

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 4 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 25.02.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 297/25.02.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στ.. ..., ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά α) της με αριθμ. πρωτ. 2280/18.01.2022 απόφασης της Διοικήτριας περί έγκρισης των υπ' αριθμ. 45253/25.10.2021 και 48940/16.11.2021 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού (εφεξής η «πρώτη προσβαλλόμενη»), β) της με αριθμ. πρωτ. 44442/20.10.2021 απόφασης της Διοικήτριας περί έγκρισης του υπ' αριθμ. 43333/13.10.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού (εφεξής η «δεύτερη προσβαλλόμενη») και γ) της απόφασης οριστικής κατακύρωσης και υπογραφής της σύμβασης και

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

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες αποφάσεις κατά το σκέλος που απορρίπτεται η προσφορά του.

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

Αριθμός απόφασης: 505/2022

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 24.02.2022 πληρωμή στην ALPHA BANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) δοθέντος ότι από την Πρόσκληση δεν προκύπτει το προϋπολογιζόμενο ποσό του υπό προμήθεια είδους της σύμβασης σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική 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 η αναθέτουσα αρχή με τη με αριθμ. πρωτ. ... πρόσκληση κάλεσε τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να υποβάλλουν προσφορές για άμεση προμήθεια του είδους «Αντισηπτικό χεριών» με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, για την αντιμετώπιση των έκτακτων αναγκών από τον κορωνοϊο COVID-19 των Νοσοκομείων της Επικράτειας. Επισημαίνεται ότι ο διαγωνισμός διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της πρόσκλησης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 12.01.2021 με ΑΔΑΜ ...

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.

Αριθμός απόφασης: 505/2022

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή κατατέθηκε στην ΑΕΠΠ στις 25.02.2022 και ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017.

Ωστόσο, εκπροθέσμως ο προσφεύγων ασκεί την παρούσα προδικαστική προσφυγή κατά της πρώτης προσβαλλόμενης με αριθμ. πρωτ. 2280/18.01.2022 απόφασης, δοθέντος ότι, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η εν λόγω απόφαση κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στον προσφεύγοντα μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 19.01.2022. Αορίστως και αναποδείκτως ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι το ηλεκτρονικό μήνυμα με το οποίο του κοινοποιήθηκε η πρώτη προσβαλλόμενη βρισκόταν στην «ανεπιθύμητη αλληλογραφία» του με αποτέλεσμα να λάβει γνώση αυτού μόλις την 21.02.2022, καθώς ουδέν προσκομίζει προς απόδειξη των ισχυρισμών του, σε κάθε δε περίπτωση ο προσφεύγων δεν αμφισβητεί το πραγματικό γεγονός ότι το ηλεκτρονικό μήνυμα περί κοινοποίησης της πρώτης προσβαλλόμενης απόφασης είχε παραδοθεί στην ηλεκτρονική του διεύθυνση και παραληφθεί από αυτόν την 19.01.2022. Ομοίως αορίστως και αναποδείκτως ο προσφεύγων προβάλλει ότι εξαιτίας προβλήματος του mail της αναθέτουσας αρχής δεν έλαβε το ηλεκτρονικό μήνυμα κοινοποίησης της πρώτης προσβαλλόμενης στην εισερχόμενη αλληλογραφία του καθώς, όπως προκύπτει από το με αριθμ. πρωτ. 9587/4.03.2022 έγγραφο της Διεύθυνσης Πληροφορικής της αναθέτουσας αρχής, ουδέν πρόβλημα παρουσιάζει το mail της αναθέτουσας αρχής, τουναντίον γίνεται αυτομάτως έλεγχος για ιούς και το σχετικό μήνυμα ελέγχθηκε και απεστάλη «καθαρό» στον προσφεύγοντα. Επισημαίνεται ότι, εφόσον ο διαγωνισμός διενεργείται εκτός ΕΣΗΔΗΣ, έκαστος διαγωνιζόμενος φέρει την ευθύνη επιμελούς ελέγχου του συνόλου της ηλεκτρονικής του διεύθυνσης μέσω της οποίας διενεργείται η επικοινωνία του με την αναθέτουσα αρχή στο πλαίσιο του διαγωνισμού, ουδόλως δε η αναθέτουσα αρχή υπέχει οιαδήποτε εκ του νόμου υποχρέωση κοινοποίησης των πράξεών της προς τους συμμετέχοντες και με έτερους τρόπους πλην της αποστολής ηλεκτρονικού μηνύματος, ο οποίος προδήλως συνιστά πρόσφορο τρόπο επικοινωνίας σε διενεργούμενους εκτός ΕΣΗΔΗΣ διαγωνισμούς. Επίσης ουδεμία υποχρέωση εκ του νόμου έχει η αναθέτουσα αρχή να αιτείται

Αριθμός απόφασης: 505/2022

τη λήψη επιβεβαιωτικού μηνύματος από τους παραλήπτες των ηλεκτρονικών μηνυμάτων της, τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα από τον προσφεύγοντα δεν βρίσκουν έρεισμα στο νόμο. Η δε επικαλούμενη από τον προσφεύγοντα υπ' αριθμ 1987/2021 απόφαση του ΣΤΕ προδήλως δεν σχετίζεται με το επίμαχο ζήτημα, δοθέντος ότι, εν προκειμένω, ο προσφεύγων ελάβε πλήρη γνώση της πρώτης προσβαλλόμενης απόφασης την 19.01.2022, ως ο ίδιος άλλωστε επιβεβαιώνει, καθώς αναφέρει ότι το ηλεκτρονικό μήνυμα περί κοινοποίησης σε αυτόν της πρώτης προσβαλλόμενης απόφασης παραδόθηκε στην ηλεκτρονική του διεύθυνση που είχε δηλώσει για την επικοινωνία του με την αναθέτουσα αρχή την 19.01.2022, ενώ το γεγονός ότι ο προσφεύγων δεν έλεγξε εγκαίρως την αλληλογραφία του οφείλεται αποκλειστικώς σε δική του υπαιτιότητα, μη δυνάμενη για το λόγο αυτό να θεωρηθεί ότι συνεπάγεται αδυναμία γνώσης της πρώτης προσβαλλόμενης. Εφόσον δε ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι την 19.01.2022, αν και παραδόθηκε στην ηλεκτρονική του διεύθυνση το ηλεκτρονικό μήνυμα περί κοινοποίησης της πρώτης προσβαλλόμενης απόφασης δεν μπορούσε να λάβει γνώση αυτού, ο προσφεύγων φέρει το βάρος της απόδειξης της επικαλούμενης προς τούτου αδυναμίας του, το οποίος όμως ουδόλως αποδεικνύει δια οιοδήποτε εγγράφου, τουναντίον η αναθέτουσα αρχή βασίμως υποστηρίζει και αποδεικνύει ότι το σύνολο της διενεργούμενης με τον προσφεύγοντα αλληλογραφίας έχει διενεργηθεί επιτυχώς στη δηλωθείσα από αυτόν ηλεκτρονική διεύθυνση, συμπεριλαμβανομένου και του επίμαχου μηνύματος.

Επίσης, εκπροθέσμως ασκείται η παρούσα προσφυγή κατά της με αριθμ. πρωτ. 44442/20.10.2021 δεύτερης προσβαλλόμενης απόφασης, δοθέντος ότι, ως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 16.12.2021, γεγονός το οποίο δεν αμφισβητεί ο προσφεύγων. Ουδόλως δε εκ του περιεχομένου της πρώτης προσβαλλόμενης απόφασης προκύπτει ότι ενσωματώνεται σε αυτήν και η με αριθμ. πρωτ. 44442/20.10.2021 δεύτερη προσβαλλόμενη απόφαση, οι δε σχετικοί ισχυρισμοί του προσφεύγοντος τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι αλλά και αλυσιτελείς, δεδομένου ότι

Αριθμός απόφασης: 505/2022

απαραδέκτως ο προσφεύγων ασκεί την παρούσα προσφυγή κατά της πρώτης προσβαλλόμενης απόφασης.

6. Επειδή στις 28.02.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθμ. 416/2022 Πράξη του Προέδρου του 4^{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 παρεμβαίνων κατέθεσε στις 8.03.2022, ήτοι εμπροθέσμως, μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, την με αριθμό ΓΑΚ ΠΑΡ 1424/2022 παρέμβασή του, για την οποία θεμελιώνει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον καθώς η προσφορά του έχει κριθεί αποδεκτή και έχει ανακηρυχθεί οριστικός ανάδοχος και ως εκ τούτου, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή την 9.03.2022 απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου τις απόψεις της επί της προσφυγής, οι οποίες κοινοποιήθηκαν στον προσφεύγοντα αυθημερόν μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

10. Επειδή ο προσφεύγων στις 25.03.2022 υπέβαλε μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου υπόμνημα επί των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, το οποίο ασκήθηκε εκπροθέσμως και δεν λαμβάνεται υπόψη από το Κλιμάκιο.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 366 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος δεκαεπτά οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων. Με τη με αριθμ. πρωτ. 27698/7.07.2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής ο προσφεύγων ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος και ο παρεμβαίνων

Αριθμός απόφασης: 505/2022

δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας. Κατά της εν λόγω απόφασης ο παρεμβαίνων άσκησε την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1436/2021 προδικαστική προσφυγή, η οποία απορρίφθηκε με την υπ' αριθμ. 1331/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ και επικυρώθηκε με την υπ' αριθμ. 46/2021 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Χανίων. Στη συνέχεια, σύμφωνα με το υπ' αριθμ. 43333/13.10.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού αφού διαπίστωσε ότι το τεχνικό φυλλάδιο και η ετικέτα που συνοδεύουν την χορηγηθείσα από τον Ε.Ο.Φ. με αριθ. πρωτ. ... Κωδ. ΠΡ. ... Άδεια Κυκλοφορίας για το προϊόν ... του προσφεύγοντος είναι διαφορετικά από αυτά που κατατέθηκαν από αυτόν στην προσφορά του για την συμμετοχή του στο διαγωνισμό, εισηγήθηκε να προσέλθει σε νέα συνεδρίαση προκειμένου να κρίνει αν η εν λόγω οδηγία χρήσης/μέθοδος εφαρμογής, που απουσίαζε από την ετικέτα και το τεχνικό φυλλάδιο της άδειας ΕΟΦ ως κατατέθηκαν με την προσφορά του προσφεύγοντος και από την αυτοκόλλητη ετικέτα των δύο κατατιθέμενων δειγμάτων, συνιστά λόγο απόρριψης της τεχνικής προσφοράς του. Με τη δεύτερη προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 44442/20.10.2021 απόφαση εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό. Στη συνέχεια, με το υπ' αριθ. 45253/25.10.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού, κατόπιν επανελέγχου της τεχνικής προσφοράς του προσφεύγοντος, εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς του διότι το προσφερόμενο από αυτόν προϊόν ... αποκλίνει από τις τεχνικές προδιαγραφές της πρόσκλησης ως προς το ότι πριν εφαρμοστεί υπάρχει οδηγία τα χέρια και οι πήχεις να είναι βρεγμένα με νερό, ενώ ρητά οι προδιαγραφές της πρόσκλησης ορίζουν εφαρμογή του προϊόντος «χωρίς τη χρήση νερού». Επίσης, με το υπ' πρωτ. 48940/16.11.2021 Πρακτικό, η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την ανακήρυξη του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου. Με την πρώτη προσβαλλόμενη με αριθμ. πρωτ. 2280/18.01.2022 απόφαση εγκρίθηκαν τα ως άνω Πρακτικά. Κατόπιν δε αποστολής από τον παρεμβαίνοντα των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η Επιτροπή Διαγωνισμού με το υπ' αριθμ. 6448/14.02.2022 Πρακτικό εισηγήθηκε την κατακύρωση σε αυτόν του δαιγωνισμού. Με την υπ' αριθμ. 6580/15.02.2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το ως άνω Πρακτικό.

Αριθμός απόφασης: 505/2022

13. Επειδή ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού θεμελιώνει, καταρχάς, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά των πρώτης και δεύτερης προσβαλλόμενων αποφάσεων, ως προς το μέρος που αφορούν στην απόρριψη της προσφοράς του.

14. Επειδή όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόμποντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών, με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012). Συνεπώς, λόγοι που αφορούν τους όρους της Διακήρυξης ή και προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού προβάλλονται ανεπικαίρως στο παρόν στάδιο κι επομένως απαραδέκτως (βλ. ΣΤΕ 2770/2013, 5690/1996, 964/1998 Ολομ., 966/1998 Ολομ., 1415/2000 Ολομ., 3602/2005 επταμ., 702/2008, 1794/2008, 1667/2011 Ολομ., 3952/2011, 2137/2012, πρβλ. και ΔΕΚ, απόφαση της 12.2.2002, Universale-Bau AG, C-470/99 , σκέψεις 65 έως 79, καθώς και απόφαση της 27.2.2003, Santex SpA, C-327/00, σκέψεις 32 έως 66)

15. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι παρανόμως με τις πρώτη και δεύτερη προσβαλλόμενες αποφάσεις απορρίφθηκε η προσφορά του διότι όλα τα στοιχεία που υποβλήθηκαν κατά το διαγωνισμό ήταν αληθή, ακριβή και πλήρη.

16. Επειδή, ως έχει ήδη εκτεθεί υπό σκέψη 5, εκπροθέσμως και άρα απαραδέκτως ο προσφεύγων ασκεί την παρούσα προσφυγή κατά των πρώτης και δεύτερης προσβαλλόμενων αποφάσεων. Εφόσον δε ο προσφεύγων δεν αμφισβήτησε επικαίρως και εμπροθέσμως τον αποκλεισμό του, έχει καταστεί πλέον οριστικώς αποκλεισθείς και άρα, καταρχάς, στερείται

Αριθμός απόφασης: 505/2022

εννόμου συμφέροντος να προβάλλει ισχυρισμούς περί της νομιμότητας της απόφασης κατακύρωσης του διαγωνισμού στον παρεμβαίνοντα, σε κάθε δε περίπτωση, κατά τα εκτεθέντα υπό σκέψη 14, ανεπικαίρως και ως εκ τούτου απαραδέκτως επ' ευκαιρία της μόνης παραδεκτά προσβαλλόμενης απόφασης κατακύρωσης ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς περί της νομιμότητας του αποκλεισμού του, ζήτημα το οποίο κρίθηκε οριστικώς με την πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία δεν προσβλήθηκε εμπροθέσμως δια προδικαστικής προσφυγής από τον προσφεύγοντα. Ενόψει δε τούτου, αλυσιτελώς προβάλλονται από την αναθέτουσα αρχή και τον παρεμβαίνοντα ισχυρισμοί ως προς την ορθότητα της απόφασης αποκλεισμού του προσφεύγοντος. Επομένως, βάσει των προεκτεθέντων, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή τυγχάνει εν συνόλω απορριπτή.

17. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

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

19. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

20. Επειδή, ύστερα από τα εκτεθέντα στην προηγούμενη σκέψη, 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 προσφυγή

Δέχεται την παρέμβαση

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4 Απριλίου 2022 και εκδόθηκε στις 5 Απριλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ