

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 04 Νοεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Ευαγγελία Μιχολίτση σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 28.09.2021 με ΓΑΚ 1842/29.09.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στ.. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

Κατά της «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής παρεμβαίνουσα), που εδρεύει στ.. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 08.10.2021 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αριθ. 55764/17.9.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής.

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... ποσού €807,00.

2. Επειδή, με την με αριθ. ... διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε δημόσιος ηλεκτρονικός ανοιχτός διαγωνισμός για την προμήθεια ενός συστήματος ψηφιακής μαστογραφίας (CPV: ...), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής,

Αριθμός απόφασης: 1722/2021

προϋπολογισμού ποσού €200.000,00 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ €161.290,32 συν ΦΠΑ 24%). Ο διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

3. Επειδή, στον ως άνω διαγωνισμό έλαβαν μέρος η προσφεύγουσα και οι εταιρείες «...» και «...». Η αρμόδια Επιτροπή του διαγωνισμού με το από 2.4.2021 πρακτικό της έκρινε ότι τα δικαιολογητικά και οι τεχνικές προσφορές όλων των ως άνω εταιρειών, πληρούσαν τις απαιτήσεις της διακήρυξης, ενώ με το από 8.4.2021 πρακτικό της έκανε αποδεκτές τις οικονομικές τους προσφορές. Στη συνέχεια με την με αριθ. πρωτ. 22635/8.4.2021 πράξη του Διοικητή της Αναθέτουσας Αρχής εγκρίθηκαν τα προαναφερθέντα από 2.4.2021 και 8.4.2021 πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού. Κατά της ως άνω απόφασης του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής η ... άσκησε ενώπιον της ΑΕΠΠ την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 837/20.4.2021 προδικαστική προσφυγή της, ενώ η ... άσκησε ενώπιον της ΑΕΠΠ την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 825/20.4.2021 προδικαστική προσφυγή της. Με την με αριθ. 1047,1048/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ έγιναν δεκτές οι ως άνω προδικαστικές προσφυγές, απορρίφθηκαν οι ασκηθείσες παρεμβάσεις, ακυρώθηκε η προσβληθείσα απόφαση του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος αποδοχής των προσφορών των ως άνω εταιρειών και απορρίφθηκαν οι προσφορές τους, για τους λόγους, που, αναλυτικά, αναφέρονται στην με αριθ. 1047, 1048/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ. Σε συνέχεια της ανωτέρω απόφασης της ΑΕΠΠ, με την με αριθ. πρωτ. 35152/10.6.2021 απόφαση του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής, μεταξύ άλλων, αποφασίστηκε η ακύρωση/ανάκληση της με αριθ. πρωτ. 22635/8.4.2021 προηγούμενης απόφασής του και κηρύχθηκε η προσφεύγουσα ως προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης. Κατά της προαναφερθείσας με αριθ. 1047,1048/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ καθώς και της με αριθ. 35152/10.6.2021 απόφασης του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής η ... άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πατρών την από 18.6.2021 (με αριθ. καταχ. ANM 50/18.6.2021) αίτησή της για την αναστολή εκτέλεσης. Επί των ανωτέρω εκδόθηκε η με αριθ. Ν45/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, με την οποία, μεταξύ άλλων, ανεστάλη η εκτέλεση των προσβληθεισών αποφάσεων. Σε συνέχεια της ως άνω απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την προσβαλλόμενη με αριθ. πρωτ. 55764/17.9.2021 απόφασή της (ΑΔΑ: ...), με την οποία, μεταξύ άλλων, αποφάσισε την κύρωση της παρεμβαίνουσας

Αριθμός απόφασης: 1722/2021

εταιρείας ... ως προσωρινής αναδόχου της σύμβασης.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά οι προσφέροντες στις 20.09.2021 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 28.09.2021, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα επιδιώκει να ανακηρυχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 29.09.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου 61024/08.10.2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 11.10.2021, ενώ η προσφεύγουσα προς αντίκρουση αυτών κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς το από 18.11.2021 Υπόμνημά της.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 29.09.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 11.10.2021, ημέρα Δευτέρα, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της

Αριθμός απόφασης: 1722/2021

αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί διότι στην ουσία δεν έχει συμμορφωθεί με την υπ'αριθμ. Ν45/2021 απόφαση αναστολής του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, η οποία δεν όριζε την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου, αλλά αντιθέτως έχει υπερβεί τα όρια της διακριτικής της ευχέρειας συμμόρφωσης επειδή ανέδειξε ως προσωρινή ανάδοχο την παρεμβαίνουσα, της οποίας η προσφορά δεν αξιολογήθηκε στο σύνολο της, ούτε πολύ περισσότερο έγινε αποδεκτή, κατά ευθεία παράβαση του κανονιστικού πλαισίου του υπό κρίση διαγωνισμού.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθείσες απόψεις της παραθέτει απλώς το ιστορικό της ένδικης υπόθεσης και δεν προβαίνει σε αντίκρουση των ισχυρισμών που προβάλλει η προσφεύγουσα.

10. Επειδή, το άρθρο 365 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1....2. . Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β' της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων...».

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων 9,10 και 11, η στάση αυτή της αναθέτουσας αρχής, ήτοι η παράλειψη αντίκρουσης των αιτιάσεων που προβάλλει η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της, επιτρέπει την συναγωγή τεκμηρίου ότι συνομολογεί την ακρίβεια της πραγματικής βάσεως των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 14 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Αριθμός απόφασης: 1722/2021

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω προκύπτουν τα εξής σχετικά με τον μοναδικό λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Με την με υπ' αριθ. 45/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, κρίθηκαν τα ακόλουθα, σχετικά με τον 3ο και τον 5ο λόγο της αίτησης αναστολής της παρεμβαίνουσας ... (σκέψη 25 απόφασης): «25. Ομοίως και ο τρίτος λόγος πιθανολογείται ως βάσιμος. ... γ) ενόψει αυτού και της ισχύουσας γενικής αρχής ότι ασάφειες της Διακήρυξης δεν είναι δυνατό να ερμηνεύονται εις βάρος των διαγωνιζομένων (ΕΑ ΣτΕ 423, 424, 425/2011, 82/2016), συνέτρεχε εν προκειμένω νόμιμη περίπτωση κλήσης της ήδη αιτούσας εταιρείας προς επιτρεπτή συμπλήρωση ήδη υποβληθέντος δικαιολογητικού, κατά τα εντεθέντα στην έκτη, έβδομη και ένατη σκέψη. Και προκειμένου, μέσω των συμπληρωματικών δικαιολογητικών να διακριβωθεί εάν ο ανωτέρω Οργανισμός κατά το χρόνο προσκόμισης του επίμαχου πιστοποιητικού, δηλαδή πριν την αποχώρηση του Ηνωμένου Βασιλείου από την Ευρωπαϊκή Ένωση, πληρούσε τις απαιτήσεις του Κοινοτικού Κανονισμού 765/2008, εάν δηλαδή ο Οργανισμός αυτός περιλαμβανόταν στον καταρτιζόμενο από την Ευρωπαϊκή Επιτροπή κατάλογο των Εθνικών Οργανισμών Διαπίστευσης, ή εάν είχε εξουσιοδοτηθεί από τον οικείο Εθνικό Οργανισμό Διαπίστευσης του Ηνωμένου Βασιλείου, να προβαίνει σε αξιολόγηση της συμμόρφωσης, κατά τα εκτεθέντα στην πέμπτη σκέψη. Σε αρνητική δε περίπτωση, να προσκομισθούν πιστοποιητικά εκδοθέντα από Οργανισμό Διαπίστευσης, λειτουργούντα κατά τους όρους του ως άνω Κοινοτικού Κανονισμού. Ομοίως, ενόψει της κατ' αρχήν υποβολής πιστοποιητικού από τον Οργανισμό FDA των ΗΠΑ, πιθανολογείται ότι συντρέχει νόμιμη περίπτωση κλήσης της αιτούσας προς υποβολή συμπληρωματικών δικαιολογητικών, κατά τα εκτεθέντα στην έκτη και έβδομη σκέψη, και ως προς το πιστοποιητικό αυτό, λαμβανομένου υπόψη και του ότι στη Διακήρυξη δεν διευκρινίζεται η ακολουθητέα διαδικασία λήψης πιστοποιητικών από τον συγκεκριμένο Οργανισμό [με βάση τις προβλεπόμενες στο καταστατικό λειτουργίας του Οργανισμού αυτού διακρίσεις, ήτοι: διαδικασία η οποία περιλαμβάνει και στάδιο κλινικών δοκιμών - διαδικασία έγκρισης (FDA approved) για την οποία απαιτείται η υποβολή αιτήσεως PMA - Premarket approved, ή διαδικασία εκκαθάρισης - Clearance, για την οποία απαιτείται η υποβολή διαφορετικής αιτήσεως από τον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, όπου ο τελευταίος ζητεί να πιστοποιηθεί ότι η συσκευή είναι «ουσιαστικά ισοδύναμη» με μια άλλη που ήδη κυκλοφορεί στην

Αριθμός απόφασης: 1722/2021

αγορά, παραιτούμενος από το στάδιο των κλινικών δοκιμών]. Συναφώς δε, πιθανολογείται ως βάσιμη και η προβολή του πέμπτου, αφού, όπως προεκτέθηκε, συντρέχει εν προκειμένω νόμιμη περίπτωση κλήσης της αιτούσας προς συμπλήρωση των υποβληθέντων δικαιολογητικών, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας ως αβάσιμων».

Βάσει των ανωτέρω κρίσεων του Διοικητικού Εφετείου, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, εφόσον επέλεξε να συμμορφωθεί προς την απόφαση αναστολής, να καλέσει την παρεμβαίνουσα εταιρεία ... προς υποβολή και συμπλήρωση των δικαιολογητικών και εν συνεχεία έλεγχο και αξιολόγηση αυτών, ώστε να εξακριβωθεί εάν όντως αυτή πληροί τις απαιτούμενες προϋποθέσεις της Διακήρυξης, όπως βάσιμα ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Αντ' αυτού, η αναθέτουσα αρχή παρέλειψε να προβεί σε αυτές τις ενέργειες και κήρυξε απευθείας την παρεμβαίνουσα εταιρεία ... ως προσωρινή ανάδοχο, παραβιάζοντας με αυτό τον τρόπο την υπ' αριθ. 45/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, η οποία ουδόλως έκρινε κάτι τέτοιο, ούτε πιθανολόγησε ότι έπρεπε να ανακηρυχθεί η εταιρεία ... προσωρινή ανάδοχος, απορριπτομένων ως αβάσιμων των αντίθετων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας. Περαιτέρω, αβάσιμοι είναι και οι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας περί μη ύπαρξης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας να στραφεί κατά της προσβαλλόμενης απόφασης σε αυτό το στάδιο του διαγωνισμού και τούτο διότι όπως έχει πλέον κριθεί σε επίπεδο νομολογίας από το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης και το Συμβούλιο της Επικρατείας, ο μη οριστικώς αποκλεισθείς έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει, όχι μόνο την απόφαση του αποκλεισμού του, αλλά και τις μεταγενέστερες αποφάσεις που αφορούν τους λοιπούς συμμετέχοντες που θα του προξενούσαν ζημία. Κατόπιν των ανωτέρω ο μοναδικός λόγος της υπό κρίση προσφυγής είναι βάσιμος, πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Αριθμός απόφασης: 1722/2021

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος η παρεμβαίνουσα, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 04 Νοεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 24 Νοεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο Γραμματέας

ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ