

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9.10.2020 με την εξής σύνθεση: -Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή, Εισηγήτρια και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην από 01.10.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) / 1398/01.10.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ανακληθεί, άλλως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση ΑΠΟΣΠΑΣΜΑ πρακτικών της υπ' αριθμ. 28ης/24.08.2020 Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου «...»- ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΑ ΘΕΜΑΤΑ: ΘΕΜΑ έκτακτο 3ο: Ανάκληση της απόφασης Δ.Σ. 7ης/11-3-2020 [θ. 3ο) σε συμμόρφωση με τη με αρ. 99/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης με ταυτόχρονη έγκριση νέου πρακτικού αξιολόγησης τεχνικών προδιαγραφών και δικαιολογητικών συμμετοχής ηλεκτρονικού διαγωνισμού κάτω των ορίων με κριτήριο κατακύρωσης την βέλτιστη σχέση ποιότητας τιμής προμήθειας

Χειρουργικού LASER, (αρ. διακ. 59/2019), με την οποία εγκρίνεται το με αρ. πρωτ. 15268/21-8-2020 πρακτικό αξιολόγησης της επιτροπής, καθώς και κάθε σχετική πράξη, παράλειψη, γνωμοδότηση και απόφαση της Διοίκησης προγενέστερη ή μεταγενέστερη βλαπτική των δικαιωμάτων και συμφερόντων της που συνέχεται με την προσβαλλόμενη πράξη. Ταυτόχρονα η προσφεύγουσα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα να ανασταλεί η ματαίωση του ως άνω διαγωνισμού και η επαναπροκήρυξή του έως την έκδοση οριστικής απόφασης επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

2. Επειδή, με την υπ' αρ. «...» διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός κάτω των ορίων, με αντικείμενο την «...», με CPV «...», προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 120.967,74€ πλέον ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής. Η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ «...» και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό «..». Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε στις 09.12.2019, ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε 12.12.2019 και ώρα 10.00 π.μ. Στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν 2 οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα η προσφεύγουσα και η εταιρία «...». Μετά την έκδοση της με αρ. Ν99/22-7-2020 απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης, με την οποία απορρίφθηκε αίτηση αναστολής της εταιρίας «...» κατά της με αρ. 617/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε επαναξιολόγηση αμφοτέρων των κατατεθεισών τεχνικών προσφορών των συμμετεχουσών εταιριών. Ειδικότερα, η Επιτροπή Διαγωνισμού με το υπ' αρ. πρωτ. 15268/21-8-2020 Πρακτικό της, εισηγήθηκε την απόρριψη αμφοτέρων των προσφορών ως μη πληρούσες επιμέρους επί ποινή αποκλεισμού προδιαγραφές. Μετά ταύτα το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με την προσβαλλόμενη απόφαση ΑΠΟΣΠΑΣΜΑ πρακτικών της υπ' αριθμ. 28ης/24.08.2020 Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου «...»- ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΑ ΘΕΜΑΤΑ: ΘΕΜΑ έκτακτο 3^ο, αποφάσισε ομόφωνα την ανάκληση της απόφασης Δ.Σ. 7ης/11-3-2020 (θ. 3ο) σε συμμόρφωση με την απόφαση 99/2020 του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης αναφορικά με την

αίτηση αναστολής της εταιρείας «...» κατά της απόφασης 617/2020 του 5ου κλιμακίου (ΑΕΠΠ 393/1-6-2020), την έγκριση του με αρ. πρωτ. 15268/21-8-2020 νέου πρακτικού τεχνικής αξιολόγησης της επιτροπής του διαγωνισμού και την επανάληψη του διαγωνισμού.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό «...», ποσού εξακοσίων δέκα ευρώ (€ 610,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 21.09.2020 και η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε την 01.10.2020.

6. Επειδή, η αιτούσα θεμελιώνει, καταρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς έχει υποβάλει προσφορά στον υπόψη διαγωνισμό, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 5ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί διότι εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση απέρριψε την τεχνική προσφορά της και χωρίς νόμιμη αιτιολογία αποφάσισε τη ματαίωση του υπόψη διαγωνισμού καίτοι δεν συντρέχουν οι εκ του νόμου τασσόμενες προϋποθέσεις. Οι αναλυτικοί ισχυρισμοί με τους οποίους επιχειρείται η στοιχειοθέτηση των προαναφερόμενων λόγων θα αναπτυχθούν κατά την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή έως και την ημέρα εξέτασης του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων δεν είχε αποστείλει απόψεις στην ΑΕΠΠ επ' αυτού.

10 Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 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».*

11. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: *«1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης*

δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

12. Επειδή, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα, προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

13. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Ωστόσο, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

14. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι

της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

15. Επειδή, για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού, αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία, καθώς και ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων.

16. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της αιτούσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και από την εκκίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης. Σε κάθε περίπτωση λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με τις απαιτήσεις του νόμου. Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

17. Επειδή, περαιτέρω, η αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης επιτρέπεται, κατ' αρχήν, μόνο για τη διατήρηση υφισταμένης πραγματικής κατάστασης και όχι για την δημιουργία νέας. Κατά συνέπεια, επί άσκησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης με την οποία ματαιώνεται η διαδικασία διεξαγομένου διαγωνισμού δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της πράξης αυτής, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στην Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει το διαγωνισμό και

θα οδηγούσε κατ' αυτόν τον τρόπο στη δημιουργία νέας κατάστασης. Εάν, όμως, πιθανολογείται σοβαρά ότι η ματαίωση του διαγωνισμού εχώρησε κατά παράβαση κανόνα του κοινοτικού ή εθνικού δικαίου, το Δικαστήριο μπορεί, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του αιτούντος από την εν λόγω παράβαση, να διατάξει, ως ασφαλιστικό μέτρο, τη μη έκδοση νέας διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο (ΔΕΦΑΘ 198/2017, Ε.Α. ΣΤΕ 368/2016, 154/2016, 127/2016 κ.α.).

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης και την εκκίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης από την Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 09.10. 2020 και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 12.10.2020.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΚΑΤΣΑΡΟΥ ΜΑΡΙΑ