

Αριθμός απόφασης: Α 431 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 12 Σεπτεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης - Εισηγητής - δυνάμει της με αριθμό 1396/2019 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) 1086/04-09-2019, της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στο, επί της οδού, όπως νομίμως εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα» ή «.....»)

Κατά του, που εδρεύει στην, επί της οδού (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ» ή «.....») και κατά όρων της με αρ. πρωτ. διακήρυξης δημόσιου ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, που διενεργεί ο, με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου/ων της προμήθειας που έχει ως σκοπό την κάλυψη των εργαστηριακών εξετάσεων με τις οποίες επιτυγχάνεται η εργαστηριακή παρακολούθηση των HIV οροθετικών ασθενών, στο πλαίσιο του έργου με ΚΕ 15325 «.....», της, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 451.838,71€, χωρίς ΦΠΑ και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής ανά είδος (εφεξής «προσβαλλόμενη διακήρυξη» ή «διακήρυξη»), για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: Α 431 / 2019

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ομε την προσβαλλόμενη διακήρυξή του, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) με ΑΔΑΜ: καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε συστημικό αριθμό, προκήρυξε τον ελεγχόμενο διαγωνισμό. Το αντικείμενο αυτού, ειδικότερα αφορά τα είδη, 1) συνολικής εκτιμώμενης αξίας είδους άνευ ΦΠΑ 5.000,00€, 2), συνολικής εκτιμώμενης αξίας είδους άνευ ΦΠΑ 3.000,00€, 3) συνολικής εκτιμώμενης αξίας είδους άνευ ΦΠΑ 392.338,71€ και 4), συνολικής εκτιμώμενης αξίας είδους άνευ ΦΠΑ 51.500,00€. Προσφορές ορίζεται ότι υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα ή για το σύνολο των ειδών της διακήρυξης και στην ποσότητα που ορίζεται σε αυτήν. Οι οικονομικές προσφορές δεν πρέπει να υπερβαίνουν τον εκτιμώμενο ανά είδος προϋπολογισμό, καθώς και το συνολικό προϋπολογισμό της σύμβασης, όπως αυτός ορίζεται στο κείμενο της διακήρυξης. Κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής ανά είδος, η οποία εκτιμάται βάσει των κάτωθι κριτηρίων: α) για τα είδη με α/α 1 και 2, Κ1 Συμφωνία του προσφερόμενου προϊόντος με τις τεχνικές προδιαγραφές, Κ2 Χρόνος Παράδοσης, και β) για τα είδη με α/α 3 και 4, Κ3 Συμφωνία του προσφερόμενου προϊόντος με τις τεχνικές προδιαγραφές, Κ4 Υπηρεσίες εκπαίδευσης προσωπικού, Κ5 Τεχνική Υποστήριξη και Κ6 Χρόνος παράδοσης, με τους στη διακήρυξη βαθμούς και συντελεστές βαρύτητας ανά κριτήριο. Στο Παράρτημα ΙΙΙ, εξάλλου, της διακήρυξης περιελήφθησαν οι Απαιτήσεις – Τεχνικές προδιαγραφές κάθε είδους και συνολικά της προμήθειας. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, τέλος, είχε οριστεί η 5^η Σεπτεμβρίου 2019 και ώρα 13:00, η υποβολή τους ωστόσο ανεστάλη, δυνάμει της Α391/2019 Απόφασης της

Αριθμός απόφασης: Α 431 / 2019

ΑΕΠΠ (2^ο Κλιμάκιο). Κατά όρων της διακήρυξης αυτής του η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική της προσφυγή.

2. Επειδή, με την εν λόγω προδικαστική προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 04-09-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, πέραν του αιτήματός της να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης κατά τις ειδικές στην προσφυγή της αιτιάσεις και με τα σε αυτήν ειδικότερα αιτήματα, η προσφεύγουσα αιτείται και να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, (451.838,71€), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, που αποτελεί κεντρική κυβερνητική αρχή και ανήκει στη Γενική Κυβέρνηση (Υποτομέα Κεντρικής Κυβέρνησης), της δραστηριότητας που ασκεί, που είναι η διαχείριση και αξιοποίηση των κονδυλίων επιστημονικής έρευνας, εκπαίδευσης, κατάρτισης, τεχνολογικής ανάπτυξης και καινοτομίας, καθώς και παροχής συναφών υπηρεσιών προς όφελος του, σύμφωνα με το άρθρο 50 του Ν. 4485/2017 και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (αποστολή προκήρυξης της σύμβασης για δημοσίευση στην επίσημη εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 01-08-2019), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται δε συναφώς και στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, από τα αναρτημένα στοιχεία στην λειτουργικότητα της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α), η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πιθανολογείται ότι έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. γ' του ν.

Αριθμός απόφασης: Α 431 / 2019

4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. γ' του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 1.965,00 €, το οποίο μάλιστα υπερβαίνει το ύψος του καταβαλλόμενου ποσού κατά το ποσό των 3,31€ (=1.965-1961,69), σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 και 2 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προϋπολογισθείσα αξία του είδους 3, κατά των προδιαγραφών του οποίου ασκεί την προσφυγή της η προσφεύγουσα, ανέρχεται σε 392.338,71€, το οποίο (υπερβάλλον ποσό) καταβλήθηκε αχρεώστητα.

5. Επειδή, στην υπό εξέταση προσφυγή της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι αν και δραστηριοποιείται, μεταξύ άλλων, στην αγορά της πώλησης αντιδραστηρίων βιοχημικών εξετάσεων, όπως άλλωστε προβλέπει το άρθρο 2 του επισυνημένου στην προσφυγή της Καταστατικού, πωλεί δε τα προϊόντα της και παρέχει τις υπηρεσίες της σε ιδιωτικές εταιρίες και συμμετέχει, μόνη της ή ως μέλος ενώσεων εταιριών ή κοινοπραξιών, σε σχετικούς δημόσιους διαγωνισμούς που προκηρύσσονται κατά καιρούς από αναθέτουσες αρχές, ιδίως νοσοκομεία της χώρας, και μολονότι ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον επίμαχο διαγωνισμό ως προς τμήμα αυτού που αφορά το Είδος 3 [Ποσοτικός προσδιορισμός ιικού φορτίου του ιού επίκτητης ανοσοεπάρκειας του ανθρώπινου τύπου 1 HIV-1 (HIV-RNA)], εντούτοις πλημμέλειες της διακήρυξης δεν της επιτρέπουν να υποβάλει προσφορά και, σε κάθε περίπτωση, να υποβάλει την κατά τη γνώμη της βέλτιστη ανταγωνιστική προσφορά και να διαγωνιστεί με άλλους οικονομικούς φορείς επί τη βάσει ίσων όρων ανταγωνισμού. Συνακόλουθα, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017 βάλλει κατά όρων της διακήρυξης, δια των οποίων, κατά τους ισχυρισμούς της, αποκλείεται, άλλως δυσχεραίνεται ουσιωδώς η συμμετοχή της στο τμήμα 3 του διαγωνισμού, κατά παράβαση των επιταγών του ν. 4412/2016, για τους αναφερόμενους στην προσφυγή της λόγους.

Αριθμός απόφασης: Α 431 / 2019

6. Επειδή, η προσφεύγουσα, σε σχέση με το είδος υπό α/α 3 {Ποσοτικό προσδιορισμό ιικού φορτίου του ιού επίκτητης ανοσοανεπάρκειας του ανθρώπινου τύπου 1 HIV-1 (HIV-RNA)}, συγκεκριμένα ισχυρίζεται ότι η τεχνική προδιαγραφή 3.2.1: «Η εξέταση να είναι πιστοποιημένη για διαγνωστική χρήση και να φέρει την σήμανση (CE/IVD) και FDA», κατά το μέρος που εκτός της ευρωπαϊκής πιστοποίησης (IVD 98/79 EC) απαιτείται και πιστοποίηση από τον αμερικανικό οργανισμό FDA, 1) δεν εμπίπτει σε καμία κατηγορία από εκείνες που προβλέπει το άρθρο 54, παρ. 3, περ. β, του Ν. 4412/2016, ιδίως εφόσον το ζητούμενο πιστοποιητικό δεν συνδέεται με εθνικό, ούτε ευρωπαϊκό, ούτε διεθνές πρότυπο, ο επίμαχος δε όρος της παραπάνω τεχνικής προδιαγραφής είναι, σε κάθε περίπτωση παράνομος, διότι δε συνοδεύεται από τον όρο «ή ισοδύναμο», 2) παρανόμως απορρίπτει προϊόντα τα οποία, καίτοι φέρουν έγκριση CE, δεν μπορούν παραδεκτως να προσφερθούν στον διαγωνισμό, διότι δεν φέρουν επιπλέον έγκριση FDA, ούτε η επιπρόσθετη αυτή αξίωση, δικαιολογείται από λόγους που αφορούν τη δημόσια υγεία, αναφερόμενος στη διακήρυξη, παρόλο που τέτοια δυνατότητα δεν γίνεται δεκτή από τη νομολογία, 3) τέλος, δοθέντος ότι το μοναδικό προϊόν που κυκλοφορεί στην αγορά, το οποίο, αφενός, πληροί τις λοιπές προδιαγραφές που προβλέπει η Διακήρυξη για το Είδος 3, και, αφετέρου, διαθέτει έγκριση FDA είναι το προϊόνστο σύστημα της εταιρίας, η βαλλόμενη τεχνική προδιαγραφή τελικά, μη νόμιμα, «φωτογραφίζει» την τεχνική λύση που προσφέρεται αποκλειστικά από την εταιρία

7. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

8. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, η υπό εξέταση προσφυγή δεν είναι προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη, σε κάθε περίπτωση περιέχει συγκεκριμένους λόγους για τις πλημμέλειες των όρων της διακήρυξης

Αριθμός απόφασης: Α 431 / 2019

κατά των οποίων βάλλει. Η κρίση, ωστόσο, για τη βασιμότητά τους, απαιτεί ενδελεχή έρευνα, εμπεριέχει δε και τεχνική κρίση, που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9, 10, 20, 41, 46/2015).

9. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού του τόπου (α/α ΕΣΗΔΗΣ), προκύπτει ότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών των υποψηφίων συμμετεχόντων, έχει οριστεί στις 18-10-2019.

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 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 αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας που ορίστηκε με την με αριθμό Α391/2019 Απόφαση της ΑΕΠΠ (2^ο Κλιμάκιο) επί σχετικού αιτήματος που είχε σωρεύσει σε προδικαστική της προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της ίδιας αναθέτουσας αρχής και της ίδιας προσβαλλόμενης διακήρυξης στο πλαίσιο της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας, η επίσης ενδιαφερόμενη να συμμετάσχει στο διαγωνισμό, ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», προκύπτει ότι δεν υφίσταται, ούτε εικάζεται, ότι μπορεί να υποστεί ζημία η προσφεύγουσα από την τυχόν διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού αυτή δεν πρόκειται να λάβει χώρα μέχρις έκδοσης απόφασης από την ΑΕΠΠ επί των προσφυγών τόσο της εδώ προσφεύγουσας όσο και της άλλης, που βάσιμα πιθανολογείται ότι θα εκδοθούν κατά τον ίδιο χρόνο, δοθέντος ότι η εξέταση των δύο προσφυγών έχει οριστεί να γίνει από κοινού την 17-09-2019, η δε απόφαση επ' αυτών επιβάλλεται να εκδοθεί εντός αποκλειστικής προθεσμίας είκοσι ημερών από την εξέτασή τους (αρ. 18 παρ. 3 π.δ. 38/2017), ήτοι κατά χρόνο προγενέστερο

Αριθμός απόφασης: Α 431 / 2019

από την 18-10-2019, κατά την οποία ολοκληρώνεται η υποβολή προσφορών (σκ. 9).

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενο, πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 12 Σεπτεμβρίου 2019, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 13 Σεπτεμβρίου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κατσίκα