

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12 Νοεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου (δυνάμει της υπ' αριθμ. 167/2021 Πράξης της Προέδρου ΑΕΠΠ) Μέλη.

Για να εξετάσει την από 4.10.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1877/5.10.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στ.. ..., ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της απόφασης που ελήφθη κατά την υπ' αριθμ. 17/26.08.2021 (Θέμα 31^ο) συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου περί έγκρισης του υπ' αριθ. 16916/02.08.2021 Τροποποιημένου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 1217/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «πρώτος παρεμβαίνων») που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., αριθμ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «δεύτερος παρεμβαίνων») που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος που για το είδος με α/α 6 του διαγωνισμού κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του πρώτου παρεμβαίνοντος.

Αριθμός απόφασης: 1745/2021

Με την παρέμβασή του ο πρώτος παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης.

Με την παρέμβασή του ο δεύτερος παρεμβαίνων επιδιώκει την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 1.10.2021 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη για το είδος 6 (Φορητό ακτινοσκοπικό c-arm) της σύμβασης σχετικά με την οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 75.000 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο «Προμήθεια ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού», με κριτήριο κατακύρωσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 521.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε οκτώ είδη, οι δε προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα ή όλα τα είδη.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 10.10.2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 23.10.2019 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

Αριθμός απόφασης: 1745/2021

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 4.10.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 23.09.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν 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.

6. Επειδή στις 7.10.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2498/2021 Πράξη της Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή ο πρώτος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 13.10.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 6175/2021 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

9. Επειδή ο δεύτερος παρεμβαίνων κατέθεσε στις 14.10.2021, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 6968/2021 παρέμβασή του. Ωστόσο, δοθέντος ότι ο προσφεύγων στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης ως προς το σκέλος που αφορά το είδος με α/α 6 του διαγωνισμού και όχι το είδος με α/α 3 του διαγωνισμού για το

Αριθμός απόφασης: 1745/2021

οποίο έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του δεύτερου παρεμβαίνοντος, η δεύτερη παρέμβαση ασκείται άνευ εννόμου συμφέροντος.

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 20.10.2021 μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της στην ΑΕΠΠ, οι οποίες δεν κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα και ως εκ τούτου δεν λαμβάνονται υπόψιν από το αποφασίζον Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό για το είδος 6 έλαβαν μέρος τρεις οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων, ο παρεμβαίνων και ο «...» οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμό συστήματος 157780, 155990 και 155482 προσφορές τους αντίστοιχα. Σύμφωνα με την απόφαση που ελήφθη κατά την υπ' αριθμ. 1/16.03.2021 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. 14339/16.07.2020 Πρακτικό της Επιτροπής διαγωνισμού περί αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών και απορρίφθηκαν οι προσφορές του προσφεύγοντος και του οικονομικού φορέα «...», ενώ κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του παρεμβαίνοντος. Κατόπιν δε άσκησης της με αριθμ. ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1090/2021 προδικαστικής προσφυγής από τον δεύτερο παρεμβαίνοντα για το είδος με α/α 3 του διαγωνισμού, η οποία κρίθηκε αποδεκτή με την υπ' αριθμ. 1217/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ και σε συμμόρφωση προς αυτή, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση με την οποία τροποποιήθηκε η απόφαση που ελήφθη κατά την υπ' αριθμ. 1/16.03.2021 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, μόνον ως προς το σκέλος της που αφορά το είδος με α/α/ 3 του διαγωνισμού, ως προς δε το είδος με α/α 6 του διαγωνισμού επαναλαμβάνονται αυτολεξεί όσα αναφέρονται στην ως άνω απόφαση ως προς την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος και την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντος.

13. Επειδή, ως έχει εκτεθεί στην προηγούμενη σκέψη, η προσφορά του προσφεύγοντος για το είδος με α/α 6 του διαγωνισμού απορρίφθηκε με την

Αριθμός απόφασης: 1745/2021

απόφαση που ελήφθη κατά την υπ' αριθμ. 1/16.03.2021 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής. Κατά δε της εν λόγω απόφασης, η οποία κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες την 17.05.2021, ο προσφεύγων δεν άσκησε προδικαστική προσφυγή και άρα έχει καταστεί οριστικώς αποκλεισθείς. Περαιτέρω, η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 1217/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ που αφορούσε το είδος με α/α 3 του διαγωνισμού και τροποποίησε την απόφαση που ελήφθη κατά την υπ' αριθμ. 1/16.03.2021 συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής μόνον ως προς το σκέλος που αφορά το είδος με α/α 3 του διαγωνισμού, χωρίς να προβεί σε νέα κρίση επί των προσφορών των διαγωνιζομένων για το είδος 6 του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου, η προσβαλλόμενη απόφαση ουδεμία μεταβολή επιφέρει επί της έννομης κατάστασης του προσφεύγοντος. Κατά πάγια δε νομολογία, δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα οι βεβαιωτικές πράξεις των διοικητικών οργάνων, ήτοι οι διοικητικές πράξεις οι οποίες εκδίδονται χωρίς νέα ουσιαστική έρευνα και αποτελούν επιβεβαίωση της αρχικής πράξεως της Διοικήσεως (βλ. ΣΤΕ 1390/2012, 3201/2009, 575/2008, 4596/2006, 1117/2005, 3762/2003, 296/2001, 3217/2000, 1968/2000 κλπ.) και δηλώνουν εμμονή της Διοικήσεως σε προγενέστερη ρύθμιση (βλ. ΣΤΕ 1718/1977, 340/83, 2619/1986, 2771/2011). Οι πράξεις αυτές στερούνται εκτελεστότητας, με αποτέλεσμα ο διοικούμενος να μην μπορεί να τις προσβάλει δικαστικά ή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., αφού εκτελεστή είναι μόνον η αρχική πράξη επί της οποίας βασίστηκαν (βλ. ΑΕΠΠ 643/2020, 1234/2019). Οι βεβαιωτικές πράξεις, απλώς επιβεβαιώνουν ήδη υπάρχουσα ρύθμιση και δεν προσβάλλονται ενώπιον των δικαστηρίων, δεδομένου ότι βασική προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακύρωσης ή της προσφυγής κατά πράξεων της διοίκησης αποτελεί ο εκτελεστός χαρακτήρας της προσβαλλόμενης πράξης (Αν. Τάχου Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, σελ. 637). Επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση ως προς το σκέλος που αφορά το είδος με α/α 6 δεν αποτελεί εκτελεστή διοικητική πράξη δεκτική ακύρωσης με απόφαση της ΑΕΠΠ. Αλυσιτελώς ο παρεμβαίνων επικαλείται τη νομολογία του ΣΤΕ περί του εννόμου συμφέροντος διαγωνιζόμενου ερειδόμενο στη ματαίωση του

Αριθμός απόφασης: 1745/2021

διαγωνισμού, δοθέντος ότι η εν λόγω νομολογία αφορά στο έννομο συμφέρον μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενου, ενώ ο προσφεύγων έχει ήδη καταστεί οριστικώς αποκλεισθείς καθώς δεν αμφισβήτησε εμπροθέσμως τον αποκλεισμό του. Ως εκ τούτου, βάσει των προεκτεθέντων, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαραδέκτως ασκηθείσα, ως βασίμως προβάλλει ο παρεμβαίνων.

14. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

16. Επειδή, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 13, η πρώτη παρέμβαση θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή κατά το σκέλος που αφορά το απαράδεκτο της προσφυγής, η δε εξέταση της ως προς το βάσιμο της προσφυγής καθίσταται άνευ αντικειμένου (Βλ. Παυλίδου Ε, «Οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως στη νομολογία του ΣτΕ», ΕφημΔΔ 2015, τ. 2, σελ. 256-257), και παρέλκει η συζήτησή της, δοθέντος ότι σύμφωνα με την παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 η παρέμβαση ασκείται υπέρ της διατήρησης ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης η οποία, εν προκειμένω, δεν προσβάλλεται λόγω του απαραδέκτου της υπό εξέταση προσφυγής.

17. Επειδή, σύμφωνα με τα εκτεθέντα υπό σκέψη 9, η δεύτερη παρέμβαση θα πρέπει να απορριφθεί.

18. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 15, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρα 363 παρ.5 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την πρώτη παρέμβαση.

Απορρίπτει τη δεύτερη παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 1745/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12 Νοεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 29 Νοεμβρίου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ