

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 5 Δεκεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 28.11.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1455/28.11.2019 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «....», που εδρεύει στα ....., νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά του ....στο πλαίσιο του με συστημικό α/α στο ΕΣΗΔΗΣ ...δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με αντικείμενο τη σύναψη σύμβασης για τη ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ....(crn ....), προϋπολογισθείσας δαπάνης 580.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και 467.741,94€ άνευ του ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και δη κατά της ενσωματωθείσας στο με αυξ. αριθμ. 36 της 15.11.2019 Πρακτικό του Διοικητικού Συμβουλίου του ....., απόφασης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος περί κατάπτωσης της με αυξ. αριθμ. ....εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας εταιρείας, ποσού 9.354,84€, η οποία έχει εκδοθεί απ' την ....., στο πλαίσιο κήρυξης του ένδικου διαγωνισμού ως άγονου, για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω Προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, το νοσοκομείο, με τη με αριθμό ...διακήρυξή του προκήρυξε επαναληπτικό, δημόσιο, ανοικτό, ηλεκτρονικό, άνω των ορίων

## Αριθμός απόφασης: Α 553 / 2019

διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για τη Προμήθεια και Τοποθέτηση ....., προϋπολογισθείσας δαπάνης 580.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για πέντε (5) μήνες κατ' εφαρμογή του Προϋπολογισμού της ΣΑΕ 091, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Ο διαγωνισμός διενεργήθηκε ηλεκτρονικά (α/α ΕΣΗΔΗΣ ....) και κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβλήθηκαν εμπροθέσμως και τύποις παραδεκτώς προσφορές από δύο (2) οικονομικούς φορείς, συγκεκριμένα την εταιρεία με την επωνυμία «....» και την εταιρεία με την επωνυμία «....». Κατά το στάδιο ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, η επιτροπή του διαγωνισμού συνέταξε το με αρ. 1/24.06.2019 πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης και ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής, με το οποίο εισηγήθηκε την απόρριψη των προσφορών και των δύο ως άνω (2) εταιρειών και την επανάληψη της διαγωνιστικής διαδικασίας. Με τη με αρ. 25/31.07.2019 απόφαση του, ωστόσο, το Δ.Σ. του νοσοκομείου (θέμα 12<sup>ο</sup>) αποφάσισε ομοφώνως την αποδοχή του ως άνω πρακτικού μόνο κατά το μέρος που απορρίπτει τη προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας «....» ενώ έκρινε ότι η τεχνική προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «....» κείται εντός των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης και ενέκρινε ακολούθως τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, προκειμένου να ανοιχτεί η οικονομική προσφορά της ως άνω συμμετέχουσας εταιρείας. Κατά της ως άνω απόφασης της αναθέτουσας αρχής ασκήθηκε η από 2.8.2019 Προδικαστική Προσφυγή με ΓΑΚ - ΑΕΠΠ 1006/12.08.2019 της ανώνυμης και συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία «....» και διακριτικό τίτλο «....», κατά το μέρος α) που απέρριψε την προσφορά της και β) εγκρίνει τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, προκειμένου να ανοιχτεί η οικονομική προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία «....», η οποία, προσφυγή, με την με αρ. 1049/2019 Απόφαση της ΑΕΠΠ απερρίφθη. Σημειωτέον ότι επί της ως άνω Προσφυγής δεν είχε ασκηθεί Παρέμβαση από την νυν προσφεύγουσα εταιρεία. Μετά ταύτα, η αναθέτουσα αρχή προχώρησε στο άνοιγμα της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «....» και την 11.10.2019 δημοσίευσε, διά της ανάρτησης της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, την απόφαση [33<sup>ο</sup> Πρακτικό της 10<sup>ης</sup> Οκτωβρίου 2019 Τακτικής συνεδριάσεως] του ΔΣ του ....., με την οποία κατά πρώτον

## **Αριθμός απόφασης: Α 553 / 2019**

εγκρίνεται το πρακτικό οικονομικής αξιολόγησης και κατά δεύτερον αποφασίζεται να ζητηθούν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο, ήτοι την ως άνω συμμετέχουσα εταιρεία και νυν προσφεύγουσα, σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης και τις διατάξεις του νόμου. Με το υπ' αριθμ. πρωτ. 22921/1.11.2019 έγγραφο της, η εταιρεία .... ενημερώνει την αναθέτουσα αρχή των μεταβολών που επήλθαν στις προϋποθέσεις που είχε δηλώσει με το ΕΕΕΣ ότι πληρούνται, για τις οποίες, ως ισχυρίζεται, έλαβε γνώση μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησής της προκειμένου για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης (οψιγενείς μεταβολές), και αιτείται συναφώς την εφαρμογή της σχετικής διάταξης του άρθρου 104 (παρ. 2 και 3) του Ν.4412/2016 αλλά και την εφαρμογή των προβλεπομένων με το άρθρο 3.2 (σελ. 21, στίχοι 38 έως και 41) της υπ' αριθμ. .... Διακήρυξης του υπό κρίση Διαγωνισμού, που ορίζουν: «Σε περίπτωση έγκαιρης και προσήκουσας ενημέρωσης της αναθέτουσας αρχής για μεταβολές στις προϋποθέσεις τις οποίες ο προσωρινός ανάδοχος είχε δηλώσει με το ΕΕΕΣ όπ πληροί, οι οποίες επήλθαν ή για τις οποίες έλαβε γνώση μετά την δήλωση και μέχρι την ημέρα της έγγραφης ειδοποίησης για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης (οψιγενείς μεταβολές), δεν καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του». Μετά την από 15.11.2019 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής [36<sup>ο</sup> Πρακτικό Έκτακτης Συνεδρίασεως] με την οποία, συγκεκριμένα, εγκρίνεται η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της εταιρείας ....., η κήρυξη άγονου του επίμαχου διαγωνισμού καθώς και η επανάληψη της διαγωνιστικής διαδικασίας, η προσφεύγουσα στρέφεται διά της υπό εξέταση προσφυγής κατά τούτης της απόφασης.

2. Επειδή, με την ως άνω προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. με το από 28.11.2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, η προσφεύγουσα, πλέον του αιτήματος της να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

### **Αριθμός απόφασης: Α 553 / 2019**

3. Επειδή, καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ...), ποσού 2.339,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, πιθανολογείται σοβαρώς ότι η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή δεν έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώσ, καθώς η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες και δη στη προσφεύγουσα την 19.11.2019 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, προκειμένου να λάβει γνώση, η προσφεύγουσα ωστόσο δεν ανήρτησε τη προσφυγή της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ως όφειλε, προκειμένου για την παραδεκτή άσκηση αυτής, εντός δεκαήμερου από τη γνώση της προσβαλλομένης.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει την 4.12.2019 τις απόψεις της στο επιληφθέν κλιμάκιο της ΑΕΠΠ και παράλληλα την 6.12.2019 αναρτά το σχετικό έγγραφο της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ. Στο ως άνω έγγραφο των απόψεων της προβάλλει, μεταξύ άλλων, η αναθέτουσα αρχή, τους ισχυρισμούς της περί απαράδεκτης άσκησης της υπό εξέταση προσφυγής, κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 με τίτλο «Άσκηση προσφυγής - Άσκηση παρέμβασης» και του άρθρου 8 του Π.Δ. 39/2017 με τίτλο «Κατάθεση της προσφυγής».

6. 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

### **Αριθμός απόφασης: Α 553 / 2019**

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»

7. 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 της αναθέτουσας αρχής, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

8. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η υπό κρίση Προσφυγή πιθανολογείται προδήλως ως απαράδεκτη, δεδομένων όσων έγιναν δεκτά ιδίως στις σκέψεις 4 και 5 της παρούσης, δεν πληρούται εν προκειμένω η απαιτούμενη εκ του νόμου προϋπόθεση της τυπικώς παραδεκτής άσκησης της προσφυγής.

9. Επειδή, κατ'ακολουθίαν το παρόν αίτημα αναστολής θα πρέπει να απορριφθεί.

**Αριθμός απόφασης: Α 553 / 2019**

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 5 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 6 Δεκεμβρίου 2019.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Τζέιμυ Γιάννακα**

**α.α.**

**Βασιλική Κωστή**