

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**7<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 5 Μαρτίου 2019 με την εξής σύνθεση:  
Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και  
Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 25.01.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό  
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 105/28.01.2019 Ανώνυμης Εταιρείας με την  
επωνυμία «...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και τον διακριτικό τίτλο  
«...Α.Ε.» που εδρεύει στον ..., ..., αρ. ...και ..., αρ. ..., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα  
εκπροσωπείται.

Κατά του ...Νοσοκομείου ... «...», το οποίο υπάγεται στη ...<sup>η</sup>  
Υγειονομική Περιφέρεια ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να  
ακυρωθεί η με αριθμό ...Διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, το ...Νοσοκομείο ... «...», το οποίο υπάγεται στη ...<sup>η</sup>  
Υγειονομική Περιφέρεια ... ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό  
Ανοιχτό Διαγωνισμό άνω των ορίων, με αριθμό Διακήρυξης ...και Αριθμό  
Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων  
(Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ... (στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. εμφανίζονται δύο αρχεία με τον ίδιο αριθμό,  
το πρώτο με ημερομηνία ανάρτησης 31.12.2018 και το δεύτερο με ημερομηνία

## Αριθμός Απόφασης: 325 /2019

ανάρτησης 02.01.2019), η οποία δημοσιεύθηκε στις 26.12.2018 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και αναρτήθηκε αρχικά στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 31.12.2018, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) .... Ωστόσο, κατόπιν κατάργησης λόγω ματαίωσης της ανωτέρω διακήρυξης, αναρτήθηκε εκ νέου στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 02.01.2019 η νέα διακήρυξη, με τον ίδιο αριθμό, με μοναδικό κωδικό Α.Δ.Α.Μ. ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΔΙΑΦΟΡΩΝ ΕΡΓΑΣΤΗΡΙΩΝ» (CPV ...), συνολικού προϋπολογισμού ενός εκατομμυρίου ογδόντα επτά χιλιάδων οκτακοσίων πενήντα τεσσάρων ευρώ και σαράντα έξι λεπτών (1.087.854,46 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας ενός έτους, με αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 19<sup>η</sup> Φεβρουαρίου 2019, ημέρα Τρίτη και αρχική ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 27<sup>η</sup> Φεβρουαρίου 2019, ημέρα Τετάρτη και ώρα 10:00 π.μ. Ήδη η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει της από 01.02.2019 διευκρίνισής της, η οποία κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., ανακοίνωσε ότι: *«...λόγω κατάθεσης προδικαστικών προσφυγών από τις εταιρείες ...Α.Ε. και ...Α.Ε. κατά της Διακήρυξης του διαγωνισμού με ημερομηνίες εξέτασης από την Α.Ε.Π.Π. στις 22-2-2019, στις 5-3-2019 και 6-3-2019, η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών παρατείνεται για την Παρασκευή 5 Απριλίου 2019 και η ημερομηνία αποσφράγισης την Πέμπτη 11 Απριλίου 2019, σε περίπτωση απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής. Σε περίπτωση δε αποδοχής της προσφυγής και ως εκ τούτου τροποποίησης της Διακήρυξης θα υπάρξει νεώτερη Ανακοίνωση.»*. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 25.01.2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία στρέφεται κατά της με αριθμό διακήρυξης ..., υποστηρίζοντας:

- 1) ότι εσφαλμένα τίθεται ως προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφοράς των διαγωνιζομένων και κριτήριο ανάθεσης επί δημόσιου διαγωνισμού προμήθειας ιατροτεχνολογικών προϊόντων διενεργούμενο με βάση τη μέθοδο τη τιμής ανά εξέταση, την εξάρτηση της τιμής της υποβαλλόμενης οικονομικής προσφοράς από το ύψος της τελευταίας συμβάσιμης τιμής αγοράς του είδους,
- 2) ότι διαπιστώνεται αβεβαιότητα ως προς τον χρόνο ισχύος της σύμβασης, η οποία επηρεάζει τη διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς,
- 3) ότι εισάγονται κριτήρια βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής στον επίμαχο διαγωνισμό, ο οποίος έχει κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά αποκλειστικά βάσει της τιμής

και επικαλείται ότι σε πλήρη αντίθεση με τις επικαλούμενες από αυτήν διατάξεις του Ν. 4412/2016 και της διακήρυξης, οι προσβαλλόμενοι όροι παραβιάζουν την αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης και καταστρατηγούν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι με αυτήν όροι της με αριθμό ...διακήρυξης για την προμήθεια αντιδραστηρίων με ταυτόχρονη παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού όσον αφορά ειδικότερα τα είδη υπό στοιχεία Α.1 αντιδραστηρίων (Αντιδραστήρια Αυτόματης Γραμμής Παραγωγής προαναλυτικών, βιοχημικών, ανοσολογικών, αιματολογικών, αιμόστασης, μεταναλυτικών και πληροφοριακών συστημάτων) και Α.5 Κυτταρομετρητή Ροής και να της επιστραφεί το κατά τα εκτιθέμενα στην κρινόμενη προσφυγή κατατεθέν υπό τον κωδ. αριθμ. ...παράβολο ποσού 2.081,61 €.

## Αριθμός Απόφασης: 325 /2019

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 25.01.2019 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας ALPHA BANK, ποσού δύο χιλιάδων ογδόντα ενός ευρώ και εξήντα ενός λεπτών (2.081,61 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

6. Επειδή, ο επίδικος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, στις 29.01.2019, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

11. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 127/28.01.2019 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση

Αναθέτουσας Αρχής προ Χορήγησης Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 30.01.2019 και υπέβαλε, εντός της οριζόμενης προθεσμίας και συγκεκριμένα αυθημερόν, στις 30.01.2019, στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με την υπό κρίση προσφυγή.

12.Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ενώ περαιτέρω, εάν εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από

τους οποίους βλάπτεται. (ΣΤΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑΘ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑΘ (Ασφ) 561/2013, ΣΤΕ(Ασφ) 314/2013, ΣΤΕ (Ασφ) 472/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 718/2012, ΣΤΕ (Ασφ) 714/2012, ΣΤΕ 890/2009, ΣΤΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

13.Επειδή, στην κρινόμενη Προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της, λόγω του ότι η διατύπωση των προβαλλόμενων λόγων της προσβαλλόμενης με την προσφυγή διακήρυξης, αποκλείει κατά δήλωσή της, αθέμιτα τη συμμετοχή της από τον εν λόγω διαγωνισμό εις βάρος των συμφερόντων της και με ζημία της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα, το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της με αριθμό ...Διακήρυξης.

Νομίμως φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

14.Επειδή, στο πλαίσιο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, στις 14.01.2019 είχε κατατεθεί η Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 46/15.01.2019 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και τον διακριτικό τίτλο «...Α.Β.Ε.Ε.» που εδρεύει στον Δήμο ..., οδός ..., αρ. ..., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, στρεφόμενης ομοίως κατά της υπ' αριθμ. ...διακήρυξης, βάσει της οποίας εκδόθηκε η υπ' αριθμ. 270/13.03.2019 Απόφαση της Α.Ε.Π.Π., με την οποία αποφασίστηκε η ακύρωση της με την παρούσα προσφυγή προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής.

15.Επειδή, περαιτέρω, η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της Α.Ε.Π.Π. αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική

και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο. Το αναγνωριστικό-διαγνωστικό αυτό πόρισμα της ακυρωτικής απόφασης ανευρίσκεται στις αιτιολογίες της απόφασης και μάλιστα αποτελεί «προδικαστικό ζήτημα» του κυρίου ζητήματος, που είναι η ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης (ad hoc ΕΑ ΣΤΕ 408/2018 και ΑΕΠΠ 242/2019 σκ. 10). Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω, δοθέντος αφενός ότι η προσβαλλόμενη ακύρωθηκε ήδη με την με αρ. 270/2019 Απόφαση ΑΕΠΠ, αφετέρου ότι οι προϋποθέσεις παραδεκτού πρέπει να συντρέχουν τόσο κατά τον χρόνο κατάθεσης της προσφυγής όσο και κατά το χρόνο συζήτησης αλλά και έκδοσης απόφασης επί της υπό εξέταση προσφυγής, η προσβαλλόμενη ως ήδη ακυρωθείσα θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα (βλ. ΕΑ ΣτΕ 183/2011, ΔΕφΠειρ. Ακυρωτικό 37/2013 και Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, Νομική Βιβλιοθήκη, παρ. 340 σελ. 188). Συνεπώς, εξέλιπε το αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής.

16.Επειδή, με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, ήτοι εξαιτίας της ρητής ακύρωσης της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. ...διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, δυνάμει της υπ' αριθμ. 270/2019 Απόφασης της Α.Ε.Π.Π., κατ' ακολουθίαν η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή δεν εξετάζεται περαιτέρω ως προς την ουσία της, καθώς κατέστη άνευ αντικειμένου.

17.Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δεν εξετάζει περαιτέρω ως προς την ουσία της την Προδικαστική Προσφυγή.

**Αριθμός Απόφασης: 325 /2019**

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του παραβόλου, ποσού δύο χιλιάδων ογδόντα ενός ευρώ και εξήντα ενός λεπτών (2.081,61 €).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 5 Μαρτίου 2019 και εκδόθηκε στις 26 Μαρτίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου**

**Νικόλαος Λιακατσίδας**