

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 20 Μαρτίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης – Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος - Εισηγήτρια και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος.

-Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή με ημερομηνία 22.07.2022 και ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1025/22.07.2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στα ..., οδός ... και ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, σε συμμόρφωση με την Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Κομοτηνής - Τμήμα Γ' Τριμελές με αρ. Α15/2023, η οποία εκδόθηκε για την αίτηση ακύρωσης – αναστολής με ΑΚ 99/2022 της ίδιας εταιρείας κατά της σιωπηρής απόρριψης της παραπάνω προσφυγής.

-Κατά του ..., (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

-Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), που εδρεύει στη ..., ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής με αριθμό 236/2022, κατά το μέρος αυτής με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της και έγινε αποδεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας για τα είδη με α/α 21 και 22.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: Σ427/2023

1. Για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του πδ 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία των ειδών με α/α 21 και 22 της σύμβασης, για τα οποία ασκείται η προσφυγή, ήτοι 18.760,00 ευρώ (15.400,00+3.360,00) μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.
2. Η αναθέτουσα αρχή με την Διακήρυξη με αριθμό .../2021 προκήρυξε ανοιχτό ηλεκτρονικό δημόσιο διαγωνισμό με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την «...» με εκτιμώμενη αξία 724.255,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου και του δικαιώματος προαίρεσης σύμφωνα με τις διατάξεις του ν. 4412/2016, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 09.12.2021 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό
3. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στις 22.07.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 17.07.2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.
4. Στις 27.07.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσου της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ προς τους ενδιαφερόμενους, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και το άρ. 9 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017.
5. Η παρεμβαίνουσα κατέθεσε παραδεκτά στις 29.07.2022 την Παρέμβασή της με όμοια ημερομηνία, την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε προς όλους τους ενδιαφερόμενους την ίδια ημέρα. Η αναθέτουσα αρχή απέστειλε εμπρόθεσμα στις 03.08.2022 προς την ΕΑΔΗΣΥ τις απόψεις της με αριθμό

Αριθμός Απόφασης: Σ427/2023

πρωτοκ. 13266/03.08.2022, τις οποίες κοινοποίησε την ίδια ημέρα προς όλους τους συμμετέχοντες. Η προσφεύγουσα κατέθεσε παραδεκτά στις 05.08.2022 το Υπόμνημά της με όμοια ημερομηνία για την απόρριψη των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την ίδια ημέρα προς όλους τους συμμετέχοντες.

6. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που το ... ασκεί ως αναθέτουσα αρχή και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και υπάγεται 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 άρθρο 345, παρ. 1 και άρθρου 379, παρ. 7 αυτού, όπως ισχύουν, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

7. Σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 του ν.4412/2016 και την παρ. 1 του άρθρου 3 του πδ 39/2017 προβλέπεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».*

8. Η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (Ε.Α. ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να

Αριθμός Απόφασης: Σ427/2023

εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν απαιτούμενα προσόντα για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό καθώς και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕλΣυν 70/2006). Σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαιικού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των «εν δυνάμει» υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων με ασφάλεια και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας.

9. Με τον πρώτο λόγο η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της απόρριψης της προσφοράς της για το είδος με α/α 21 «Συσκευές διπλής χορήγησης παρεντερικής διατροφής και φαρμάκων για υπάρχουσες αντλίες» και ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα κρίθηκε μη αποδεκτή με την αιτιολογία *«απορρίπτεται διότι δεν φέρει βαλβίδα διπλής χορήγησης»*. Ύστερα από την εξέταση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και του κανονιστικού πλαισίου της Διακήρυξης επί του παραπάνω λόγου προσφυγής γίνονται δεκτά τα εξής:

10. Στο Παράρτημα Ι της Διακήρυξης, στο οποίο περιλαμβάνονται οι τεχνικές προδιαγραφές για τα υπό προμήθεια είδη, το είδος με α/α 21 από την κατηγορία «Συσκευές» περιγράφεται ως εξής: *«Συσκευές διπλής χορήγησης παρεντερικής διατροφής και φαρμάκων για υπάρχουσες αντλίες»*. Προς απόδειξη της πλήρωσης των παραπάνω απαιτήσεων η προσφεύγουσα κατέθεσε με την προσφορά της το αρχείο με την ονομασία «... ΦΥΛΛΟ

Αριθμός Απόφασης: Σ427/2023

ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ_signed.pdf» σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα IV της Διακήρυξης, στο οποίο για το επίμαχο είδος δήλωσε τα εξής «Το προσφερόμενο είδος με ... είναι συσκευή διπλής χορήγησης παρεντερικής διατροφής και φαρμάκων (με χρήση δύο συσκευών χορήγησης και δύο ηλεκτρονικών ογκομετρικών αντλιών ... για υπάρχουσες αντλίες (ηλεκτρονικές ογκομετρικές αντλίες ... ως συνοδός εξοπλισμός» και παρέπεμψε στο τεχνικό φυλλάδιο του προσφερόμενου είδους (βλ. αρχείο με την ονομασία «Β ΣΥΣΚΕΥΕΣ αα 21 αα 22 ΣΥΝΟΔΟΣ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣpdf»).

11. Μετά την αξιολόγηση της προσφοράς της προσφεύγουσας η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι πρέπει να απορριφθεί, για το λόγο ότι το προσφερόμενο είδος δεν πληροί τις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές με την παραπάνω αιτιολογία, στις δε απόψεις που κατέθεσε επί της κρινόμενης προσφυγής, συμπληρώνοντας την αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασης, αναφέρει τα εξής: «στην τεχνική προσφορά της εταιρείας ... (σελ. 7-8) όπου αναφέρονται όλα τα τεχνικά χαρακτηριστικά των συσκευών (...) και των αντλιών που προσφέρει ως συνοδό εξοπλισμό, δεν αναφέρεται πουθενά η διπλή έγχυση - χορήγηση. Επίσης κατά την αξιολόγηση του δείγματος που κατατέθηκε από την εταιρεία ... δεν διαπιστώθηκε ότι διαθέτει διπλές βαλβίδες έγχυσης- χορήγησης. Για το λόγο αυτό και με αυτήν την αιτιολογία απορρίφθηκε από την επιτροπή αξιολόγησης. Επίσης, στον πίνακα συμμόρφωσης της προσφεύγουσας, στη σελίδα 27, στο πεδίο Παραπομπή αναφέρεται: «Το προσφερόμενο είδος με ... είναι συσκευή διπλής χορήγησης παρεντερικής διατροφής και φαρμάκων (με χρήση δύο συσκευών χορήγησης και δύο ηλεκτρονικών ογκομετρικών αντλιών ... για υπάρχουσες αντλίες (ηλεκτρονικές ογκομετρικές αντλίες ... ως συνοδός εξοπλισμός). Επομένως, η επιτροπή ορθώς συμπέρανε ότι η συσκευή που προσφέρει η προσφεύγουσα δεν έχει τη δυνατότητα ταυτόχρονης διπλής χορήγησης, εφόσον με σαφήνεια αναφέρεται «με χρήση δύο συσκευών χορήγησης και δύο ηλεκτρονικών ογκομετρικών αντλιών ...».

12. Η παραπάνω κρίση της αναθέτουσας αρχής είναι νόμιμη και ορθά οδήγησε στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας. Και αυτό γιατί πράγματι

Αριθμός Απόφασης: Σ427/2023

κατά τη διατύπωση της επίμαχης τεχνικής προδιαγραφής ο επιθετικός προσδιορισμός «διπλής» αφορά τη λειτουργία της συσκευής χορήγησης παρεντερικής διατροφής και φαρμάκων, με αποτέλεσμα να δίνεται εύλογα η πεποίθηση ότι η αναθέτουσα αρχή αποσκοπεί στην προμήθεια **μιας** συσκευής, με την οποία θα χορηγείται στους ασθενείς τόσο η παρεντερική διατροφή όσο και τα φάρμακα **κατά τον ίδιο χρόνο**. Ο δε πληθυντικός αριθμός στη λέξη «συσκευές» αφορά την ποσότητα των υπό προμήθεια τεμαχίων, τα οποία από τη διακήρυξη έχουν ορισθεί 2.000, και όχι το διακριτό ρόλο αυτών ως περισσότερων συσκευών για την ίδια λειτουργία. Επομένως, αν και πράγματι στη διακήρυξη δεν περιλαμβάνεται στις τεχνικές προδιαγραφές η ύπαρξη «βαλβίδας» διπλής χορήγησης, ορθά η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, καθώς η προσφερόμενη συσκευή, όπως περιγράφεται στο φύλλο συμμόρφωσης και τα τεχνικά φυλλάδια, δεν αποτελεί μια συσκευή που προορίζεται για την ταυτόχρονη χορήγηση παρεντερικής διατροφής και φαρμάκων, αλλά επιτυγχάνει τις λειτουργίες αυτές με δύο ξεχωριστές συσκευές. Κατόπιν των παραπάνω, ο πρώτος λόγος προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος.

13. Με το δεύτερο λόγο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα κρίθηκε απορριπτέα η προσφορά της για το είδος με α/α 22 «Συσκευές διπλής χορήγησης νιτρικών φαρμάκων» με την αιτιολογία ότι το προσφερόμενο είδος «*δεν μπορεί να συνδεθεί με τις υπάρχουσες αντλίες*». Μετά τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης επί του παραπάνω λόγου προσφυγής λεκτέα τα εξής:

14. Το είδος με α/α 22 από την κατηγορία «Συσκευές» σύμφωνα με το παράρτημα Ι της Διακήρυξης περιγράφεται ως εξής «Συσκευές διπλής χορήγησης νιτρικών φαρμάκων για υπάρχουσες αντλίες». Η προσφορά της προσφεύγουσας για το επίμαχο είδος απορρίφθηκε με την αιτιολογία «*απορρίπτεται γιατί δεν μπορεί να συνδεθεί με τις υπάρχουσες αντλίες*», για την οποία η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν είναι νόμιμη, καθώς δεν αναφέρεται ποιες είναι οι «υπάρχουσες» αντλίες και επίσης εξ όσων της είναι γνωστό

Αριθμός Απόφασης: Σ427/2023

υπάρχουν αντλίες περισσότερες του ενός κατασκευαστών ορισμένες εκ των οποίων δεν είναι ιδιοκτησίας του ... αλλά συνοδός εξοπλισμός από λήξασες συμβάσεις.

15. Ο παραπάνω ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί του ότι στον εξοπλισμό της αναθέτουσας αρχής περιλαμβάνονται αντλίες περισσότερων κατασκευαστών, τις οποίες μάλιστα έχει προμηθευτεί από προηγούμενες συμβάσεις απορρίπτεται ως αόριστος, καθώς δεν σχετίζεται με την υποστήριξη του προσφερόμενου από αυτήν είδους. Ο δε ισχυρισμός, κατά τον οποίο η προσφορά της δεν έπρεπε να απορριφθεί λόγω του ότι δεν μπορεί να συνδεθεί με τις υπάρχουσες στην αναθέτουσα αρχή αντλίες, εφόσον δεν προσδιορίζεται ποιες είναι οι υπάρχουσες αντλίες, απορρίπτεται ως αβάσιμος, καθώς ρητά η διακήρυξη απαιτεί συσκευές διπλής χορήγησης νιτρωδών φαρμάκων **για υπάρχουσες αντλίες**, όρο τον οποίο η προσφεύγουσα αποδέχθηκε ανεπιφύλακτα με τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, ενώ είχε επίσης τη δυνατότητα να ζητήσει σχετικές διευκρινίσεις ως προς το είδος των υφιστάμενων αντλιών προ της υποβολής της προσφοράς της, προκειμένου αυτή να είναι η προσήκουσα.

16. Με τον τρίτο λόγο η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας για το είδος με α/α 21 «*Συσκευές διπλής χορήγησης παρεντερικής διατροφής και φαρμάκων για υπάρχουσες αντλίες*» και ισχυρίζεται ότι εσφαλμένα κρίθηκε αποδεκτή, αν και στο τεχνικό φυλλάδιο του προσφερόμενου είδους, στο οποίο παραπέμπει με το φύλλο συμμόρφωσης που κατέθεσε, δεν αναφέρει τη δυνατότητα διπλής χορήγησης παρεντερικής διατροφής και φαρμάκων και την ύπαρξη βαλβίδας, ελλείψεις οι οποίες αποτέλεσαν το λόγο απόρριψης της δικής της προσφοράς. Επί του παραπάνω λόγου προσφυγής γίνονται δεκτά τα εξής:

17. Σύμφωνα με την τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας η συσκευή που προσφέρεται είναι η «...», για την οποία αναφέρεται στο σημείο 6 της

Αριθμός Απόφασης: Σ427/2023

προσφοράς ότι «Διαθέτει δύο BCV (back - check valve, βαλβίδες αντεπιστροφής) εισόδους έγχυσης, χωρίς τη χρήση βελόνας για ασφαλή ροή». Όπως επίσης αναφέρει η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της, οι παραπάνω ιδιότητες επιβεβαιώθηκαν κατά την αξιολόγηση του δείγματος που κατατέθηκε από την παρεμβαίνουσα. Επομένως, αντίθετα προς τα όσα αβάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα, η παραπάνω προσφερόμενη συσκευή διαθέτει δύο εισόδους έγχυσης (βαλβίδες) ικανοποιώντας τις απαιτήσεις για την παράλληλη χορήγηση παρεντερικής διατροφής και φαρμάκων από την ίδια συσκευή και ο υπό κρίση λόγος προσφυγής απορρίπτεται ως αβάσιμος.

18. Με τον τέταρτο λόγο η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας είναι πλημμελής, καθώς για το είδος με α/α 22 «Συσκευές διπλής χορήγησης νιτρικών φαρμάκων για υπάρχουσες αντλίες» δεν αναφέρεται η δυνατότητα διπλής χορήγησης. Ωστόσο, στην τεχνική προσφορά της παρεμβαίνουσας δηλώνεται ότι για το επίμαχο είδος προσφέρεται η συσκευή «...», η οποία είναι *«απολύτως συμβατή με τις αντλίες ελεγχόμενης ογκομετρικής έγχυσης της ... οι οποίες έχουν την δυνατότητα λειτουργίας PCA , TCI , SGC, δυο τρόπων χορήγησης Bolus δόσης μικρού βάρους <1,5 Kg και δυνατότητα ανάπτυξης πολλαπλών γραμμών χορήγησης σε σταθμό εργασίας»*. Από την παραπάνω διατύπωση προκύπτει η πλήρωση της απαίτησης περί της δυνατότητας χορήγησης διπλής και μάλιστα πολλαπλής χορήγησης των σχετικών φαρμάκων, απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντίθετων ισχυρισμών της προσφεύγουσας.

19. Τέλος, επισημαίνεται ότι ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας που αφορά αμφότερα τα είδη με α/α 21 και 22, κατά τον οποίο *«ούτε και από το περιεχόμενο των λοιπών παραπομπών τα οποία βέβαια δεν αποτελούν prospectus αποδεικνύεται η συμμόρφωση προς την επίμαχη ιδιότητα»* απορρίπτεται ως αβάσιμος, καθώς δεν εξειδικεύεται ούτε και αναφέρει συγκεκριμένες αποκλίσεις της προσφοράς της παρεμβαίνουσας.

Αριθμός Απόφασης: Σ427/2023

20. Με βάση τα προαναφερθέντα η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και να καταπέσει το κατατεθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

1. Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.
2. Δέχεται την Παρέμβαση.
3. Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 20 Μαρτίου 2023 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ – ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ