

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Φεβρουαρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Ιωάννα Θεμελή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 29.01.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 241/1.02.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «*****πρόσκλησης (εφεξής η «προσβαλλόμενη») και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πρόσκληση καθώς και κάθε προηγούμενη ή επόμενη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής που ερείδεται στην προσβαλλόμενη.

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 το νόμιμο 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, ποσού 600 ευρώ βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, την από 29.01.2021 πληρωμή στην EUROBANK και την

Αριθμός απόφασης: 402/2021

εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Επισημαίνεται ότι ούτε από την Πρόσκληση, ούτε από τα μνημονευόμενα σε αυτή έγγραφα προκύπτει το προυπολογιζόμενο ποσό της σύμβασης για την οποία ασκείται η προσφυγή. Συνεπώς νόμιμα και παραδεκτά έχει καταβληθεί το ελάχιστο ποσό παραβόλου, ως προβλέπεται στο άρθρ. 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και στο άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του ΠΔ 39/2017, όπου ορίζεται ότι: *« 1.[...] Αν από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, κατατίθεται παράβολο ύψους εξακοσίων (600) ευρώ».*

2. Επειδή με τη με αριθμ. πρωτ. **** πρόσκληση η αναθέτουσα αρχή κάλεσε τους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν προσφορά για την επείγουσα ****, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε 23 είδη, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα είδη καθώς και για μέρος της ζητούμενης ποσότητας έκαστου είδους.

3. Επειδή με το άρθρο 22 του ν. 2737/1999 το ****, που ιδρύθηκε με το άρθρο 7 παρ. 1 του ν. 1965/1991 και λειτουργεί ως νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου, μετατράπηκε σε ανώνυμη εταιρία, το μετοχικό κεφάλαιο της οποίας αποτελείται από μία ονομαστική μετοχή, η οποία ανήκει στο νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου **** (Βλ. ΔΕφΑθ 3562/2013). Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 48 του ν. 4753/2020 *«Εφόσον εξακολουθεί να υφίσταται ο κίνδυνος διασποράς του κορωνοϊού****, και έως και την 28η.2.2021, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «**** δύναται, κατά παρέκκλιση όλων των κείμενων εθνικών διατάξεων περί δημοσίων συμβάσεων, πλην αυτών που ενσωματώνουν ενωσιακό δίκαιο και των διατάξεων περί σκοπού της ****, να απευθύνει πρόσκληση για την **** σε δημόσιες δομές υγείας για τη νοσηλεία κρουσμάτων κορωνοϊού. Ειδικός νοσοκομειακός εξοπλισμός που εμπίπτει στη διαδικασία προμήθειας του παρόντος ενόψει της ενεστώσας έκτακτης ανάγκης δημόσιας υγείας, είναι*

Αριθμός απόφασης: 402/2021

αναπνευστήρες, κλίνες νοσηλείας, πάγιος εξοπλισμός κλινών, μόνιτορ παρακολούθησης ζωτικών ενδείξεων, κλειστά κυκλώματα αναρρόφησης και αναγκαία ιατροτεχνολογικά προϊόντα συνοδά προς τη λειτουργία αναπνευστήρων. Η πρόσκληση αναρτάται μέσω της ιστοσελίδας της εταιρείας για χρονικό διάστημα τριών (3) ημερών και δύναται να απευθύνεται σε κάθε επιχείρηση πώλησης και διάθεσης του ανωτέρω εξοπλισμού και παροχής υπηρεσιών. Οι συμβάσεις συνάπτονται με σκοπό την αγορά ικανών ποσοτήτων με κριτήριο χαμηλότερης τιμής μεταξύ των άμεσα διαθέσιμων προϊόντων και υπηρεσιών κατά παρέκκλιση της υποπαρ. 1.1.3 του άρθρου 25 του ν. 4472/2017». Συνεπώς, βάσει των προεκτεθέντων, εν προκειμένω η ΙΦΕΤ ΜΑΕ αποτελεί αναθέτουσα αρχή κατά τις διατάξεις του Ν.4412/2016.

4. Επειδή, το πλήρες κείμενο της πρόσκλησης καταχωρήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 15.12.2020 με Α.Δ.Α.Μ. **** καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε αύξοντα αριθμό ****.

5. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικείμενου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του Ν. 4412/2016

6. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και 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 Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή την 1.02.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό κρίση προσφυγής σε όλους τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: 402/2021

8. Επειδή με τις υπ' αριθμ. 276/2021 και 387/2021 Πράξεις 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.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 8.02.2021 μέσω της επικοινωνίας του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν.

10. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε στις 8.02.2021 ήτοι εμπροθέσμως, στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1011/2021 παρέμβασή του, ο οποίος θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς έχει κριθεί αποδεκτή η προσφορά του για το είδος με α/α 23 και έχει ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η 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 το άρθρο 346 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : *«1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 2 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368.[...]»*.

13. Επειδή το άρθρο 360 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι :*«1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη*

Αριθμός απόφασης: 402/2021

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.[...].».

14. Επειδή, το άρθρο 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ».

15. Επειδή το άρθρο 362 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΠΠ. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της».

16. Επειδή, το άρθρο 4 του ΠΔ. 39/2017 ορίζει ότι: «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή με τηλεομοιοτυπία (άρθρο 361 παρ. 1 περ. α' ν. 4412/2016) ή β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την

Αριθμός απόφασης: 402/2021

κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας (άρθρο 361 παρ. 1 περ. β' ν. 4412/2016), άλλως γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δέκα πέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ' ν. 4412/2016)».

17. Επειδή το άρθρο 8 του ΠΔ 39/2017 ορίζει ότι : «Η προσφυγή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. [...]».

18. Επειδή στον όρους της πρόσκλησης προβλέπεται ότι: « [...] 14. ΔΙΚΑΣΤΙΚΗ ΕΠΙΛΥΣΗ ΔΙΑΦΟΡΩΝ Κάθε διαφορά μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών που προκύπτει πριν την σύναψη σύμβασης επιλύεται σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν.4412/2016».

19. Επειδή, είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο εθνική ρύθμιση, η οποία προβλέπει ότι η προσφυγή κατά αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ασκείται εντός της ταχθείσας προς τούτο προθεσμίας και ότι οι θιγόμενοι ενδιαφερόμενοι που επικαλούνται πλημμέλεια της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, προς στήριξη της προσφυγής τους, πρέπει να προβάλουν την εν λόγω πλημμέλεια εντός της ίδιας προθεσμίας, διότι άλλως θα απολέσουν το σχετικό δικαίωμά τους, με αποτέλεσμα ότι, αν παρέλθει η προθεσμία αυτή, δεν είναι δυνατή ούτε η προσβολή της εν λόγω αποφάσεως ούτε η προβολή της εν λόγω πλημμέλειας, εφόσον η επίμαχη προθεσμία είναι εύλογη (Απόφαση της 11ης Οκτωβρίου 2007, C-241/06, Lämmerzahl, Συλλογή 2007, σ. I-8415, σκέψη 50 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

20. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η προσβαλλόμενη πρόσκληση δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και αναρτήθηκε

Αριθμός απόφασης: 402/2021

στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την 15.12.2020, οπότε, και ως ρητώς παραδέχεται στην υπό κρίση προσφυγή του, ο προσφεύγων έλαβε γνώση αυτής. Η δε υπό εξέταση προσφυγή κατατέθηκε από τον προσφεύγοντα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την 29.01.2021. Εντούτοις, με βάση τις προπαρατεθείσες διατάξεις, ο προσφεύγων εδύνατο να ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης πρόσκλησης μέχρι την 28.12.2020, δοθέντος ότι ισχυρίζεται ότι έλαβε γνώση αυτής την 15.12.2020 και σε κάθε περίπτωση μέχρι την 11.01.2021, αν ήθελε θεωρηθεί ότι συντρέχει τεκμήριο πλήρους γνώσης της πρόσκλησης μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από την ανάρτησή της στο ΚΗΜΔΗΣ και άρα η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εκπροθέσμως, ως βασίμως ισχυρίζονται η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων. Οι δε ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί μη δυνατότητας άσκησης προδικαστικής προσφυγής για λόγους ανωτέρας βίας ερειδόμενοι στο γεγονός ότι ο τίτλος της πρόσκλησης του δημιουργήσε την πεποίθηση ότι πρόκειται για διαγωνισμό προμήθειας εξοπλισμού για την αντιμετώπιση του ***και όχι καρδιολογικού εξοπλισμού με αποτέλεσμα να μην υποβάλει προσφορά τυγχάνουν απορριπτέοι ως προδήλως αβάσιμοι. Και τούτο διότι, ως γίνεται παγίως δεκτό στη θεωρία και νομολογία, ανωτέρα βία συνιστά κάθε γεγονός εξαιρετικό και απρόβλεπτο, το οποίο είναι, είτε αντικειμενικό, είτε υποκειμενικό και το οποίο δεν θα μπορούσε να προληφθεί, όχι μόνον από το μέσο άνθρωπο, αλλά ακόμα και από τον ακραία επιμελή και συνετό (ΑΠ Ολομ. 29/1992, 1537 και 1497/2008, 513/2016, ΑΕΠΠ 1460/2019) ενώ ως «δικονομική» ανωτέρα βία ορίζεται κάθε τυχαίο περιστατικό που οδηγεί αιτιωδώς στην απώλεια γνήσιας δικονομικής προθεσμίας, χωρίς να υφίσταται για την απώλεια αυτή οιοσδήποτε βαθμός υπαιτιότητας του διαδίκου (ΑΠ Ολομ. 29/1992, 1537 και 1497/2008, 518/2010, 513/2016, ΕφΛαμ 186/2011, ΕφΠειρ 59/2010, ΜονΠρΠατρ 487/1992). Συνεπώς, η παράλειψη μελέτης από τον προσφεύγοντα του συνόλου των όρων της πρόσκλησης και η μη συμμετοχή του για το λόγο αυτό στο διαγωνισμό αποτελούν γεγονότα

Αριθμός απόφασης: 402/2021

αναγόμενα αποκλειστικά στη δική του σφαίρα ευθύνης και δεν δύνανται σε καμία περίπτωση να στοιχειοθετήσουν αδυναμία τήρησης της προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής ως γεγονότα ανωτέρας βίας. Ο δε προσφεύγων, ως επιμελής υποψήφιος, όφειλε να ελέγξει ενδελεχώς όλους τους όρους της πρόσκλησης, συμπεριλαμβανομένου προφανώς και του πίνακα των υπό προμήθεια ειδών ο οποίος προσδιορίζει το αντίκειμενο του διαγωνισμού και όχι μόνον ο τίτλος αυτού. Ομοίως, για τους ίδιους λόγους και η ενημέρωσή του προσφεύγοντος μόλις την 27.01.2021 και μάλιστα από έτερους οικονομικούς φορείς ως προς το περιεχόμενο του πίνακα ειδών της πρόσκλησης δεν μπορεί να θεωρηθεί νομίμως και παραδεκτώς ότι εκκίνησε την προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά της πρόσκλησης ως προς τον προσφεύγοντα. Επομένως, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί ως εκπροθέσμως και άρα απαραδέκτως ασκηθείσα.

21. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

23. Επειδή η παρέμβαση θα πρέπει να γίνει δεκτή.

24. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στη σκέψη 22, 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 την παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου

Αριθμός απόφασης: 402/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Φεβρουαρίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΝΙΚΟΛΑΟΣ ΔΕΜΙΡΤΖΗΟΓΛΟΥ**