

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 7 Απριλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Κωνσταντίνος Κορομπέλης σε αναπλήρωση της Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 8-3-2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 515/9-3-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...-...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής, «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 19-11-2020 κοινοποιηθείσας με αρ. ...Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, περί κατακύρωσης της ΟΜΑΔΑΣ 9 επιμέρους εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 483.870,97 ευρώ, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 10.427,419,35 ευρώ για την «Προμήθεια και εγκατάσταση μηχανολογικού εξοπλισμού Νοσοκομείων της ...», η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 26-7-2019 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ...την 30-7-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ... και ποσού 2.420,00 ευρώ, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, ο προσφεύγων προσβάλλει τη σε αυτόν κοινοποιηθείσα από 19-11-2020 εκτελεστή πράξη κατακύρωσης της ΟΜΑΔΑΣ 9 της διαδικασίας στην οποία μετείχε και αναδείχθηκε δεύτερος μετά τον παρεμβαίνοντα μειοδότης, καθ' ο μέρος εγκρίθηκε η κατακύρωση της σχετικής σύμβασης στον από 19-3-2021, κατόπιν της από 11-3-2021 κοινοποίησης της προσφυγής, παρεμβαίνοντα, η δε αναθέτουσα υποβάλλει τις από 18-3-2021 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 1-4-2021 υπόμνημά του. Προδήλως δε, έχει παρέλθει από 29-11-2020 η από 19-11-2020 διανυόμενη προθεσμία άσκησης προσφυγής κατά της νυν προσβαλλομένης, όλως δε απαραδέκτως ως εκπρόθεσμη ασκείται η προσφυγή. Σε αντίθεση δε με τους όλως αστήρικτους και εσφαλμένους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος ουδόλως τελούσε ή τελεί σε αναστολή από 19-11-2020 η προσθεσμία διοικητικής και προσωρινής δικαστικής προστασίας στο προσυμβατικό στάδιο (η δε προσωρινή δικαστική προστασία ρητά εξαιρείται από την αναστολή κατά την υπ' αριθμ. Δ1α/ΓΠ.οικ.13805 ΚΥΑ, όπως και την από 06.11.2020 Κ.Υ.Α. ΦΕΚ Β' 4899/07.11.2020 ΚΥΑ, ενώ η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η λειτουργία της ΑΕΠΠ, η οποία ουδόλως συνιστά «δικαστήριο», υπάγονται στο πλαίσιο λειτουργίας δημοσίων υπηρεσιών και όχι δικαστηρίων και οι όποιες προσωρινές ρυθμίσεις αφορούν τον τρόπο εσωτερικής λειτουργίας της και όχι την άσκηση των αρμοδιοτήτων της ή την άσκηση ή εξέταση προδικαστικών προσφυγών), ενώ αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται όλως άσχετες διατάξεις των οικείων ΠΝΠ σχετικά με ανά περίπτωση και για συγκεκριμένο χρονικό διάστημα, αναστολές λειτουργίας των δικαστηρίων, οι οποίες ουδεμία εφαρμογή επί της διοικητικής, ενώπιον της ΑΕΠΠ, διαδικασίας έχουν. Συνεπώς, δια της απράκτου παρέλευσης της

προθεσμίας προσβολής της οικείας κατακυρωτικής πράξης, η κατακύρωση στον παρεμβαίνοντα, κατ' άρ. 103 παρ. 3 Ν. 4412/2016, κατέστη οριστική, κάθε δε περαιτέρω τυχόν διαφορά του με την αναθέτουσα αφορά τις μεταξύ τους σχέσεις και δεν υφίσταται πλέον δικαίωμα του προσφεύγοντος να επιδιώξει τον αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος, αφού δια της μη προσβολής της σε αυτόν κατακύρωσης, αλλά και, βλ. κατωτέρω, της εξαρχής ανάδειξης του ως προσωρινού αναδόχου, απεδέχθη την ανάδειξη του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού και εν συνεχεία ως οριστικού αναδόχου και απώλεσε κάθε έννομο συμφέρον προβολής κάθε αναγόμενου σε τυχόν εσφαλμένη ανάδειξη αυτού κατά ήδη περατωθέντα στάδια. Δικαιούται δε πλέον ο προσφεύγων, κατ' άρ. 105 παρ. 5 Ν. 4412/2016, μόνο να υπεισέλθει στη θέση του νυν αναδόχου, αν δεν συναφθεί σύμβαση μαζί του, χωρίς όμως να υπάρχει κάποια δυνάμενη να προσβληθεί εκ του ιδίου πλέον εκτελεστή πράξη. Επιπλέον τούτου, σε κάθε περίπτωση, ουδεμία σχέση έχουν οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος με αυτά καθαυτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που αποτέλεσαν το μόνο αντικείμενο κρίσης της νυν προσβαλλομένης, αλλά εμμέσως στρέφονται κατά της εξαρχής ανάδειξης του παρεμβαίνοντος ως προσωρινού αναδόχου, ήτοι ως πρώτου μειοδότη στο στάδιο οικονομικών προσφορών, επί τη βάση της επικαλούμενης αναγκαιότητας συμπρομήθειας των παραρτημάτων των κλιβάνων, ήτοι των συστημάτων επεξεργασίας νερού. Το ως άνω στάδιο επικυρώθηκε με την υπ'άρ. ...(ΑΔΑ: ...) Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (55η συνεδρίαση της 8/9/2020), η οποία κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στο διαγωνισμό, συνεπώς και στον προσφεύγοντα προσφεύγουσα, μέσω της Επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ στις 16/9/2020 και άρα, οι οικείοι ισχυρισμοί ομοίως απαραδέκτως και εκπροθέσμως προβάλλονται, τούτο δε ενώ ούτως ή άλλως, η ΑΕΠΠ δεν δύναται να μεταβάλει την ίδια την ταυτότητα της προσβαλλομένης, υποκαθιστώντας τον προσφεύγοντα και αλλάζοντας ουσιωδώς το δικόγραφο του. Άλλωστε, δεν τίθεται καν ζήτημα τυχόν το πρώτον πλήρους γνώσης όσων κρίθηκαν δια της επικύρωσης οικονομικών προσφορών, αφού κατά το ΤΕΥΧΟΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ της διακήρυξης εξαρχής οριζόταν ότι «2. Διευκρινίζεται ότι όπου στις Αναλυτικές Τεχνικές Προδιαγραφές αναφέρονται οι

φράσεις: • «προσφέρεται κατ' επιλογή» • «ο καλύτερος διαθέσιμος του κατασκευαστή» • «ο πλέον σύγχρονος διαθέσιμος του κατασκευαστή» • «ο πλέον ολοκληρωμένος διαθέσιμος του κατασκευαστή» • ή άλλες παρόμοιες θα πρέπει να ληφθεί υπόψη από τους προσφέροντες ότι τα ανωτέρω κριτήρια δεν σταθμίζονται ούτε βαθμολογούνται, καθότι ο διαγωνισμός είναι μειοδοτικός με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής. Συνεπάγεται λοιπόν ότι τα ανωτέρω είναι επιθυμητά από την Αναθέτουσα Αρχή για τη μεγαλύτερη δυνατή αποτελεσματικότητα του εξοπλισμού, όμως δεν είναι υποχρεωτικά ή δεσμευτικά για τους διαγωνιζόμενους. Αντίθετα, δεσμευτική είναι η πλήρης κάλυψη όλων των τεχνικών και λοιπών απαιτήσεων που αναφέρονται στις Αναλυτικές Τεχνικές Προδιαγραφές.», κατά τα δε σημ. Θ1-Θ2 των προδιαγραφών της ομάδας 9, τόσο ο αποσκληρυντής νερού, όσο και το σύστημα αντίστροφης όσμωσης συνιστούσαν τέτοιο κατ' επιλογή εξοπλισμό. Άρα, ούτε η προσφορά τους ήταν εν γένει υποχρεωτική ούτε λαμβανόταν υπόψη για την αποδοχή/απόρριψη προσφοράς και συνεπώς ούτε για την εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης και επομένως ούτε η όποια τιμή τους λαμβανόταν υπόψη για τη συγκρότηση της συνολικής οικονομικής προσφοράς επί της ομάδας. Αλυσιτελώς δε ο προσφεύγων επικαλείται τις διατάξεις του άρθρου 4 του Παραρτήματος Ι που προβλέπουν ότι «2. Περιεχόμενο και τρόπος υποβολής υποφακέλου «Οικονομική Προσφορά» ... Η οικονομική προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος... «4. Προσφερόμενη Τιμή και οδηγίες συμπλήρωσης της ηλεκτρονικής φόρμας Οικονομικής Προσφοράς... Στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα της οικονομικής προσφοράς του συστήματος, οι συμμετέχοντες θα συμπληρώσουν την τιμή που προσφέρουν με δύο (2) δεκαδικά ψηφία. ... Η οικονομική προσφορά θα συμπεριλαμβάνει το συνολικό κόστος για την προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε πλήρη λειτουργία του εξοπλισμού, για την εκπαίδευση του προσωπικού, καθώς και για όλες τις δαπάνες που αφορούν την περίοδο εγγύησης καλής λειτουργίας του προσφερόμενου εξοπλισμού, δηλαδή δύο (2) έτη από την οριστική παραλαβή αυτού. ...», διότι ο προσφεύγων παραλείπει την παρ. 3 του

ιδίου άρθρου που ορίζει ότι «Κριτήριο Ανάθεσης & Αξιολόγησης Οικονομικής Προσφοράς: Μειοδότης ανά Ομάδα θα αναδειχτεί εκείνος που θα προσφέρει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής σε ευρώ, εφόσον καλύπτονται οι τεχνικές προδιαγραφές και οι όροι της Διακήρυξης.», δηλαδή ότι το κριτήριο ανάθεσης και η ανάδειξη προσωρινού αναδόχου συναρτώνται με την τιμή για τα ελαχίστως απαιτούμενα για την πλήρωση των προδιαγραφών και όχι για τον προαιρετικό εξοπλισμό, που άλλωστε δύναται να μην προσφερθεί καθόλου (και αν προσμετράτο για το κριτήριο ανάθεσης, θα οδηγούσε στο άτοπο και άνισο αποτέλεσμα να προκρίνεται και να ευνοείται όποιος, παραδεκτως βέβαια, δεν προσφέρει καν τέτοιο εξοπλισμό, έναντι όποιου τον προσέφερε). Ο δε παρεμβαίνων αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος και πρώτος μειοδότης, βάσει της οικονομικής προσφοράς του επί των ελαχίστως απαιτούμενων, χωρίς να προσμετρηθεί και ορθά κατά τα ανωτέρω, η τιμή για τον κατ' επιλογή εξοπλισμό, μεταξύ των οποίων και για αποσκληρυντές και για σύστημα αντίστροφης όσμωσης, όπως εξάλλου απεικονίζεται στις φόρμες ηλεκτρονικής προσφοράς του ΕΣΗΔΗΣ, μειοδότησε δε έναντι του προσφεύγοντος ακριβώς βάσει του απεικονιζόμενου στις σχετικές φόρμες οικονομικής προσφοράς ΕΣΗΔΗΣ αμφοτέρων των διαγωνιζομένων, τιμήματος επί του κατ' ελάχιστον απαιτούμενου εξοπλισμού, χωρίς λήψη υπόψη των κατ' επιλογή εξοπλισμών και των εκατέρωθεν προσφερόμενων επιμέρους τιμημάτων τους. Άρα, ουδέν νέο και μη εξαρχής γνωστό, όσον αφορά το κριτήριο ανάθεσης, έλαβε χώρα επιγενομένως σε σχέση με την εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης, για την οποία είναι αδιάφορη η ανάθεση προμήθειας «κατ' επιλογή εξοπλισμού» ούτως ή άλλως. Άλλωστε, επί της ουσίας, προβάλλοντας ο προσφεύγων ότι δια προσμετρήσεως του ως άνω εξοπλισμού, που κατά τους ισχυρισμούς του εν τέλει θα τύχει τυχόν προμήθειας, αμφισβητεί ανεπιδικαίρως και άνευ εννόμου συμφέροντος τους ως άνω περί κριτηρίου ανάθεσης και επιλογής προσωρινού αναδόχου, όρους της διακήρυξης, που ανεπιφυλάκτως είχε αποδεχθεί δια της συμμετοχής του στη διαδικασία. Συνεπώς, για όλες τις ανωτέρω βάσεις, η προσφυγή ασκείται απαραδέκτως.

3. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή. Να γίνει δεκτή η Παρέμβαση.

4. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσει το παράβολο με αρ. ... και ποσού 2.420,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου με αρ. ... και ποσού 2.420,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 7-4-2021 και εκδόθηκε στις 22-4-2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΞΕΝΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ