

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 12 Ιουλίου 2019, με την εξής σύνθεση:
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή –Εισηγήτρια
και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 807/02.07.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο, Οδός, αρ. Η εν λόγω προσφυγή ασκήθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθ.: Διακήρυξη (α/α Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) της αναθέτουσας αρχής «.....» για την προμήθεια «.....» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 1.315.311,90 €, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%. Καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των προσφορών έχει οριστεί η 15η Ιουλίου 2019, ημέρα Δευτέρα και ώρα 15:00:00. Η ως άνω προσφυγή ασκείται κατά της Διακήρυξης με σκοπό την ακύρωση της.

Στην ως άνω προσφυγή της η προσφεύγουσα σώρευσε και αίτημα για την λήψη προσωρινών μέτρων έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α 322 / 2019

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω προσφυγής καταβλήθηκε το παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 5.310,00 € (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου), που έχει υπολογιστεί δυνάμει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης προϋπολογισμού 1.060.735,40 €, πλέον ΦΠΑ 24%.

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η ανωτέρω προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 γ' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 γ' του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι ασκήθηκε την 01-07-2019, ήτοι εντός δεκαημέρου από την τεκμαιρόμενη γνώση της διακήρυξης στις 20-06-2019 (ημερομηνία δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ: 05-06-2019) και δεδομένου ότι η 30^η Ιουνίου 2019 ημέρα Κυριακή είναι κατά νόμο, ημέρα εξαιρετέα.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω Προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε ποσό 1.060.735,40 €, πλέον ΦΠΑ 24%. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της (προμήθεια), της ημερομηνίας δημοσίευσης (05-06-2019) ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, με την ανωτέρω προσφυγή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι προκύπτει παράβαση του άρθρου 86 του Ν. 4412/2016, υφίσταται ανεπίτρεπτη σύγχυση των κριτηρίων ανάθεσης βάσει της τιμής και

Αριθμός απόφασης: Α 322 / 2019

βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, καθώς και ασάφεια και αοριστία επιμέρους όρων της διακήρυξης. Ειδικότερα, στην επίμαχη διακήρυξη ορίζεται ότι το κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού είναι αυτό της «πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής» [βλ. σελ. 5 (άρθρο 1.3) και 18 (άρθρο 2.3) της Διακήρυξης]. Παρόλα αυτά, κατά την παράθεση των τεχνικών προδιαγραφών των υπό προμήθεια ειδών, η διακήρυξη, στο σημείο 8 των προδιαγραφών του συστήματος αντιδραστηρίων του Μέρους Β του Παραρτήματος Ι- Αντικείμενο της Σύμβασης- Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης, προβλέπει ότι «...Οροί ελέγχου για τις εξετάσεις των Πινάκων Α.3, Α.4 και Α.5. Θα πρέπει να καλύπτεται τουλάχιστον ο καθημερινός έλεγχος ποιότητας με πρότυπους ορούς ελέγχου (controls) κατά προτίμηση πολυδύναμους, δύο επιπέδων, για κάθε μία από τις αναλύσεις των ανωτέρω πινάκων, που υπερβαίνει στους ανωτέρω πίνακες τον αριθμό των πεντακοσίων (500) ετησίως, για κάθε έναν αναλυτή, για διακόσιες πενήντα (250) ημέρες το έτος. Για κάθε μία από τις αναλύσεις των ανωτέρω πινάκων που είναι κάτω από τον αριθμό των πεντακοσίων (500) ετησίως απαιτούνται πρότυποι οροί ελέγχου δύο επιπέδων μία φορά την εβδομάδα για όλες τις εβδομάδες του έτους, για κάθε αναλυτή...» (βλ. σελ. 41 της διακήρυξης). Οι παραπάνω διατάξεις της διακήρυξης ισχυρίζεται η προσφεύγουσα είναι παράνομες, όχι μόνο διότι προβλέπουν στοιχεία τα οποία προσιδιάζουν στο κριτήριο ανάθεσης βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, χωρίς, όμως, το κριτήριο αυτό να έχει οριστεί από την Διακήρυξη ως κριτήριο ανάθεσης (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 76/2011), αλλά και διότι καθ'εαυτές οι διατάξεις είναι αόριστες και ασαφείς, ώστε να είναι αδύνατον να κατανοήσει οποιοσδήποτε ενδιαφερόμενος φορέας ποιο ακριβώς είναι το εύρος της διακριτικής ευχέρειας που δίδεται στην Αναθέτουσα Αρχή, κατά την αξιολόγηση των προσφορών. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η διακήρυξη βρίθει ασαφειών, ανακριβειών, αντιφάσεων και αμφισημιών ώστε, αφενός, να καθίσταται δυσχερής η οριοθέτηση του ελάχιστου περιεχομένου των προσφορών και του συμβατικού αντικειμένου για την ορθή προετοιμασία των προσφορών και, αφετέρου, να παραβιάζεται η αρχή της ίσης μεταχείρισης των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων. Ειδικότερα, η διακήρυξη, στο σημείο 3 των προδιαγραφών του συστήματος αντιδραστηρίων

Αριθμός απόφασης: A 322 / 2019

του Μέρους Β του Παραρτήματος Ι- Αντικείμενο της Σύμβασης- Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης, προβλέπει «Να κατατεθεί απαραίτητως πελατολόγιο των προσφερομένων συστημάτων που να περιλαμβάνει ελληνικά ή ξένα Νοσοκομεία αντίστοιχης δυναμικότητας του ή μεγαλύτερης» (βλ. σελ. 39 της διακήρυξης). Ωστόσο, η παραπάνω προδιαγραφή είναι προδήλως ασαφής, δεδομένου ότι, πέραν του γεγονότος πως δεν προσδιορίζεται με σαφήνεια τι σημαίνει «αντίστοιχη» δυναμικότητας (ίση, πόσο μικρότερη ή πόσο μεγαλύτερη;), δεν προσδιορίζεται, ούτε αναφέρεται με συγκεκριμένο και δεσμευτικό τρόπο πως θα υπολογίζεται η επίμαχη δυναμικότητα (αριθμός κλινών, αριθμός δειγμάτων, συνολικός αριθμός τεστ;) και ποια είναι αυτή που θα χρησιμοποιηθεί ως συγκριτικό μέγεθος αναφοράς για την πλήρωση της παραπάνω προδιαγραφής. Η αοριστία αυτή δεν αίρεται από το γεγονός ότι σε άλλα σημεία της διακήρυξης αναφέρονται αριθμοί τεστ που, εν γένει, απαιτούνται για τις ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής, εφόσον η αναφορά αυτή ουδόλως προκύπτει ότι συνδέεται μονοσήμαντα με την παραπάνω προδιαγραφή. Επίσης, στο σημείο 5 των προδιαγραφών του συστήματος αντιδραστηρίων του Μέρους Β του Παραρτήματος Ι- Αντικείμενο της Σύμβασης- Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης, προβλέπεται: «Για κάθε εξέταση να δοθεί συνολική τιμή ανά εξέταση η οποία θα προκύπτει ρητά από την τιμή αντιδραστηρίου και θα συμπεριλαμβάνει όλα τα αναγκαία συμπληρωματικά υλικά που απαιτούνται για την κάθε εξέταση (βαθμονομητές, πρότυπους ορούς, αναλώσιμα κτλ). Η χρήση και κατανάλωση των συμπληρωματικών υλικών θα πρέπει να καλύπτει τον καθημερινό εσωτερικό έλεγχο ποιότητας όπως προσδιορίζεται κατωτέρω, ώστε να πληρούνται τα κριτήρια ποιοτικού ελέγχου (1x2s, 2x2s, 10-x, 4s καθώς και τον έλεγχο μετά από κάθε βαθμονόμηση όπως προκύπτει από τον κατασκευαστικό οίκο εντός του ίδιου εικοσιτετραώρου με βάση τα δεδομένα των αντιδραστηρίων που θα προσφερθούν, προκειμένου να ικανοποιούνται οι ποιοτικές απαιτήσεις του προτύπου της διαπίστευσης ISO 15189:2012 του εργαστηρίου, χωρίς επιπρόσθετη χρέωση» (βλ. σελ. 40 της Διακήρυξης). Οι διατάξεις της παραπάνω προδιαγραφής είναι προδήλως ασαφείς, εφόσον σε αυτές υπάρχουν αντικρουόμενες αναφορές για τον αριθμό των μετρήσεων ελέγχου ποιότητας. Καταρχάς, αναφέρεται καθημερινός εσωτερικός έλεγχος

Αριθμός απόφασης: A 322 / 2019

ποιότητας ο οποίος παραπέμπει, σε μία μέτρηση ανά ημέρα (βλ. και τα σημεία 6 και 8 των ίδιων ως άνω προδιαγραφών, τα οποία οδηγούν στο ίδιο συμπέρασμα). Ωστόσο, ενώ αναφέρονται τα κριτήρια 1x2s, 2x2s και 10-x τα οποία μπορούν, πράγματι, να υλοποιηθούν με μία μέτρηση ανά ημέρα, παράλληλα αναφέρεται και το κριτήριο 4s (προφανώς εννοείται ο κανόνας Westgard R4s), το οποίο απαιτεί μέτρηση δύο φορές την ημέρα (only be interpreted within-run, not between-run (βλ. <https://www.westgard.com/mltirule.htm>). Τέλος, γίνεται, παράλληλα, αναφορά στις ποιοτικές απαιτήσεις του προτύπου διαπίστευσης ISO 15189:2012, στο οποίο δεν υπάρχουν σαφείς αναφορές για τον αριθμό των μετρήσεων υλικών ελέγχου μέσα στην ημέρα. Περαιτέρω, η τήρηση του κριτηρίου 10-x εμπεριέχει πολλαπλές ερμηνείες, όπως η υιοθέτηση εργαστηριακού στόχου και ορίων, για τα υλικά ελέγχου που δυνητικά μπορούν να αυξήσουν ή να ελαττώσουν τον αριθμό των βαθμονομήσεων και μετρήσεων ελέγχου ποιότητας. Για την οριοθέτηση του εργαστηριακού στόχου, απαιτούνται τουλάχιστον 21 μετρήσεις, για κάθε επίπεδο υλικού ελέγχου, καταρχήν, και ανά παρτίδα αντιδραστηρίου και υλικού ελέγχου. Αν κάποια δοκιμή αποτύχει θα πρέπει να γίνει, εκ νέου, βαθμονόμηση και νέος ποιοτικός έλεγχος. Η διακήρυξη, στο σημείο 7 των προδιαγραφών του συστήματος αντιδραστηρίων του Μέρους Β του Παραρτήματος Ι- Αντικείμενο της Σύμβασης- Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης, προβλέπει «Οροί ελέγχου για τις εξετάσεις του Πίνακα Α.2 .Οι πρότυποι οροί ελέγχου (controls) για τις εξετάσεις επιπέδων φαρμάκων πρέπει να είναι τριών επιπέδων (υποθεραπευτικά, θεραπευτικά και τοξικά επίπεδα). Για τις εξετάσεις των φαρμάκων των πινάκων Α.2, εκτός της κυκλοσπορίνης (cyclosporine w.b.), μετρώνται καθημερινά δύο οροί ελέγχου επί 365 ημέρες (2Χ365) για κάθε αναλυτή. Για την κυκλοσπορίνη (cyclosporine w.b.), λόγω του μεγάλου αριθμού δειγμάτων που προσκομίζονται στο εργαστήριο καθ'όλη τη διάρκεια της ημέρας, μετρώνται δύο οροί ελέγχου δύο φορές την ημέρα επί 365 ημέρες (2Χ2Χ365) για κάθε αναλυτή» (βλ. σελ. 40 της Διακήρυξης). Καίτοι, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραπάνω διάταξης, απαιτούνται τρία επίπεδα ελέγχου ανά παράμετρο, για συγκεκριμένες, όμως, εξετάσεις απαιτούνται δυο οροί ελέγχου ανά ημέρα. Ωστόσο, ουδόλως προσδιορίζεται σε ποια επίπεδα αφορούν οι οροί αυτοί. Η

Αριθμός απόφασης: A 322 / 2019

έλλειψη του προσδιορισμού αυτού καθιστά προδήλως ασαφή την παραπάνω προδιαγραφή. Η διακήρυξη, στο σημείο 9 των προδιαγραφών του συστήματος αντιδραστηρίων του Μέρους Β του Παραρτήματος Ι- Αντικείμενο της Σύμβασης- Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης, προβλέπει «Να προσφερθεί ακέραιος αριθμός συσκευασιών αντιδραστηρίων λαμβάνοντας υπόψη τον αριθμό των εξετάσεων από τους πίνακες του Παραρτήματος Α + τις εξετάσεις για την πραγματοποίηση μετρήσεων εσωτερικού ποιοτικού ελέγχου + τις εξετάσεις για τις βαθμονομήσεις. Ο υπολογισμός των συσκευασιών αφορά στο σύνολο των εξετάσεων, εξαιρούνται οι εξετάσεις που είναι κάτω των 500» (βλ. σελ. 41 της Διακήρυξης). Στην παραπάνω προδιαγραφή δεν προσδιορίζεται πως θα πρέπει να υπολογιστούν οι εξετάσεις κάτω των 500 τεστ, τη στιγμή που στα υποδείγματα των πινάκων οικονομικής και τεχνικής προσφοράς αναφέρεται το πεδίο «ακέραιος αριθμός συσκευασιών». Επομένως, δεν υπάρχει κάποια σαφής υπόδειξη, για το πως πρέπει να υπολογιστούν οι συσκευασίες για εξετάσεις κάτω των 500 τεστ: εάν, δηλαδή, θα συμπεριλάβουν εξετάσεις ποιοτικού ελέγχου και βαθμονομήσεων ή όχι. Η διακήρυξη, στο σημείο 2 των προδιαγραφών του συστήματος αναλυτών του Μέρους Β του Παραρτήματος Ι- Αντικείμενο της Σύμβασης- Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης, προβλέπει «Οικοδομικές ή άλλες τεχνικής φύσεως μικρής κλίμακας εργασίες που πιθανόν θα απαιτηθούν για την τοποθέτηση του εξοπλισμού κάθε κατηγορίας, θα βαρύνουν αντίστοιχα την εταιρεία που θα προμηθεύσει τον εξοπλισμό» (βλ. σελ. 41 της Διακήρυξης). Παρόλα αυτά, στο σημείο 7, της σελίδας 46, και στο σημείο 20, της σελίδας 48, της Διακήρυξης προβλέπεται ότι «Να ληφθούν υπόψη οι χωροταξικές δυνατότητες του τμήματος σε σχέση με το συνοδό εξοπλισμό. Να κατατεθεί σχεδιάγραμμα τοποθέτησης του συστήματος στο χώρο του εργαστηρίου και η προμηθεύτρια εταιρεία να αναλάβει το κόστος εγκατάστασης». Υπάρχει συνεπώς, κατά τη προσφεύγουσα, προφανής ασάφεια και αντίφαση των παραπάνω προδιαγραφών σχετικά με το ποιες είναι οι χωροταξικές δυνατότητες του τμήματος. Κυρίως, όμως, υπάρχει προφανής αντίφαση των παραπάνω προδιαγραφών, καθώς, καίτοι στην πρώτη προδιαγραφή επιτρέπονται οικοδομικές μικρής φύσης εργασίες (χωρίς να ορίζεται ποιες είναι), στις άλλες προδιαγραφές ζητείται να ληφθούν υπόψιν

Αριθμός απόφασης: A 322 / 2019

οι υφιστάμενες χωροταξικές δυνατότητες του τμήματος και μόνο αυτές, χωρίς, συνεπώς, να είναι επιτρεπτή οιασδήποτε φύσης εργασία. Η Διακήρυξη, στο σημείο 5 των προδιαγραφών του συστήματος αναλυτών του Μέρους Β του Παραρτήματος Ι- Αντικείμενο της Σύμβασης- Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης, προβλέπει «Πρέπει να παραχωρηθούν οι αναγκαίες μονάδες αδιάλειπτου τροφοδοτικού (UPS) ώστε να εξασφαλίζεται η ομαλή και αδιάλειπτη λειτουργία του προαναλυτικού και αναλυτικού συστήματος συμπεριλαμβανομένων των ΗΥ παρακολούθησης των αναλυτικών συστημάτων και των ΗΥ επικύρωσης αποτελεσμάτων» (βλ. σελίδα 42 της Διακήρυξης). Η παραπάνω προδιαγραφή χαρακτηρίζεται από προφανή ασάφεια, καθώς δεν προσδιορίζεται ο χρόνος για τον οποίο θα πρέπει να υποστηρίζονται τα συστήματα από το UPS, προκειμένου να είναι αντικειμενικά προσδιορισμένο συγκεκριμένο μέγεθος ως σημείο αναφοράς για τον έλεγχο των προσφορών. Υπάρχει μόνο μία προδήλως αόριστη αναφορά: «ώστε να εξασφαλίζεται η ομαλή και αδιάλειπτη λειτουργία του προαναλυτικού και αναλυτικού. Το κόστος δε του προσφερόμενου UPS εξαρτάται άμεσα από τον παραπάνω χρόνο υποστήριξης. Η Διακήρυξη, στο σημείο 9 των προδιαγραφών του συστήματος αναλυτών του Μέρους Β του Παραρτήματος Ι- Αντικείμενο της Σύμβασης- Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης, προβλέπει «Η ανταπόκριση σε κλήση βλάβης να πραγματοποιείται εντός ολίγων ωρών, μέσα στο ίδιο 24ωρο, μη εξαιρουμένων των ημερών αργίας και των νυχτερινών ωρών» (βλ. σελίδα 42 της Διακήρυξης). Η παραπάνω προδιαγραφή χαρακτηρίζεται από προφανή ασάφεια, καθώς δεν προσδιορίζεται ο χρόνος ανταπόκρισης σε περίπτωση βλάβης. Μάλιστα, η ασάφεια αυτή δημιουργεί και συνθήκες στρέβλωσης, εφόσον με δεδομένο ότι πρέπει η αποκατάσταση της βλάβης να λαμβάνει χώρα μέσα στο ίδιο «24ωρο», υπάρχει το ενδεχόμενο, εάν η βλάβη παρουσιαστεί στις 23:50, μέσα σε δέκα (10) λεπτά να πρέπει να αποκατασταθεί, πράγμα τεχνικά αντικειμενικά αδύνατον και ενώ η ίδια η Διακήρυξη προβλέπει διάστημα αποκατάσταση «ολίγων ωρών». Η Διακήρυξη, στο σημείο 2 των προδιαγραφών του προαναλυτικού συστήματος του Μέρους Β του Παραρτήματος Ι- Αντικείμενο της Σύμβασης- Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης, προβλέπει «Να είναι ανοιχτής αρχιτεκτονικής,

Αριθμός απόφασης: A 322 / 2019

όσον αφορά στο σχεδιασμό του, ώστε να είναι επεκτάσιμο, διαμορφώσιμο και ευέλικτο στο να ικανοποιεί τις μεταβαλλόμενες ανάγκες του εργαστηρίου» (βλ. σελίδα 45 της Διακήρυξης). Η παραπάνω προδιαγραφή χαρακτηρίζεται από προφανή ασάφεια, καθώς δεν προσδιορίζεται η έννοια της ανοικτής αρχιτεκτονικής, ήτοι χωροταξικά ή ποιοτικά; Και αν εννοείται ποιοτικά, πως ακριβώς αυτό εξειδικεύεται; Πχ. Με δυνατότητα σύνδεσης αναλυτών διαφορετικών εταιριών (φυσικής ή εικονικής;), με δυνατότητα προσθήκης επιπλέον προαναλυτικών υπομονάδων, με δυνατότητα αναβάθμισης των υπάρχοντων κτλ. Η Διακήρυξη, στο σημείο 6 των προδιαγραφών του προαναλυτικού συστήματος του Μέρους Β του Παραρτήματος Ι- Αντικείμενο της Σύμβασης- Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης, προβλέπει «Να δοθεί περίπτωση εφαρμογής με ανάλυση ροής εργασιών και χρόνου ολοκλήρωσής τους, για την εκτέλεση όλων των αναλύσεων του πίνακα Α1 για δείγμα που τις συμπεριλαμβάνει όλες» (βλ. σελίδα 46 της Διακήρυξης). Η παραπάνω προδιαγραφή χαρακτηρίζεται από προφανή ασάφεια, καθώς δεν προσδιορίζεται τι ακριβώς θα αξιολογηθεί επί ποινή αποκλεισμού. Με άλλα λόγια, εάν δοθεί μία περίπτωση θεωρητικής εφαρμογής, η προσφορά θα είναι παραδεκτή; Θα είναι εξίσου παραδεκτή με μία προσφορά που θα υποβληθεί περίπτωση δοκιμασμένης στην πράξη εφαρμογής; Η ασάφεια αυτή εντείνεται από το γεγονός ότι ο πίνακας Α1 της Διακήρυξης περιέχει 53 εξετάσεις οι οποίες πραγματοποιούνται σε διαφορετικό τύπο δείγματος (λ.χ. GLU σε ορό, HBA1C σε Ολικό αίμα, Μικροαλβουμίνη Ούρων σε Ούρα). Συνεπώς, όλες οι αναλύσεις δεν μπορούν να πραγματοποιηθούν από ένα δείγμα όπως ζητά η προδιαγραφή. Η προδιαγραφή ζητά κάτι το οποίο είναι αδύνατο, ως προς τις εξετάσεις του πίνακα Α1 της Διακήρυξης. Η Διακήρυξη, στο σημείο 2 των προδιαγραφών του αναλυτικού συστήματος του Μέρους Β του Παραρτήματος Ι- Αντικείμενο της Σύμβασης- Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης, προβλέπει «Ο χρόνος της μειωμένης παραγωγικότητας λόγω τεχνικής βλάβης να μην υπερβαίνει ετησίως τις 48 ώρες και να δοθεί πλήρης τεχνική περιγραφή του τρόπου διασφάλισης του 50% τουλάχιστον της ζητούμενης παραγωγικότητας του συστήματος» (βλ. σελ. 46 της Διακήρυξης). Παρόλα αυτά, στο σημείο 17, της σελίδας 48, της Διακήρυξης προβλέπεται «Να περιγραφεί αναλυτικά σενάριο βλάβης στο σύστημα ώστε να καλύπτεται η

Αριθμός απόφασης: Α 322 / 2019

παραγωγικότητα του εργαστηρίου και να διασφαλίζεται σε κάθε περίπτωση η συνέχιση εκτέλεσης των αναλύσεων». Υπάρχει προφανής ασάφεια και αντίφαση των παραπάνω προδιαγραφών. Και τούτο, διότι, ενώ με την πρώτη ζητείται η διασφάλιση του 50% της παραγωγικότητας, στη δεύτερη η φράση «ώστε να καλύπτεται η παραγωγικότητα του εργαστηρίου» μπορεί να ερμηνευθεί ως απαίτηση κάλυψης του 100% της παραγωγικότητας. Για κάθε μία από τις ανωτέρω διαφορετικές περιπτώσεις χρειάζεται να προσφερθεί ο αντίστοιχος εξοπλισμός και δεν είναι σαφές το ποια περίπτωση θα πρέπει να υπολογισθεί για τον σκοπό αυτό. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εν προκειμένω παραβιάζεται το άρθρο 49 του Ν.4412/2016. Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρθρο 6.1.1 της Διακήρυξης «...Ο ανάδοχος είναι υποχρεωμένος να παραδώσει τον απαιτούμενο συνοδό εξοπλισμό έτοιμο για πλήρη λειτουργία σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι εντός δεκαπέντε (15) εργάσιμων ημερών από την υπογραφή της σύμβασης...». Στο δε σημείο 3 των προδιαγραφών του συστήματος αναλυτών του Μέρους Β του Παραρτήματος Ι- Αντικείμενο της Σύμβασης- Τεχνικές Προδιαγραφές της Διακήρυξης, προβλέπεται ότι «...Κάθε αναλυτής θα πρέπει να είναι καινούργιος, αμεταχειρίστος...». Με άλλα λόγια, η Διακήρυξη, καίτοι προβλέπει ότι ο προς παράδοση συνοδός εξοπλισμός πρέπει να είναι καινούργιος και αμεταχειρίστος, επιβάλλει η παράδοση αυτού να γίνει μόλις σε δέκα πέντε (15) εργάσιμες ημέρες από την υπογραφή της σύμβασης, δηλαδή χρονικό διάστημα που, κατά τη συνήθη συναλλακτική πρακτική, δεν επαρκεί για καμία παράδοση τέτοιου εξοπλισμού. Είναι χαρακτηριστικό ότι, με βάση τα ιστορικά στοιχεία της προσφεύγουσας εταιρίας, τέτοιου τύπου εξοπλισμοί (όχι μόνο αυτούς που εμπορεύεται η ίδια, αλλά γενικώς όλοι όσοι υπάρχουν στο εμπόριο) παραδίδονται, συνήθως, σε διάστημα 15 - 20 εργάσιμων ημερών από την παραγγελία τους. Συνεπώς, είναι αντικειμενικά αδύνατον να ικανοποιηθεί στην πράξη ο παραπάνω όρος της Διακήρυξης. Άλλωστε, δεν είναι δυνατόν να γίνει η παραγγελία πριν από τη σύναψη της σχετικής σύμβασης, διότι το προσφερόμενο προαναλυτικό σύστημα θα πρέπει να κατασκευαστεί εξειδικευμένα, σύμφωνα με τις ανάγκες του εργαστηρίου της Αναθέτουσας Αρχής και, συνεπώς, κατά τα συναλλακτικά ήθη, η παραγγελία του γίνεται μετά την υπογραφή της σύμβασης, όταν,

Αριθμός απόφασης: Α 322 / 2019

δηλαδή, είναι βέβαιη η παράδοση αυτού από τον συγκεκριμένο ανάδοχο. Ενόψει, όμως, των παραπάνω, η παράδοση του εξοπλισμού, σε πλήρη λειτουργία (παράδοσή του, εγκατάσταση στο νοσοκομείο και εκπαίδευση του προσωπικού) δεν γίνεται να πραγματοποιηθεί σε τόσο μικρό χρονικό διάστημα, καθώς, κατά τα προαναφερθέντα, δέκα πέντε (15) εργάσιμες ημέρες χρειάζονται μόνο για την παράδοση του εξοπλισμού στην ανάδοχο εταιρία από τον κατασκευαστή. Τέλος, σε κάθε περίπτωση, εφόσον, κατά τα προαναφερθέντα, τα διάστημα των δέκα πέντε (15) εργάσιμων ημερών είναι αντικειμενικά αδύνατον να εφαρμοστεί, σύμφωνα με τα συναλλακτικά ήθη που επικρατούν στην οικεία αγορά, ο παραπάνω όρος της Διακήρυξης είναι και προδήλως παράνομος, διότι η Αναθέτουσα Αρχή ουδόλως επικαλείται συγκεκριμένες επείγουσες ανάγκες οι οποίες θα δικαιολογούσαν - ενδεχομένως- μία τέτοια, ενάντια στα συναλλακτικά ήθη, επιλογή. Είναι δε γνωστό ότι τέτοιες επείγουσες ανάγκες δεν υπάρχουν, εφόσον, σήμερα, οι ανάγκες της Αναθέτουσας Αρχής εξυπηρετούνται κανονικά από υπάρχοντες αναλυτές, που λειτουργούν προσηκόντως.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής καθώς, όπως δηλώνει, επιθυμεί να συμμετάσχει στον υπό κρίση διαγωνισμό και, όπως ισχυρίζεται, πληροί όλες τις προϋποθέσεις συμμετοχής που ορίζονται στη Διακήρυξη και δεν προσβάλλονται με την υπό κρίση προσφυγή.

7. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368»*

Αριθμός απόφασης: Α 322 / 2019

8. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων»

9. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

10. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

11. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του

Αριθμός απόφασης: Α 322 / 2019

ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των 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.

12. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

13. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε κριθεί από την ΑΕΠΠ, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προκείμενης προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντος φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των εν δυνάμει

Αριθμός απόφασης: Α 322 / 2019

υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

15. Επειδή, κατόπιν τούτων, η παρούσα προσφυγή δεν προβάλλει προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη.

16. Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προσφυγής λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που κριθεί με την οριστική απόφαση ότι η προσβαλλομένη πρέπει να ακυρωθεί.

17. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλομένης έως την έκδοση αποφάσεως επί της προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί εκάστης προσφυγής, διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα την πρόοδο της διαδικασίας, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για την ταχεία πρόοδο αυτής.

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

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

Αριθμός απόφασης: Α 322 / 2019

Αναστέλλει την εκτέλεση της προσβαλλόμενης διακήρυξης και δη την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 12 Ιουλίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κατσίκα