

Η

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

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 12.11.2021 με ΓΑΚ 2126/15.11.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα,

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «... Α.Ε.», (εφεξής παρεμβαίνουσα), που εδρεύει στον, όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 14.12.2021 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να αναγνωριστεί η ματαίωση των αποτελεσμάτων του διενεργούμενου διαγωνισμού, να ακυρωθεί η παράλειψη έκδοσης απόφασης από το Δ.Σ. του Νοσοκομείου ματαίωσης αυτού και να ακυρωθούν οι με αριθ. πρωτ. ... και ... πράξεις του Διοικητή του Νοσοκομείου και η επιχειρούμενη συνέχιση του διαγωνισμού.

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 €624,66

Αριθμός απόφασης: 31/2022

2. Επειδή, με την υπ' αριθμόν διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε δημόσιος ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός (συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ) για την προμήθεια (....) με ταυτόχρονη παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού ανοσολογικού αναλυτή υψηλής παραγωγικότητας τύπου Α, συνολικού προϋπολογισμού 154.913,89 € με ΦΠΑ (124.930,47 € χωρίς ΦΠΑ) (CPV) : (....) με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής (συμπεριότερη προσφορά) και ημερομηνία διενέργειας την 28-8-2018.

3. Επειδή, στον εν λόγω διαγωνισμό έλαβαν μέρος η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα υποβάλλοντας προσφορές. Αρχικά η προσφεύγουσα άσκησε ενώπιον της ΑΕΠΠ προδικαστική προσφυγή στρεφόμενη κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, επί της οποίας εκδόθηκε από το 4^ο Κλιμάκιο η υπ'αριθμ. 1017/2018 απόφαση που την απέρριψε στο σύνολό της. Επίσης, η παρεμβαίνουσα άσκησε ενώπιον της ΑΕΠΠ προδικαστική προσφυγή στρεφόμενη κατά της προσφοράς της προσφεύγουσας, επί της οποίας εκδόθηκε από το 4^ο Κλιμάκιο η υπ'αριθμ. 1022/2018 απόφαση που την έκανε εν μέρει δεκτή. Ακολούθως, η παρεμβαίνουσα κατά της ως άνω 1022/2018 απόφασης άσκησε αίτηση ακύρωσης ενώπιον του αρμόδιου Διοικητικού Εφετείου. Με την υπ'αριθμ. 313/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, έγινε δεκτή η αίτηση ακύρωσης με αποτέλεσμα να αποκλεισθεί οριστικά πλέον η εταιρεία και να παραμείνει στον διαγωνισμό με παραδεκτή προσφορά μόνο η παρεμβαίνουσα Με τις υπ' αρ. ... και ... πράξεις του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής ζητήθηκε η παράταση της ισχύος της προσφοράς της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας.

4. Επειδή, κατά των ως άνω αποφάσεων, των οποίων πλήρη γνώση έλαβαν ηλεκτρονικά μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ οι προσφέροντες στις 09.11.2021 ασκήθηκε εμπρόθεσμα η υπό κρίση προσφυγή στις 12.11.2021, 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.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε μέσω της λειτουργικότητας

Αριθμός απόφασης: 31/2022

«επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 12.11.2021 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 10526/26.11.2021 απόψεις, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 29.11.2021.

6. Επειδή, η παρέμβαση έχει ασκηθεί εκπρόθεσμα και ως εκ τούτου είναι απαράδεκτη, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 12.11.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 14.12.2021, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της παρεμβαίνουσας περί μη έγκαιρης κοινοποίησης σε αυτήν της υπό κρίση προσφυγής, καθόσον είχε τηρηθεί η εκ του νόμου απαιτούμενη κοινοποίηση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ χωρίς να απαιτείται και η ταυτόχρονη αποστολή αυτής μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

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 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 στρέφεται κατά των προσβαλλόμενων πράξεων με τις οποίες η αναθέτουσα αρχή αιτήθηκε την παράταση της ισχύος των προσφορών της παρεμβαίνουσας αλλά και της προσφεύγουσας (προφανώς εκ παραδρομής αφού η τελευταία είχε αποκλεισθεί από την διαγωνιστική διαδικασία οριστικά).

Αριθμός απόφασης: 31/2022

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η προσφεύγουσα, όπως εκτέθηκε στην σκέψη 3 της παρούσης, αποκλείστηκε οριστικά από την διαγωνιστική διαδικασία με την υπ' αριθμ. 313/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης και παρέμεινε ως μόνη συμμετέχουσα με παραδεκτή προσφορά η παρεμβαίνουσα. Όπως έχει ήδη κριθεί με τη με αρ. 235/2019 απόφαση του Συμβουλίου της Επικρατείας (ΕΑ Ολομ) «...προϋπόθεση για την θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος του αποκλεισθέντος, στις περιπτώσεις αυτές, παραμένει το επίκαιρο της αμφισβήτησης της νομιμότητας του αποκλεισμού του, δεδομένου ότι, άλλως, ο διαγωνιζόμενος θα μετέπιπτε στην κατάσταση του οριστικώς αποκλεισθέντος. Στερείται, ως εκ τούτου, εννόμου συμφέροντος να προσβάλει πράξεις επόμενων σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος δεν αμφισβήτησε επικαίρως τον αποκλεισμό του, όπως, εξ άλλου, και ο διαγωνιζόμενος του οποίου ο αποκλεισμός κατέστη οριστικός προ της ασκήσεως της προσφυγής του κατά της συμμετοχής άλλων διαγωνιζομένων, με την απόρριψη της στρεφόμενης κατά του αποκλεισμού του αιτήσεως ακυρώσεως.».

Αντίστοιχα με την απόφαση του ΔΕΕ της 24 Μαρτίου 2021 (επί της υποθέσεως C-771/19, NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε. – LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε.), κατόπιν προδικαστικού ερωτήματος της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ, κρίθηκε ότι «...ένας προσφέρων ο οποίος αποκλείστηκε από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης σε στάδιο προγενέστερο του σταδίου της ανάθεσης της σύμβασης αυτής και του οποίου η αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης αποκλεισμού του από τη διαδικασία αυτή απορρίφθηκε μπορεί να προβάλει, με την ταυτοχρόνως ασκηθείσα αίτησή του για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς άλλου προσφέροντος, όλους τους ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της νομοθεσίας αυτής, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του. Η δυνατότητα αυτή δεν επηρεάζεται από το γεγονός ότι απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή ενώπιον ανεξάρτητου εθνικού οργάνου, την οποία έπρεπε, βάσει του εθνικού δικαίου, να ασκήσει προηγουμένως ο εν λόγω προσφέρων κατά της απόφασης αποκλεισμού του, εφόσον η απόρριψη αυτή δεν έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου».

Αριθμός απόφασης: 31/2022

Εκ των ανωτέρω συνάγεται σαφώς ότι διαγωνιζόμενος του οποίου ο αποκλεισμός κατέστη οριστικός, όπως εν προκειμένω της προσφεύγουσας ύστερα από την εις βάρος της απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, στερείται εννόμου συμφέροντος να προσβάλλει πράξεις των επόμενων σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επομένως, ο υπό κρίση λόγος της προσφυγής προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος και πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτος.

10. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή και την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22 Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 11 Ιανουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΣΑΒΒΑΣ ΜΑΚΡΙΔΗΣ