

Αριθμός απόφασης: 111 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 15 Ιανουαρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Αργυρώ Τσουλούφα – Εισηγήτρια, δυνάμει της με αρ. 1763/2018 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου, και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1345/17-12-2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο, οδός, αρ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα»).

Κατά τουπου εδρεύει στον Πειραιά, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «Νοσοκομείο» ή «ΑΑ»), και κατά της προσφοράς της εταιρείας «.....», στο πλαίσιο της με αρ.Διακήρυξης για τη διενέργεια Δημόσιου Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για τις «.....» για ένα (1) έτος όπως αναφέρεται στο Παράρτημα Ι της παρούσας και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής, με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει χαμηλότερης τιμής» συνολικού προϋπολογισμού ποσού # 398.211,38 # € (ΤΡΙΑΚΟΣΙΕΣ ΕΝΕΝΗΝΤΑ ΟΚΤΩ ΧΙΛΙΑΔΕΣ ΔΙΑΚΟΣΙΑ ΕΝΤΕΚΑ ΕΥΡΩ ΚΑΙ ΤΡΙΑΝΤΑ ΟΚΤΩ ΛΕΠΤΑ) συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος ΦΠΑ.

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα,, με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στο, επί της οδού, αρ. και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «.....» ή «παρεμβαίνων» ή

Αριθμός απόφασης: 111 / 2019

«παρεμβαίνουσα»), ο οποίος επιδιώκει την απόρριψη της Προσφυγής και την αποδοχή της παρέμβασής του.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ.Διακήρυξη του (στο εξής η «Διακήρυξη») προκηρύχθηκε διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός για τις «..... (CPV-.....), με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει χαμηλότερης τιμής, προϋπολογισμού 398.211,38€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α για ένα (1) χρόνο». Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με ΑΔΑΜ2018-10-19 και αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 21.12.2018, όπου έλαβε για τη συγκεκριμένη ΟΜΑΔΑ Ε «.....», για την οποία και ασκείται η προσφυγή, Συστημικό Αριθμό: α/α Ο εν λόγω διαγωνισμός είχε ηλεκτρονική αποσφράγιση την 06/12/2018.

2. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή της, η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά της συμμετοχής της Εταιρείας «.....» για τους λόγους που αναφέρει στην προσφυγή της.

3. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 600,00€, που αντιστοιχεί στο ελάχιστο καταβαλλόμενο ύψος παραβόλου, δεδομένου ότι η προϋπολογισθείσα αξία υπολογίζεται εν προκειμένω με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη άνευ ΦΠΑ της υπό ανάθεση σύμβασης και δη για την ΟΜΑΔΑ Ε «.....», εκτιμώμενης αξίας 5.600,00€ χωρίς ΦΠΑ για την οποία ασκείται η παρούσα προσφυγή, το προβλεπόμενο δε στις πιο πάνω διατάξεις ποσοστό 0,5% υπολείπεται των 600,00 €.

Αριθμός απόφασης: 111 / 2019

4. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (Υπηρεσίες) και της συνολικής εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 398.211,38 € με ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000€, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (19.10.2018) σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας αιτούμενη την απόρριψή της και όχι κατά εκτελεστής πράξης της Διοίκησης, εφόσον έχει πραγματοποιηθεί μόνο αποσφράγιση των προσφορών εκ μέρους του Νοσοκομείου, χωρίς έκδοση μέχρι την άσκηση της προσφυγής οιασδήποτε εκτελεστής πράξης.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ. πρωτ. 18177/21.12.2018 έγγραφο απόψεών της, προς αντίκρουση των λόγων της υπό εξέταση προσφυγής, αναφέρει συγκεκριμένα ότι : «Η αναθέτουσα αρχή «.....» επισημαίνει ότι δεν έχει υπάρξει εκτελεστή πράξη κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016. Η επιτροπή του διαγωνισμού μόλις τώρα έλαβε τα σχετικά του διαγωνισμού και ως εκ τούτου δεν έχει προχωρήσει σε σύνταξη του σχετικού πρακτικού τεχνικής αξιολόγησης, ώστε να υπάρχει εμπειριστατωμένη θέση της υπηρεσίας για την πληρότητα ή μη της προσφοράς της εταιρείας»

8. Επειδή, η παρεμβαίνουσα τηνάσκησε παρέμβαση εμπρόθεσμα και εντός της νόμιμης προθεσμίας, αφού αυτή κατατέθηκε στον διαδικτυακό τόπο του Διαγωνισμού (μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ) την 21.12.2018 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν

Αριθμός απόφασης: 111 / 2019

στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Ειδικότερα, κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και 7 του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της Προδικαστικής Προσφυγής στην παρεμβαίνουσα, η οποία έγινε κατά δήλωσή της την 19.12.2018. Περαιτέρω, άσκησε την παρέμβασή της με έννομο συμφέρον αφού η υπό κρίση προσφυγή στρέφεται κατά της προσφοράς της εταιρείας της και η τυχόν αποδοχή της υπό κρίση προσφυγής της εταιρείας θίγει άμεσα τα έννομα συμφέροντά της, δεδομένου ότι νόμιμα συμμετέχει στο διαγωνισμό αυτό και ευλόγως αναμένει να γίνει αποδεκτή η προσφορά της στο επόμενο στάδιο του υπό κρίση διαγωνισμού, ήτοι στην ηλεκτρονική αποσφράγιση των Οικονομικών Προσφορών.

9. Επειδή, η παρεμβαίνουσα «.....» σε απάντηση των ισχυρισμών της προσφεύγουσας αναφέρει μεταξύ άλλων ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε όλως απαραδέκτως την προσφυγή της κατά της προσφοράς της εταιρείας της, δεδομένου ότι η προσφυγή ουδόλως στρέφεται κατά εκδοθείσας εκτελεστής απόφασης της αναθέτουσας αρχής, καθώς μέχρι την ημέρα κατάθεσης της παρέμβασής της δεν είχε εκδοθεί τέτοια απόφαση της αναθέτουσας αρχής και ειδικά σχετικά με την αξιολόγηση των υποβληθεισών προσφορών. Περαιτέρω, υποστηρίζει ότι σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ.1 του Ν. 4412/2016, που διέπει την υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία προβλέπεται: *«1. 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».*

10. Επειδή, κατ' άρ. 346 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 δια προδικαστικής προσφυγής προσβάλλονται αποκλειστικά και μόνο οι πράξεις

Αριθμός απόφασης: 111 / 2019

της αναθέτουσας που έχουν εκτελεστό χαρακτήρα (βλ. άρ. 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016, βλ. παραπάνω σκ. 9). Οι δε πράξεις των Επιτροπών Διαγωνισμού είτε αφορούν στην αποσφράγιση των προσφορών, όπως εν προκειμένω που πρόκειται για απλή υλική ενέργεια είτε αφορούν σε έκδοση πράξεων/πρακτικών κατά τον έλεγχο τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και κατά την αξιολόγηση των προσφορών έχουν χαρακτήρα απλής γνώμης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας και ως εκ τούτου, ως μη εκτελεστές γνωμοδοτικής φύσεως πράξεις (βλ. ΣΤΕ 323/2012 και ΣΤΕ ΕΑ 421/2014, 423/2013, 464/2012, 251, 419, 721/2011, 115, 631, 1279/2009, 818/2008, 107, 645/2007, 115/2009, 420, 153, 46/2006, 860, 352, 43/2005, 57, 375, 806/2002) δεν υπόκεινται σε προδικαστική προσφυγή (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 157/2017, 10 και 36/2018).

11. Επειδή, η κατατεθείσα προδικαστική προσφυγή στρέφεται κατά μη εκτελεστής πράξης και συγκεκριμένα κατά της τεχνικής προσφοράς της παρεμβαίνουσας κατά το στάδιο ηλεκτρονικής αποσφράγισης των φακέλων των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών την 06.12.2018, χωρίς να έχει προχωρήσει και εκδώσει μέχρι και σήμερα η αναθέτουσα αρχή οιαδήποτε σχετική πράξη εκτελεστού χαρακτήρα. Σημειωτέον δε, ότι σε κανένα σημείο της προσφυγής του προσφεύγοντος δεν λαμβάνει χώρα μνεία όχι μόνο ειδικά και συγκεκριμένα περί εκτελεστής απόφασης, αλλά ούτε περί τυχόν «επικυρωτικής» ή «εγκριτικής» πράξης ή έστω γενικώς Απόφασης της αναθέτουσας ούτε με αναφορά στα στοιχεία αυτής ή έστω την ημερομηνία έκδοσης, ώστε να δύναται το Κλιμάκιο να ερμηνεύσει το δικόγραφο ως στρεφόμενο κατά εκτελεστής πράξης. Περαιτέρω, από την επισκόπηση των εγγράφων της σύμβασης δεν προκύπτει ότι υφίσταται κατά το στάδιο αυτό οποιαδήποτε πράξη εκτελεστού χαρακτήρα. Αντίθετα, τόσο στην αρχή του δικογράφου που αναφέρεται ότι ο εν λόγω διαγωνισμός είχε ηλεκτρονική αποσφράγιση την 06/12/2018, ημερομηνία κατά την οποία έλαβε γνώση η προσφεύγουσα για την συμμετοχή της «.....» και κατά της συμμετοχής της οποίας προσφεύγει, όσο και στο διακριτό αιτητικό της που ζητά την απόρριψη της προσφοράς της εταιρίας «.....» δεν

Αριθμός απόφασης: 111 / 2019

προκύπτει ότι υφίσταται οποιαδήποτε εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας. Ούτως δεν καταλείπεται ουδεμία αμφιβολία ότι ο προσφεύγων δια του προκειμένου δικογράφου του στράφηκε κατά προσφοράς έτερου συμμετέχοντα, η οποία επουδενί δεν αποτελεί εκτελεστή πράξη αφενός γενικώς και αφετέρου ειδικώς της Αναθέτουσας Αρχής.

12. Επειδή, επομένως, το παραπάνω δικόγραφο ως στρεφόμενο αποκλειστικά και μόνο κατά μη εκτελεστής πράξης, ασκήθηκε απαραδέκτως ως Προδικαστική Προσφυγή. Σημειωτέον, ότι τα ανωτέρω, ήτοι ότι το ως άνω δικόγραφο δεν συνιστά παραδεκτώς ασκούμενη ενώπιον της ΑΕΠΠ προδικαστική προσφυγή κατά εκτελεστής πράξεως, δεν εμποδίζει την παρεμβαίνουσα να ασκήσει την παρέμβασή της και να λάβει υπόψη τα (ουδόλως, εξάλλου εξετασθέντα ως προς την ουσία τους από το Κλιμάκιο) αναφερόμενα στο παραπάνω έγγραφο του προσφεύγοντος επιχειρώντας να αντικρούσει τις όποιες αιτιάσεις του εναντίον της, στο πλαίσιο εξάλλου της διατήρησης του εν λόγω δικαιώματός της σύμφωνα με τον νόμο.

13. Επειδή, κατά τα ως άνω δεδομένα, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, η δε παρέμβαση να γίνει δεκτή.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου του προσφεύγοντος (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00€).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 15 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 30 Ιανουαρίου 2019.

Αριθμός απόφασης: 111 / 2019

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης