

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 30.01.2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 20.01.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 58/21-01-2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στο, οδός αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου «.....», που εδρεύει στην, οδός ... αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αρ. 866/19.12.2019 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της ως άνω αναθέτουσας αρχής (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη»), με την οποία εγκρίθηκαν το από 16-7-2019 πρακτικό αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών και το από 16-12-2019 πρακτικό αποσφράγισης και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών αναφορικά με την υπ' αρ. ... Διακήρυξη για την προμήθεια «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΚΑΙ ΑΝΑΛΩΣΙΜΩΝ ΓΙΑ ΑΥΤΟΜΑΤΟΥΣ ΑΙΜΑΤΟΛΟΓΙΚΟΥΣ ΑΝΑΛΥΤΕΣ ΜΕ ΤΑΥΤΟΧΡΟΝΗ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗ ΣΥΝΟΔΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ «.....», κατά το μέρος με το οποίο αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας για την Ομάδα 1 του διαγωνισμού, «Εξετάσεις αναλυτών 23 παραμέτρων». Ετέρωθεν, η

Αριθμός απόφασης: Α 44 / 2020

προσφεύγουσα αιτείται όπως εκδοθεί πράξη αναστολής της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης και ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 670,00 ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης και για το τμήμα της διακήρυξης σχετικά με το οποίο ασκείται η παρούσα Προδικαστική Προσφυγή, ήτοι για την Ομάδα 1, προϋπολογισθείσας αξίας άνευ Φ.Π.Α. 87.460,98 ευρώ. Εντούτοις, το νομίμως απαιτούμενο παράβολο, το οποίο και θα πρέπει να υπολογιστεί με βάση τον προϋπολογισμό για την Ομάδα 1, ανέρχεται σε 600,00 ευρώ, δεδομένου ότι κατά τις προδιαληφθείσες διατάξεις αυτό συνιστά το κατώτατο ύψος ποσού παραβόλου σε περίπτωση που το προς καταβολή ποσό παραβόλου υπολείπεται του ελάχιστου αυτού νομίμου ορίου, ως εν προκειμένω ($87.460,98 \times 0,50\% = 437,30$). Στην υπό εξέταση περίπτωση και δεδομένου ότι καταβλήθηκε παράβολο ποσού 670 ευρώ, το, επί πλέον του νομίμου, καταβληθέν παράβολο ποσού 70,00 ευρώ ($670,00 - 600,00$) θα πρέπει να αφαιρεθεί από το ποσό που έχει δεσμευθεί από την Α.Ε.Π.Π. και να επιστραφεί στην προσφεύγουσα με την οριστική απόφαση, αφού σε περίπτωση απορρίψεως της Προσφυγής της το ποσόν του παραβόλου που καταπίπτει, ανέρχεται σε 600,00€ ευρώ (πρβλ ΣτΕ Ε.Α. 184/2017, Α.Ε.Π.Π. 175/2017, 358/2018).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. 19/2019 Διακήρυξη του Γ.Ν. «.....», προκηρύχθηκε η διενέργεια δημόσιου, ανοικτού, κάτω των ορίων, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια

Αριθμός απόφασης: Α 44 / 2020

αντιδραστηρίων και αναλώσιμων για αυτόματους αιματολογικούς αναλυτές με ταυτόχρονη παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού για τις ανάγκες του άνω Νοσοκομείου, εκτιμώμενης αξίας 82.791,0127 με Φ.Π.Α. 24% και δικαίωμα προαίρεσης ποσού 82.791,0127€ με Φ.Π.Α. 24%, ήτοι συνολικής εκτιμώμενης αξίας 165.582,0254€ με Φ.Π.Α. 24%, με κριτήριο ανάθεσης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), η οποία διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 21.6.2019 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) όπου και έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό Η προκείμενη σύμβαση υποδιαιρείται σε δύο ομάδες, ήτοι: Ομάδα 1: Εξετάσεις αναλυτών 23 παραμέτρων εκτιμώμενης αξίας με ΦΠΑ 24% 108.451,6152 ευρώ, εφόσον ενεργοποιηθεί το δικαίωμα προαίρεσης, ήτοι παράτασης της σύμβασης για ένα επιπλέον έτος και Ομάδα 2: Εξετάσεις αναλυτών αιμόστασης εκτιμώμενης αξίας με ΦΠΑ 24% 57.130,4102 ευρώ, εφόσον ενεργοποιηθεί το δικαίωμα προαίρεσης, ήτοι παράτασης της σύμβασης για ένα επιπλέον έτος. Σύμφωνα με τους όρους της ως άνω διακήρυξης, προσφορές υποβάλλονται για μία ομάδα εξετάσεων ή και όλες τις ομάδες εξετάσεων της προμήθειας, για τη συνολική ωστόσο προκηρυχθείσα ποσότητα κάθε ομάδας. Κριτήριο ανάθεσης είναι αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής ανά ομάδα εξετάσεων, ήτοι η κατακύρωση γίνεται στον ανάδοχο με τη χαμηλότερη τιμή στο σύνολο των υπό προμήθεια ειδών ανά ομάδα. Αναλυτική, τέλος, περιγραφή και τεχνικές προδιαγραφές του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης δίδονται στα Παραρτήματα Ι και ΙΙ αντίστοιχα της οικείας διακήρυξης.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικείμενου του (προμήθεια), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, που αποτελεί μη κεντρική κυβερνητική αρχή ανήκουσα στη Γενική Κυβέρνηση, της ανωτέρω αναφερόμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης του υπό κρίση διαγωνισμού (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου δημοσίευσης (21.6.2019) της προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και

Αριθμός απόφασης: Α 44 / 2020

379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό εξέταση Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 (α) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (α) του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 08.01.2020, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής, και η προθεσμία έληγε στις 18.01.2020, ημέρα Σάββατο, κατά Νόμον εξαιρετέα και συνεπώς παρατάθηκε για την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας (βλ. Α.Ε.Π.Π. 567/2018, 524/2018, 330/2018, 175/2017), ήτοι τη Δευτέρα 20.01.2020, οπότε και ασκήθηκε η υπό κρίση Προσφυγή.

4. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «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 ...». Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017). Περαιτέρω, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η

Αριθμός απόφασης: Α 44 / 2020

δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

5. Επειδή, η προσφεύγουσα με πρόδηλο έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προσφυγή της αφού συμμετείχε στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία για την Ομάδα εξετάσεων 1, «Εξετάσεις αναλυτών 23 παραμέτρων», υποβάλλοντας την προσφορά της, η οποία παρανόμως, ως ισχυρίζεται, απορρίφθηκε για την εν λόγω ομάδα εξετάσεων, κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα στην Προσφυγή της. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αιτιολογία της προσβαλλομένης ότι «...ενώ από τη διακήρυξη ζητούνται στην παράγραφο των Ειδικών Όρων: "12. Να προσφερθούν όλα τα απαραίτητα αντιδραστήρια, controls, calibrators και αναλώσιμα που απαιτούνται για τη διενέργεια του συνόλου των εξετάσεων του παρόντος Τμήματος.", οι προσφερόμενες ποσότητες των controls δεν καλύπτουν το σύνολο των ποσοτήτων που απαιτούνται. Για τη διενέργεια των εξετάσεων, ως απαραίτητα controls νοούνται τα controls και των τριών επιπέδων (low, normal, high) σύμφωνα με τις απαιτήσεις της ιατρικής αλλά και των προτύπων του EN ISO 9001/2015 που ακολουθεί το Νοσοκομείο μας. Η προσφορά της εταιρείας περιλαμβάνει 53 συσκευασίες από το control Level2 ενώ θα έπρεπε, σύμφωνα με τα παραπάνω, να προσφερθούν από 53 συσκευασίες και των επιπέδων Level1 & Level3...» είναι μη νόμιμη, διότι με την τεχνική προσφορά της, η προσφεύγουσα, δήλωσε ως απαραίτητο πρότυπο παρασκεύασμα ελέγχου (control) για τον προσφερόμενο από αυτήν αναλυτή μόνο ένα επίπεδο ελέγχου, το φυσιολογικό (normal), δηλαδή το ΧΝ CHECK LEVEL 2, για το οποίο προσέφερε και τον απαιτούμενο αριθμό συσκευασιών, αφού δεν υποχρεούτο, ως ισχυρίζεται, να προσφέρει και άλλα δύο επίπεδα ελέγχου (low και high), καθώς ουδεμία τέτοια απαίτηση της ιατρικής είχε αποτυπωθεί στη Διακήρυξη, ούτε υφίσταται τέτοια απαίτηση κατά την ιατρική επιστήμη, ούτε, δε, προβλεπόταν από τη Διακήρυξη ότι η αναθέτουσα αρχή, ως αυτή ισχυρίζεται στην άνω αιτιολογία της προσβαλλομένης, ακολουθεί τα πρότυπα EN ISO 9001/2015, ώστε αυτά να είναι δεσμευτικά σύμφωνα με το άρθρο 54 του Ν. 4412/2016. Σε κάθε

Αριθμός απόφασης: Α 44 / 2020

περίπτωση, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η τεχνική προσφορά της δεν ήταν απορριπτέα διότι είχε υποβάλει τις από 04.7.2019 και 05.7.2019 Υπεύθυνες Δηλώσεις της με τις οποίες δήλωσε, μεταξύ άλλων, ότι: «...Αναλώσιμα, αντιδραστήρια και λοιπά υλικά που δεν περιλαμβάνονται στους αναλυτικούς πίνακες κόστους εξετάσεων της προσφοράς μας και τυχόν απαιτηθούν κατά τη διάρκεια της σύμβασης για τη λειτουργία του αναλυτικού συστήματος θα παραδίδονται στο Νοσοκομείο χωρίς επιβάρυνση...» και, συνεπώς, μη νομίμως απερρίφθη η προσφορά της κατά παράβαση του γράμματος της Διακήρυξης καθώς και των γενικών αρχών της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης που διέπουν τον Διαγωνισμό.

6. Επειδή, η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, κατά τα προλεχθέντα, ενώ, περαιτέρω, η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, αφού, ως ισχυρίζεται, μη συννόμως απερρίφθη η προσφορά της, οι, δε, προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη διά της προσβαλλόμενης και με την κρίση της αναθέτουσας αρχής επί των υποβληθέντων δικαιολογητικών συμμετοχής των συμμετεχόντων, χρήζει ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχει δε τεχνική κρίση που δεν μπορεί να συναχθεί στα στενά χρονικά πλαίσια της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

7. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας και της αναθέτουσας αρχής εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και ειδικότερα σε περίπτωση τυχόν ακύρωσης της προσβαλλόμενης είναι πρόδηλη και μη αμελητέα, αφού θα έχει ως αποτέλεσμα την ακύρωση των επόμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής για τον υπό κρίση διαγωνισμό, οδηγώντας σε καθυστέρηση της ανάθεσης της υπόψη προμήθειας, πολλώ δε μάλλον που, εν προκειμένω, δεδομένης και της απορρίψεως της τεχνικής προσφοράς και του μοναδικού έτερου συμμετέχοντος για την εν λόγω ομάδα εξετάσεων της προμήθειας οικονομικού φορέα «.....», η επόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής θα

Αριθμός απόφασης: Α 44 / 2020

είναι η ματαίωση και η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού για την εν λόγω ομάδα για το οποίο θα έχει καταστεί άγονος.

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (σκ. 4), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού και το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας για την ομάδα 1 και η παύση κάθε άλλης ενέργειας της αναθέτουσας αρχής.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αρ. 19-2019 Διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείου«.....» για την προμήθεια «ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΚΑΙ ΑΝΑΛΩΣΙΜΩΝ ΓΙΑ ΑΥΤΟΜΑΤΟΥΣ ΑΙΜΑΤΟΛΟΓΙΚΟΥΣ ΑΝΑΛΥΤΕΣ ΜΕ ΤΑΥΤΟΧΡΟΝΗ ΠΑΡΑΧΩΡΗΣΗ ΣΥΝΟΔΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ «.....», για την Ομάδα 1, «Εξετάσεις αναλυτών 23 παραμέτρων», και ορίζει ως κατάλληλο μέτρο την παύση κάθε περαιτέρω ενέργειας την αναθέτουσας αρχής για τον διαγωνισμό αυτόν, μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης από την Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 30 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον ίδιο τόπο.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: Α 44 / 2020

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Ελ. Γιάννακα

α/α

Βασιλική Ευαγ. Κωστή