυτών. Ο συνοδός εξοπλισμός πραγματοποιεί το σύνολο των εξετάσεων και όχι μέρος αυτών. Επιπρόσθετα, για την ορθολογικότερη διαχείριση των αντιδραστηρίων δεν πρέπει να διαφοροποιείται από εργαστήριο σε εργαστήριο (πέραν των όσων ορίζονται στις τεχνικές προδιαγραφές), ώστε τα δύο εργαστήρια να χρησιμοποιούν τα ίδια αντιδραστήρια και λοιπά υλικά. Η τιμή των αντιδραστηρίων επίσης δεν μπορεί να διαφοροποιείται από εργαστήριο σε εργαστήριο.

2. Επειδή, με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 17-05-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, ο προσφεύγων, πέραν του αιτήματος να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, με σκοπό να τροποποιηθούν και επαναδιατυπωθούν, αιτείται και να ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 7.500,00€.

4. Επειδή, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του

Αριθμός απόφασης: Α 235 / 2019

Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση της προκήρυξης της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ την 24-04-2019) εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται δε συναφώς και στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινομένη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (α/α. Συστήματος), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α του ν. 4412/2016, αφού η πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης έλαβε χώρα την 07^η Μαΐου του έτους 2019, όπως ο ίδιος ο προσφεύγων συνομολογεί στην προσφυγή του, πριν ακόμη δηλαδή εκκινήσει η κατά τις πιο πάνω διατάξεις δεκαήμερη προθεσμία από την τεκμαιρόμενη γνώση αυτής και η υπό εξέταση προσφυγή κατατέθηκε την 16^η Μαΐου του ίδιου έτους.

7. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι: 1) η Η 5η τεχνική προδιαγραφή για τους αναλυτές, μεταξύ άλλων, απαιτεί: «... Ο δειγματοφορέας να είναι το πολύ 10 θέσεων ώστε τα δείγματα να απελευθερώνονται γρήγορα μετά τη δειγματοληψία για να είναι διαθέσιμα να χρησιμοποιηθούν σε άλλα τμήματα του εργαστηρίου», απαίτηση, όμως που είναι μη σύννομη «προσδιορίζει όχι μόνο το επιδιωκόμενο αποτέλεσμα, αλλά και την τεχνική λύση», και πρέπει να τροποποιηθεί και αναδιατυπωθεί, ώστε

Αριθμός απόφασης: Α 235 / 2019

να μην αποκλείεται η συμμετοχή της με αναλυτή, που διαθέτει μεν δειγματοφορέα 15 θέσεων, λόγω της τεχνολογικήςροχής του οποίου, όμως επιτυγχάνεται με ισοδύναμο ή και καλλίτερο τρόπο ο σκοπός της προδιαγραφής, 2) Η 8η τεχνική προδιαγραφή για τους αναλυτές, η οποία, μεταξύ άλλων, απαιτεί: «... Η καμπύλη βαθμονόμησης για τις 25 τουλάχιστον από τις 28 ζητούμενες εξετάσεις θα πρέπει να έχει διάρκεια το λιγότερο 4 εβδομάδες. Θα αξιολογηθεί η μεγαλύτερη χρονική διάρκεια», αποκλείει παντελώς αδικαιολόγητα τη συμμετοχή της, διότι η διάρκεια της καμπύλης βαθμονόμησης επί του αναλυτή που αυτή προσφέρει για είκοσι τέσσερις (24) από τις ζητούμενες εξετάσειςρκαλύπτει την (υπο)προδιαγραφή για την ελάχιστη διάρκεια των τεσσάρων (4) εβδομάδων, υπολειπόμενης, δηλαδή, της προσφεύγουσας μόλις κατά μία (1) εξέταση, προκειμένου να κριθεί αποδεκτή, ως ήσσονος σημασίας πρέπει να τροποποιηθεί, 3) η 29η τεχνική προδιαγραφή για τους αναλυτές που ορίζει: «Θα εκτιμηθεί να υπάρχει πελατολόγιο σε δημόσιο νοσοκομείο», πρέπει να ακυρωθεί, διότι έχει κριθεί ότι ουδεμία συνάρτηση του βαθμού της τεχνικής εμπειρίας υφίσταται ανάλογα με το εάν το πελατολόγιο (παραδόσεις) αφορά σε δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα (παραλήπτη), συνεπώς οι παραδόσεις σε δημόσια Νοσοκομεία ούτε ως λόγος αποκλεισμού, αλλά ούτε ως πριμοδοτούμενο βαθμολογικά στοιχείο δύναται να προβλεφθούν. 4) Τέλος, η 5η προδιαγραφή για τα αντιδραστήρια που ορίζει: «Θα πρέπει να προσφερθούν τόσες συσκευασίες αντιδραστηρίων όσες θεωρούνται απαραίτητες για την κάλυψη της αναφερόμενης στον πίνακα ετήσιας ζήτησης λαμβάνοντας υπόψη το χρόνο ζωής επί του αναλυτή καθώς και τον αριθμό των εξετάσεων που απαιτούνται για την βαθμονόμηση και τον έλεγχο ποιότητας με βάση τα εξής: για το εργαστήριο του οι εξετάσεις FT3, FT4, TSH, T3, T4, PSA, VitD, PTH, VitB12, FOLATE, FER, anti-TPO και anti-TG και για το εργαστήριο στο οι εξετάσεις FT3, FT4, TSH, T3, T4, PSA, VitD, PTH, VitB12, FOLATE, FER, anti-TPO, anti-TG, AFP, CEA, Ca19,9, Ca125 και Ca 15.3 θα ελέγχονται με τους ορούς ελέγχου τουλάχιστον μία φορά (2 επίπεδα) για κάθε εργάσιμη ημέρα ... » είναι ασαφής, διότι μη ορίζοντας συγκεκριμένο αριθμό εργασιμών

Αριθμός απόφασης: Α 235 / 2019

ημερών ανά έτος σε κάθε δημόσια δομή της που αφορά ο ένδικος διαγωνισμός, επαφίεται κατ' ουσίαν στους διαγωνιζόμενους - χωρίς καμία δυνατότητα άλλοθεν πληροφόρησής τους- να καθορίσουν αυτοί όχι επακριβώς, αλλά αυθαιρέτως και κατά προσέγγιση, τις εργάσιμες ημέρες ανά έτος (δεδομένου κυρίως των ημερών εφημερίας κάθε δομής κ.λπ.) με συνακόλουθη συνέπεια και την κατά το δοκούν εν τέλει διαμόρφωση των προσφορών τους, οι οποίες μάλιστα δεν θα είναι καν συγκρίσιμες μεταξύ τους.

8. Επειδή, μετά ταύτα, ο προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

9. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και κατόπιν επισκόπησης της διακήρυξης, η υπό εξέταση προσφυγή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι πέραν των προϋποθέσεων του παραδεκτού που αυτή πληροί, επιπλέον, τουλάχιστον ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί ασάφειας της 5^{ης} προδιαγραφής για τα αντιδραστήρια, δεν μπορεί να απορριφθεί ως προδήλως αβάσιμος, διότι πράγματι, εάν συνυπολογιστούν και οι ημέρες εφημερίας των δομών υγείας κατά τα Σαββατοκύριακα και τις αργίες, ο αριθμός των εργασίμων ημερών κατά τις οποίες θα ελέγχονται με τους ορούς ελέγχου οι στην επίμαχη προδιαγραφή εξετάσεις πιθανολογείται ότι δεν είναι ευχερώς οριζόμενος, ούτε για τον προσφεύγοντα, ούτε και τους λοιπούς υποψηφίους, με κίνδυνο την κατά το δοκούν εν τέλει διαμόρφωση των προσφορών τους. Οριστική κρίση, ωστόσο, επί της ουσίας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος φορέα δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

10. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του Ν. 4412/2016 και 15 του Π.Δ. 39/2017, η Α.Ε.Π.Π. με

Αριθμός απόφασης: Α 235 / 2019

απόφασή της μπορεί να διατάσσει προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, κατά τρόπο, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, περίπτωση, όμως που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο, διότι λαμβανομένης υπόψη της παράτασης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών στο διαγωνισμό για την 08-07-2019, που ελήφθη από τη διοικήτρια της 2^{ης} με τη με αριθμό 30814/24-05-2019 απόφασή της που κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής και αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (α/α συστήματος), ο οποίος, μάλιστα, έλαβε και νέο αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ (α/α), προκύπτει ότι δεν υφίσταται ούτε εικάζεται ότι μπορεί να υποστεί ζημία ο προσφεύγων από τη διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις έκδοσης απόφασης από την ΑΕΠΠ, ούτε υφίσταται ζημία από την προκήρυξη της διακήρυξης και μόνο. Και τούτο, διότι η απόφαση επί της προσφυγής του θα έχει εκδοθεί με βεβαιότητα πριν την πιο πάνω καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών για τον επίμαχο διαγωνισμό, δοθέντος ότι, σύμφωνα με τη με αριθμό 729/2019 Πράξη της προέδρου του επιληφθέντος Κλιμακίου ΑΕΠΠ, η προσφυγή έχει οριστεί να εξεταστεί την 11^η Ιουνίου 2019, η δε απόφαση επ' αυτής επιβάλλεται να εκδοθεί εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι ημερών από την εξέτασή της (αρ. 18 παρ. 3 π.δ. 38/2017). Συνακόλουθα, το υπό εξέταση αίτημα αναστολής προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενο, θα πρέπει να απορριφθεί.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: Α 235 / 2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 27 Μαΐου 2019, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Μαρία Κων. Μανδράκη

Η Γραμματέας

Αθηνά Μπουζιούρη