

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9-7-2019 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και
Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από
28-6-2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του
διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό
Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
801/1-7-2019 της εταιρίας με την επωνυμία «.....», νομίμως
εκπροσωπούμενης.

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

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα
Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα
επιδιώκει την ακύρωση των με αριθμό Πρακτικού 13/13-6-2019 (θέμα 8^ο) και
με αριθμό Πρακτικού 12/6-6-2019 (θέμα 11^ο) δύο (2) αποφάσεων του
Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής «.....», κάθε άλλης
συναφούς πράξης ή παράλειψης, ως και τη ματαίωση και επαναπροκήρυξη
του διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ
ΡΑΔΙΟΦΑΡΜΑΚΟΥ F-8-FDG ΓΙΑ ΕΝΑ ΕΤΟΣ». Περαιτέρω, η
προσφεύγουσα εταιρία αιτείται όπως ανασταλεί η εκτέλεση των
προσβαλλομένων πράξεων και η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής
διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας
προδικαστικής προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. διακήρυξη προκηρύχθηκε επαναληπτικός ηλεκτρονικός διεθνής διαγωνισμός για την ανάθεση της ανωτέρω σύμβασης «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΡΑΔΙΟΦΑΡΜΑΚΟΥ F-8-FDG ΓΙΑ ΕΝΑ ΕΤΟΣ», με δικαίωμα της αναθέτουσας αρχής να παρατείνει χρονικά τη σύμβαση όχι πέραν του έτους με συναίνεση του προμηθευτή στην περίπτωση που δεν έχουν υπογραφεί νέες συμβάσεις και δεν έχουν παραληφθεί όλες οι ποσότητες που προβλέπονται στη σύμβαση, προϋπολογισθείσας αξίας 312.375,00€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ), CPV, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 28-2-2019. Η εν λόγω διακήρυξη δημοσιεύτηκε στην ΕΕΕΕ την 28-1-2019, καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 30-1-2019 και αναρτήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Συστημικό Αριθμό α/α Στον εν λόγω διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά οι εταιρίες «.....» και η προσφεύγουσα «.....». Η Επιτροπή Διαγωνισμού με το υπ' αρ.πρωτ. 7406/16-4-2019 Πρακτικό της γνωμοδότησε ότι αμφότερες οι συμμετέχουσες προσκόμισαν όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές τους ήταν σύμφωνες με τη διακήρυξη και προς τούτο το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με την υπ' αρ. 8/18-4-2019 (θέμα 21) απόφασή του ενέκρινε το ως άνω Πρακτικό. Ακολούθως, με την υπ' αρ. 11/30-5-2019 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής (θέμα 19^ο) εγκρίθηκε το σχετικό Πρακτικό αξιολόγησης οικονομικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού, αναδείχθηκε μειοδότη η εταιρία «.....» με προσφερόμενο τίμημα το ποσό των 275.625,00€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ και αποφασίστηκε η διενέργεια της επόμενης φάσης του διαγωνισμού με την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της μειοδότης εταιρίας. Γνώση της απόφασης αυτής έλαβαν οι συμμετέχοντες μέσω ΕΣΗΔΗΣ την 31-5-2019. Την ίδια ημέρα, 31-5-2019, κατατέθηκε το με αρ.πρωτ. 149229 Υπόμνημα της προσφεύγουσας προς την Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού και προς το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, με το οποίο επεσήμανε ουσιώδη μεταβολή των συνθηκών στην αγορά του συγκεκριμένου ραδιοφαρμάκου σε βαθμό τέτοιο που καθιστούν τις προσφορές αμφοτέρων των συμμετεχουσών στο διαγωνισμό μη συμφέρουσες για την αναθέτουσα αρχή και ζήτησε τη

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

ματαιώση του διαγωνισμού και την επαναπροκήρυξή του, άλλως στην προσφυγή της διαδικασίας του άρθρου 29 ν.4412/2016. Συγκεκριμένα η προσφεύγουσα στο εν λόγω Υπόμνημά της προέβαλε ότι μετά την κατάθεση των προσφορών των συμμετεχουσών έλαβε χώρα ουσιώδης μεταβολή των οικονομικών συνθηκών διάθεσης του εν λόγω ραδιοφαρμάκου στην ελληνική αγορά, που συνίσταται στην ιδιαίτερα σημαντική μείωση της τιμής διάθεσής του στο που ανέρχεται στο ποσό των 490 € ανά δόση έναντι της προσφερθείσας από την προσωρινή ανάδοχο τιμής των 525 € ανά δόση. Προσέτι, επικαλείται η προσφεύγουσα στο ανωτέρω υπόμνημά της ότι για τον ίδιο λόγο το ίδιο«.....» είχε με το υπ' αρ. 32/22-11-2018 πρακτικό του ΔΣ του ματαιώσει και επαναπροκηρύξει τον προηγούμενο για το ίδιο είδος διαγωνισμό (αρ.διακήρυξης). Μετά ταύτα, το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με το υπ' αρ. 12/6-6-2019 προσβαλλόμενο Πρακτικό του ΔΣ του έκρινε τα εξής: Αναφορικά με τους λόγους ματαιώσης της υπ' αρ. 32/22-11-2018 (θέμα 31) απόφασης ΔΣ, του προηγούμενου διαγωνισμού με Α.Δ., ο κύριος λόγος ματαιώσής του αφορούσε τη σύγκυση που είχε δημιουργηθεί με τον προσδιορισμό της δασμολογικής κατάταξης και ΦΠΑ του είδους, σύμφωνα με τον οποίο ο συντελεστής ΦΠΑ που έπρεπε να εφαρμοστεί είναι 24% και όχι 6%, όπως προσφερόταν το είδος μέχρι τη δεδομένη στιγμή. Ως εκ τούτου, ο εν λόγω διαγωνισμός δεν ήταν δυνατό να συνεχιστεί και να κατακυρωθεί το είδος στη μοναδική εντός προδιαγραφών εταιρεία, αφού ακόμα κι αν η εν λόγω εταιρία προχωρούσε στις απαραίτητες ενέργειες, ώστε να διορθωθεί το προαναφερόμενο σφάλμα και να διαμορφωθεί η προσφορά της με συντελεστή ΦΠΑ 24%, τοδεν θα μπορούσε να προμηθευτεί τη ζητούμενη από τη Διακήρυξη ποσότητα χωρίς να υπερβεί την προϋπολογισθείσα δαπάνη. Επομένως, κρίθηκε αναγκαία η επικαιροποίηση των αναγκών του Νοσοκομείου μας και εν τέλει η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με αλλαγή της ζητούμενης ποσότητας του είδους, δεδομένου ότι δεν υπήρχε δυνατότητα αύξησης του προϋπολογισμού. Παρεμπιπτόντως και βάσει του άρθρου 106 του ν.4412/16, η διαδικασία του διαγωνισμού ματαιώθηκε λόγω και του ότι υπήρχε μειωμένη τιμή ανά δόση σε προσφορά που έγινε μετά από αίτημα προμήθειας του Νοσοκομείου, από έτερη εταιρία, εφόσον στον εν λόγω μεδιαγωνισμό έγινε αποδεκτή μια μόνο προσφορά και ως εκ τούτου η συμβασιοποίηση δύναται

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

να προχωρήσει με σύγκριση τιμής επιπλέον και της προ ετών αναρτημένης τιμής στο Παρατηρητήριο Τιμών, η οποία αφορούσε την τιμή προμήθειας της παραπονούμενης εταιρείας με ΦΠΑ 6%. Στον εν εξελίξει κατά συνέπεια διαγωνισμό κι εφόσον και δύο εντός προδιαγραφών οικονομικές προσφορές υπάρχουν και αναρτημένο Παρατηρητήριο Τιμών, αλλά και το από 28/12/19 αίτημα του Νοσοκομείου αλλαγής τιμής αυτού με τιμή 595 € άνευ ΦΠΑ, τοδεν υποχρεούται να προβεί και σε περαιτέρω καθυστέρηση του Διαγωνισμού. Κατά την ίδια απόφαση, δεν είναι δυνατό κάθε φορά που διενεργείται διαγωνισμός για διάφορα είδη του Νοσοκομείου, να γνωρίζει τοτις προσφερόμενες τιμές όλων των Νοσοκομείων της χώρας ανά πάσα στιγμή και ακόμα κι αν το καταφέρει, να ματαιώνει και να επαναπροκηρύσσει διαγωνισμούς ή να διενεργούνται διαπραγματεύσεις (αμφίβολης χρονικής διάρκειας) με συνεχώς μειούμενη προϋπολογιζόμενη δαπάνη. Δηλαδή συνεχείς επαναπροσδιορισμούς των όρων των επικείμενων συμβάσεων κάθε φορά που υπέπιπτε στην αντίληψη οποιασδήποτε Αναθέτουσας Αρχής η ύπαρξη οικονομικότερης προσφοράς. Σε αυτή την περίπτωση θα οδηγείτο σε μια αέναη διαδικασία αναζήτησης οικονομικότερης προσφοράς, η οποία και θα οδηγούσε σε ενδιάμεσες, των προαναφερθέντων διαδικασιών, επαναλαμβανόμενες εντολές προμήθειας, διαδικασία η οποία αποτελεί την έκτακτη κάλυψη των αναγκών μιας αναθέτουσας Αρχής και κατ' ουσία καταστρατηγεί αυτό ακριβώς το πνεύμα και τις βασικές Αρχές Δημοσίων Συμβάσεων. Προς επίρρωση των ανωτέρω η αναθέτουσα αρχή στην εν λόγω απόφασή της επικαλείται το άρθρο 24 του ν. 3846/10 περί Παρατηρητηρίου Τιμών (εφεξής ΠΤ) και το άρθρο 47 του ν. 4272/14, περιπτώσεις προμηθειών με μη αντιστοίχιση στο ΠΤ, οι τιμές του ΠΤ ή προηγούμενων συμβάσεων/αγορών αντίστοιχα ελέγχονται μια μέρα πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Για τον εν λόγω Διαγωνισμό με, καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ήταν η 28^η/2/19 και η μεμονωμένη ανάρτηση της νέας χαμηλότερης τιμής των 490 € ανά δόση άνευ ΦΠΑ, που αναφέρει η εταιρεία ήταν 16/5/19. Επίσης διαλαμβάνει ότι η παραπονούμενη εταιρεία στις 13-5-2019 κατέθεσε προδικαστική προσφυγή, την οποία μετά από τρεις μέρες ήτοι 16/5/19 - ημέρα ανάρτηση της νέας χαμηλότερης τιμής - απέσυρε, επιφέροντας τεχνηέντως αδικαιολόγητη καθυστέρηση στην εξέλιξη της διαδικασίας. Το

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

γεγονός ότι η τιμή εξαρτάται και από γεωγραφικούς παράγοντες και από τη ζητούμενη κάθε φορά ποσότητα, καθώς βέβαια και από το χρόνο δέσμευσης που ζητείται στην εκάστοτε διαδικασία. Με άλλα λόγια η νέα αναρτημένη τιμή αφορά σε μηνιαία έρευνα αγοράς σημαντικά μεγαλύτερης ποσότητας (200 δόσεις/μήνα) από την ετήσια αιτούμενη ποσότητα του Νοσοκομείου (525 δόσεις/έτος), δηλαδή διαφορετική διαδικασία από αυτή του Δημόσιου Διαγωνισμού, στον οποίο έκαστη συμμετέχουσα εταιρία δεσμεύεται με εγγυητικές συμμετοχής και καλής εκτέλεσης. Το γεγονός ότι η παραπνοούμενη εταιρία δεν προσέφερε την προαναφερόμενη μειωμένη τιμή, για την οποία ενημερώνει με το σχετικό υπόμνημα στις ακόλουθες δύο έρευνες αγοράς του Νοσοκομείου διενέργειας εντολών προμήθειας, μετά την 16^η/5/19. Μετά τα ανωτέρω και υπό το πρίσμα της περαιτέρω προστασίας του δημόσιου συμφέροντος και της διασφάλισης του δημόσιου χρήματος, της άμεσης και χωρίς επιπλέον σημαντικές χρονοτριβές ολοκλήρωσης και προμήθειας μέσω Διαγωνισμού και συμβάσεων του είδους F-18-FDG, αλλά και της πρακτικής που ακολουθεί τομετά την ανάδειξη του μειοδότη από την Επιτροπή, περί προσαρμογής τιμής σε περιπτώσεις χαμηλότερων τιμών προμήθειας -ακόμα κι εάν σε αυτή την περίπτωση δεν αφορά τιμή προμήθειας προς το– τοεισηγείται την αποστολή αιτήματος προσαρμογής στη νέα αναρτημένη τιμή προς τον εγκεκριμένο από το ΔΣ μειοδότη του Διαγωνισμού με, και σε περίπτωση αποδοχής της προσαρμογής, την τροποποίηση και της υπό σύμβασης ποσότητας με αύξηση αυτής έως και 15 % και συναρτήσει του χρηματικού ποσού που θα εξοικονομηθεί από την αρχική κατ' είδος προϋπολογισθείσα δαπάνη βάσει του άρθρου 4 του Παραρτήματος Α' της Διακήρυξης Σε διαφορετική περίπτωση και σύμφωνα με την πρόταση της παραπνοούμενης εταιρίας , θα πρέπει να ματαιωθεί ο Διαγωνισμός και είτε να προκηρυχθεί, με όποια χρονική καθυστέρηση αυτό συνεπάγεται, εφόσον και κατά τη διάρκεια της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας μια νέα οικονομικότερη τιμή δύναται να αναρτηθεί, ενώ νέα ενδικοφανή και δικαστικά μέσα δύναται να χρησιμοποιηθούν είτε να γίνει χρήση των νέων εργαλείων Δημοσίων Συμβάσεων, ήτοι διαπραγμάτευση, ανταγωνιστικός διάλογος κ.α. από το ανώτατο συλλογικό όργανο του Νοσοκομείου και υπό το πρίσμα ότι η αγορά

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

του εν λόγω είδους κρίνεται ολιγοπωλιακή. Στη συνέχεια η αναθέτουσα αρχή και δη το Τμήμα Προμηθειών με το υπ' αρ.πρωτ.11861/12-6-2019 έγγραφό του προς το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής προβάλλει ότι με την υπ' αρ. 12/6-6-2019 (θέμα 11) αμέσως παραπάνω αναφερθείσα απόφαση ΔΣ και υπό το πρίσμα της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος και της διασφάλισης του δημόσιου χρήματος, εξουσιοδοτήθηκε ο Διοικητής του Νοσοκομείου να διαπραγματευθεί με τη μειοδότη εταιρεία, ώστε να προσαρμόσει την προσφερόμενη τιμή της στο διαγωνισμό προμήθειας του διαγνωστικού ραδιοφαρμάκου F-18-FDG με αρ. Διακ., στη νέα αναρτημένη τιμή διάθεσης στο, η οποία γνωστοποιήθηκε στην υπηρεσία με το ανωτέρω υπόμνημα της εταιρίας και η οποία ταυτίζεται με την τιμή που κατακυρώθηκε το προαναφερόμενο είδος στο Νοσοκομείου με το υπ' αρ. 823/5-6- 2019 πρακτικό αγοράς και ανέρχεται στο ποσό των 490,00€ άνευ ΦΠΑ. Η ημερομηνία διαπραγμάτευσης είχε οριστεί για τις 10-6-2019 ημέρα Δευτέρα και ώρα 14:00μ.μ., η οποία πραγματοποιήθηκε στο Γραφείο του Διοικητή. Εν συνεχεία, στις 11-6-2019, η εταιρία απέστειλε σχετική επιστολή, με την οποία αποδέχεται την προσαρμογή της προσφερόμενης τιμής της από 525,00€ σε 490,00€ ανά δόση F-18-FDG άνευ ΦΠΑ με ελάχιστη ημερήσια παραγγελία τρεις (3) δόσεις. Σύμφωνα δε με το άρθρο 4 του Παραρτήματος Α της Διακήρυξης σχετικά με την αξιολόγηση προσφορών και την κατακύρωση του διαγωνισμού «*Τοδιατηρεί το δικαίωμα κατακύρωσης ολόκληρης ή μεγαλύτερης ή μικρότερης της προκηρυχθείσας ποσότητας. Στην περίπτωση κατακύρωσης μεγαλύτερης ποσότητας μέχρι ποσοστού 30% για διαγωνισμούς προϋπολογισθείσας αξίας μέχρι 100.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. και 15% για διαγωνισμούς προϋπολογισθείσας αξίας από 100.001,00€και άνω συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.*». Επομένως, το Τμήμα Προμηθειών του Νοσοκομείου έκρινε ότι έχει τη δυνατότητα να προχωρήσει σε κατακύρωση μεγαλύτερης ποσότητας μέχρι και ποσοστό 15%, ήτοι $525 + 15\% = 604$ δόσεις και ως εκ τούτου, η τελική κατακύρωση με βάση την ως άνω πληττόμενη απόφαση διαμορφώνεται ως εξής (Πίνακας 1):

ΠΙΝΑΚΑΣ 1

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

ΕΙΔΟΣ	ΚΩΔ. ΝΟΣΟΚ.	ΑΡΧΙΚΗ ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΗ ΤΙΜΗ	ΠΟΣΟΤΗΤΑ	ΚΑΘΑΡΗ ΑΞΙΑ	ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΑΞΙΑ ΜΕ ΦΠΑ 24%	ΠΡΟΫΠΟΛΟ ΓΙΣΘΕΙΣΑ ΔΑΠΑΝΗ ΑΝΕΥ ΦΠΑ	ΠΡΟΫΠΟΛΟ ΓΙΣΘΕΙΣΑ ΔΑΠΑΝΗ ΜΕ ΦΠΑ
<i>F-18-FDG ενέσιμο διάλυμα για εξέταση PET/CT</i>	525€	525	275.625€	341.775€	312.375,00€	387.345,00€
ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗ ΜΕΤΑ ΤΗΝ ΠΡΟΣΑΡΜΟΓΗ							
ΕΙΔΟΣ	ΚΩΔΙΚΟΣ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ	ΠΡΟΣΦΕΡΟΜΕΝΗ ΤΙΜΗ ΜΟΝΑΔΟΣ ΜΕΤΑ ΤΗΝ ΠΡΟΣΑΡΜΟΓΗ	ΑΥΞΗΜΕΝΗ ΠΟΣΟΤΗΤΑ ΚΑΤΑ 15%	ΚΑΘΑΡΗ ΑΞΙΑ	ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΑΞΙΑ ΜΕ ΦΠΑ 24%	ΠΡΟΫΠΟΛΟ ΓΙΣΘΕΙΣΑ ΔΑΠΑΝΗ ΑΝΕΥ ΦΠΑ	ΠΡΟΫΠΟΛΟ ΓΙΣΘΕΙΣΑ ΔΑΠΑΝΗ ΜΕ ΦΠΑ
<i>F-18-FDG ενέσιμο διάλυμα για εξέταση PET/CT</i>	490€	604	295.960€	366.900,40 €	312.375,00€	387.345,00€

Από τα ανωτέρω γίνεται κατανοητό στο εν λόγω έγγραφο κατά το Τμήμα Προμηθειών ότι η μείωση της τιμής από την προαναφερθείσα διαπραγμάτευση και η αύξηση κατά 15% της αρχικής ζητούμενης ποσότητας είναι εντός της αρχικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης και οικονομικής δέσμευσης που είχε ληφθεί. Μετά τα ανωτέρω, το Τμήμα Προμηθειών εισηγήθηκε την έγκριση των αποτελεσμάτων της διαπραγμάτευσης για την προμήθεια διαγνωστικού ραδιοφαρμάκου F- 18-FDG με την εταιρεία, την κατακύρωση μεγαλύτερης ποσότητας σε ποσοστό 15% (79 δόσεις), βάσει του άρθρου 3 του Παραρτήματος Α της Διακήρυξης και σύμφωνα με τον παραπάνω Πίνακα 1 και τη διενέργεια της επόμενης φάσης με την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της μειοδότης εταιρίας. Ακολούθως, το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με τη δεύτερη εκ των προσβαλλομένων πράξεων, υπ' αρ. 13/13-6-2019 Πρακτικό του, αποφάσισε την έγκριση των αποτελεσμάτων της διαπραγμάτευσης για την προμήθεια διαγνωστικού ραδιοφαρμάκου F-18-FDG με την εταιρεία, την κατακύρωση μεγαλύτερης ποσότητας σε ποσοστό 15% (79 δόσεις), βάσει του άρθρου 3 του Παραρτήματος Α της Διακήρυξης και σύμφωνα με τον παραπάνω Πίνακα 1 και τη διενέργεια της επόμενης φάσης με την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της μειοδότης εταιρίας.

3. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά αμφοτέρων των ως άνω αποφάσεων του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, ήτοι της η με αρ. Πρακτικού συνεδρίασης 12/06-06-2019 (Θέμα 11) απόφασης του Διοικητικού

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

Συμβουλίου του» και της με αρ. Πρακτικού συνεδρίασης 13/13-06-2019 (Θέμα 8) απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του», υποστηρίζοντας τα ακόλουθα: Κατά την προσφεύγουσα, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη με αρ.12/6-6-2019 απόφασή της α) αποδέχτηκε κατά τρόπο ρητό την ύπαρξη ουσιώδους μεταβολής των οικονομικών συνθηκών, ικανής να οδηγήσει σε ματαίωση και επαναπροκήρυξη του Διαγωνισμού («Σε διαφορετική περίπτωση και σύμφωνα με την πρόταση της παραπονούμενης εταιρείας, θα πρέπει να ματαιωθεί ο Διαγωνισμός»), β) σιωπηρώς ανακάλεσε την προγενέστερη απόφασή της περί κατακύρωσης της προμήθειας στην εταιρεία στην προσφερθείσα τιμή των 525 ευρώ / δόση πλέον ΦΠΑ και γ) αποφάσισε άλως παράνομα, να ζητήσει μόνο από την εταιρεία να τροποποιήσει ανεπίτρεπτα την οικονομική της προσφορά, και να την προσαρμόσει σε αυτό που ονομάζει «*νέα αναρτημένη τιμή*», κάτι που όμως ουδόλως υφίσταται, αφού ουδεμία τροποποιημένη τιμή έχει αναρτηθεί στο τηρούμενο Παρατηρητήριο Τιμών. Εν συνεχεία, όλως παρανόμως, η αναθέτουσα αρχή δια του Διοικητή της, χωρίς να έχει ληφθεί σχετική απόφαση και χωρίς η με αρ. πρακτικού συνεδρίασης 12/06-06-2019 (Θέμα 11) απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου να έχει αποφασίσει κάτι τέτοιο ή να τον έχει εξουσιοδοτήσει προς τούτο, διαπραγματεύθηκε μόνο με την εταιρεία την προσφερθείσα από αυτήν τιμή, ώστε αυτή να τροποποιήσει την οικονομική της προσφορά (απολύτως παράνομα) και να υποβάλλει, ανεπίτρεπτα στο στάδιο αυτό της διαδικασίας, νέα οικονομική προσφορά με χαμηλότερη τιμή, αντίστοιχη με εκείνη που είχε προσφερθεί εν τω μεταξύ το ραδιοφάρμακο από την εδώ προσφεύγουσα στο, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 490,00€/ δόση άνευ ΦΠΑ. Ως ημερομηνία διαπραγμάτευσης ορίστηκε η 10^η-6-2019 ημέρα Δευτέρα και ώρα 14:00μ.μ., η οποία πραγματοποιήθηκε στο γραφείο του Διοικητή, χωρίς να ενημερωθεί και χωρίς να παρίσταται η προσφεύγουσα. Σε αντίθεση με τα όσα απολύτως αβάσιμα, κατά την προσφεύγουσα, διαλαμβάνονται στην με αρ. πρωτ. 11861/12-6-2019 Εισήγηση του Τμήματος Προμηθειών του Νοσοκομείου, με την δεύτερη προσβαλλόμενη απόφαση, κατά την προσφεύγουσα, ούτε ελήφθη απόφαση για τη διενέργεια διαπραγμάτευσης με την εταιρεία, ούτε εξουσιοδοτήθηκε ο Διοικητής του Νοσοκομείου να προβεί σε οποιανδήποτε σχετική ενέργεια. Τούτο προκύπτει από απλή ανάγνωση της

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

δεύτερης προσβαλλομένης απόφασης του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής. Επομένως οι ενέργειές του είναι, κατά την προσφεύγουσα, παράνομες και στερούνται νομικού ερείσματος σε κάθε περίπτωση. Ανεξαρτήτως των ανωτέρω, στις 11-6-2019, η εταιρία απέστειλε σχετική επιστολή, με την οποία αποδέχτηκε την τροποποίηση της οικονομικής της προσφοράς και την μείωση της προσφερόμενης τιμής της από 525,00€ σε 490,00€ ανά δόση F-18-FDG άνευ ΦΠΑ με ελάχιστη ημερήσια παραγγελία τρεις (3) δόσεις. Επισημαίνει η προσφεύγουσα ότι η διαδικασία αυτή ουδεμία σχέση έχει με το αίτημα που αποστέλλουν οι αναθέτουσες αρχές στους μειοδότες, για την συμμόρφωσή τους με τις τιμές που έχουν αναρτηθεί στο Παρατηρητήριο Τιμών, αφού η ανωτέρω τιμή ουδόλως έχει αναρτηθεί σε αυτό. Απλώς έγινε γνωστή στους ενδιαφερομένους και στην αναθέτουσα αρχή μέσω της ανάρτησής της στο Διαδίκτυο, στα πλαίσια της δημοσιότητας των Προμηθειών του Δημοσίου. Η αναθέτουσα αρχή όλως παρανόμως, κατά την προσφεύγουσα, με την με αρ. Πρακτικού Συνεδρίασης 13/13-6-2019 (Θέμα 8) δεύτερη πληττόμενη απόφασή της, κατ' αποδοχή της ως άνω υπ' αριθ. πρωτ. 11861/12-6-19 εισήγησης του τμήματος προμηθειών της, ομόφωνα αποφάσισε την έγκριση των αποτελεσμάτων της διαπραγμάτευσης που, παρανόμως, χωρίς να έχει ληφθεί τέτοια απόφαση, χωρίς να έχει εξουσιοδοτηθεί προς τούτο ο Διοικητής της και κατά παράβαση του Κανονιστικού Πλαισίου που διέπει τους Διαγωνισμούς του Δημοσίου, διενήργησε μόνο με την εταιρία για την προμήθεια διαγνωστικού ραδιοφαρμάκου F-18- FDG, την κατακύρωση μεγαλύτερης ποσότητας σε ποσοστό 15% (79 δόσεις), βάσει του άρθρου 3 του Παραρτήματος Α της Διακήρυξης και σύμφωνα με τον Παραπάνω Πίνακα 1 και τη διενέργεια της επόμενης φάσης με την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης της μειοδότης εταιρίας. Με τον πρώτο λόγο προσφυγής της, η προσφεύγουσα, κατ' επίκληση των άρθρων 27, 29 και 32 του ν.4412/2016, του άρθρου 1 σημείο 7 του Παραρτήματος Β της διακήρυξης, του άρθρου 4 του Παραρτήματος Α αυτής, προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή, πέραν της έλλειψης σχετικής εξουσιοδότησης του Διοικητή της, δεν είχε ούτε το δικαίωμα να αιτηθεί την τροποποίηση της οικονομικής προσφοράς της μίας μόνο διανωνιζόμενης εταιρίας, κατά τη διάρκεια της ισχύος της, ούτε ηδύνατο με βάση το νόμο να προβεί σε διαδικασία διαπραγμάτευσης της τιμής, και

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

μάλιστα μόνο με τον ένα διαγωνιζόμενο, ενέργειες παράνομες και αντιτιθέμενες στο νόμο και στη διακήρυξη. Κατά την προσφεύγουσα, από την στιγμή που η αναθέτουσα αρχή έκανε δεκτό το από 31-05-2019 υπόμνημά της και έκρινε ότι η υποβληθείσα οικονομική προσφορά της εταιρείας ήταν μη συμφέρουσα, λόγω μεταβολής των οικονομικών συνθηκών, όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα, κατ' εφαρμογή του άρθρου 106 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 4 της με αρ. διακ. διαγωνισμού, να προβεί σε ματαίωση του Διαγωνισμού και επαναπροκήρυξη του, ώστε να δοθεί η δυνατότητα στις συμμετέχουσες εταιρίες να υποβάλλουν νέες βελτιωμένες προσφορές, που θα ανταποκρίνονται στις νέες οικονομικές συνθήκες διάθεσης του ραδιοφαρμάκου, προς μεγίστη ωφέλεια του δημοσίου συμφέροντος, αλλά και των οικονομικών του Νοσοκομείου. Εναλλακτικά, η αναθέτουσα αρχή είχε τη δυνατότητα, κατ' εφαρμογή του αρ. 106 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, να αποφασίσει, παράλληλα με τη ματαίωση της διαδικασίας σύναψης, την προσφυγή στη διαδικασία του άρθρου 29 του ν.4412/2016, διαδικασία που θα εξασφάλιζε την βέλτιστη τιμή διάθεσης του ραδιοφαρμάκου. Κατά το δεύτερο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα επικαλείται παραβίαση των αρχών της αμεροληψίας και της ίσης μεταχείρισης, αφού, αντί να προβεί στις νόμιμες διαδικασίες της ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του εν θέματι διαγωνισμού, όπως είχε πράξει στον προγενέστερο διαγωνισμό που ήταν η προσφεύγουσα μειοδότης, εξέδωσε κατά παράβαση του νόμου και του κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης τις προσβαλλόμενες πράξεις.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ. 15/4-7-2019 Πρακτικό του ΔΣ, που απέστειλε στην ΑΕΠΠ την 4-7-2019, ενέκρινε τις απόψεις επί της εξεταζόμενης προσφυγής που διατύπωσε το Τμήμα Προμηθειών της με το υπ' αρ. 13643/4-7-2019 σχετικό έγγραφο, διαλαμβάνοντας τα εξής: Ως προς τον πρώτο λόγο της προσφυγής, με την υπ' αρ. 12/6-6-2019 (θέμα 11) απόφαση ΔΣ και υπό το πρίσμα της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος και της διασφάλισης του δημόσιου χρήματος, εξουσιοδοτήθηκε ο Διοικητής του Νοσοκομείου να διαπραγματευθεί με την ήδη μειοδότη εταιρεία με σκοπό να προσαρμόσει την προσφερόμενη τιμή της στην πιο πρόσφατη τιμή, με την οποία προμηθεύτηκε το Νοσοκομείο, ενώ η ίδια τιμή αναφερόταν και στο υπόμνημα της εταιρείας σχετικά με την τιμή

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

στο ήτοι 490,00€ άνευ ΦΠΑ με το υπ' αρ. 823/5-6-2019 πρακτικό αγοράς. Σημειώνει δε ότι η διαδικασία προσαρμογής τιμών αποτελεί πρακτική που ακολουθεί τοσε όλους τους διαγωνισμούς προμήθειας ειδών και υπηρεσιών, σε περιπτώσεις προηγούμενων χαμηλότερων τιμών προμήθειας ή σε περιπτώσεις αντιστοίχισης με κωδικό ΠΤ, ώστε οι τιμές να είναι ίσες ή μικρότερες αυτών. Οι διαδικασίες που προβλέπονται στα άρθρα 29 και 32, ήτοι η ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση και η διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση αντίστοιχα του Ν.4412/16, ουδεμία σχέση έχουν με την διαδικασία που ακολουθήθηκε στον επίμαχο διαγωνισμό. Επιπροσθέτως, ως προς την παρατήρηση της προσφεύγουσας, αναφορικά με την τήρηση όρων της Διακήρυξης και συγκεκριμένα της δυνατότητας αναπροσαρμογής της προσφερόμενης τιμής αναφέρει η αναθέτουσα αρχή ότι στις παρ. 7 και 9 του άρθρου 1 «ΤΙΜΗ-ΠΡΟΣΦΟΡΑ» του Παραρτήματος Β της Διακήρυξης, διατυπώνεται ότι *«7. Η τιμή της προσφοράς δεν υπόκειται σε μεταβολή κατά τη διάρκεια του χρόνου ισχύος της. Σε περίπτωση που ζητηθεί παράταση της διάρκειας ισχύος της προσφοράς, οι διαγωνιζόμενοι δε δικαιούνται, κατά τη γνωστοποίηση της συγκατάθεσής τους, να υποβάλλουν νέο πίνακα με την τιμή προσφοράς.»* και *«9. Προσφορά που θέτει όρο αναπροσαρμογής, χωρίς αυτό να προβλέπεται στη Διακήρυξη, απορρίπτεται ως απαράδεκτη.»*. Από τα ανωτέρω γίνεται ξεκάθαρο, κατά την αναθέτουσα αρχή, ότι ο όρος της μη δυνατότητας μεταβολής της τιμής της προσφοράς αφορά περιοριστικό όρο που θέτει η αναθέτουσα αρχή έναντι των προσφερόντων και όχι σε διαδικασίες που εγείρονται από την ίδια την αναθέτουσα αρχή και με σκοπό πάντα την περαιτέρω εξοικονόμηση και διασφάλιση του δημοσίου χρήματος. Ως προς το δεύτερο λόγο της προσφυγής, αναφορικά με τους λόγους ματαίωσης της υπ' αρ. 32/22-11-2018 (θέμα 31) απόφασης ΔΣ, του προηγούμενου Διαγωνισμού με Α.Δ., τους οποίους επικαλείται η εταιρία «.....» και στην παρούσα φάση του Διαγωνισμού με και ως εκ τούτου πρέπει κατά τον ίδιο τρόπο να ματαιωθεί, η αναθέτουσα υποστηρίζει ότι ο κύριος λόγος ματαίωσης εκείνου του διαγωνισμού αφορούσε τη σύγχυση που είχε δημιουργηθεί με τον προσδιορισμό της δασμολογικής κατάταξης και ΦΠΑ του είδους, σύμφωνα με τον οποίο ο συντελεστής ΦΠΑ που έπρεπε να εφαρμοστεί είναι 24% και όχι

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

6%, όπως προσφερόταν το είδος μέχρι τη δεδομένη στιγμή. Ως εκ τούτου, ο εν λόγω διαγωνισμός δεν ήταν δυνατό να συνεχιστεί και το είδος να κατακυρωθεί στη μοναδική εντός προδιαγραφών εταιρεία, αφού ακόμα κι αν η εν λόγω εταιρεία προχωρούσε στις απαραίτητες ενέργειες ώστε να διορθωθεί το προαναφερόμενο σφάλμα και να διαμορφωθεί η προσφορά της με συντελεστή ΦΠΑ 24%, τοδεν θα μπορούσε να προμηθευτεί τη ζητούμενη από τη Διακήρυξη ποσότητα χωρίς να υπερβεί την προϋπολογισθείσα δαπάνη. Επομένως, κρίθηκε αναγκαία η επικαιροποίηση των αναγκών του Νοσοκομείου και εν τέλει η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με αλλαγή της ζητούμενης ποσότητας του είδους, δεδομένου ότι δεν υπήρχε δυνατότητα αύξησης του προϋπολογισμού. Παρεμπιπτόντως και βάσει του άρθρου 106 του ν.4412/16, η διαδικασία του διαγωνισμού ματαιώθηκε λόγω και του ότι υπήρχε μειωμένη τιμή ανά δόση σε προσφορά που έγινε μετά από αίτημα προμήθειας του Νοσοκομείου, από έτερη εταιρεία, εφόσον στον εν λόγω μεΔιαγωνισμό έγινε αποδεκτή μια μόνο προσφορά και ως εκ τούτου η συμβασιοποίηση ήταν δυνατό να προχωρήσει με σύγκριση τιμής επιπλέον και της προ ετών αναρτημένης τιμής στο ΠΤ, η οποία αφορούσε την τιμή προμήθειας της παραπονούμενης εταιρείας με ΦΠΑ 6%. Στον εν εξελίξει κατά συνέπεια διαγωνισμό κι εφόσον υπάρχουν και δύο εντός προδιαγραφών οικονομικές προσφορές και αναρτημένο ΠΤ, αλλά και το από 28/12/19 αίτημα του Νοσοκομείου αλλαγής τιμής αυτού με τιμή 595 € άνευ ΦΠΑ, τοδεν ήταν υποχρεωμένο να προβεί και σε περαιτέρω καθυστέρηση του ήδη πολύπαθου εν συζητήσει Διαγωνισμού. Εξάλλου δεν είναι δυνατόν, κατά την αναθέτουσα αρχή, στον παρόντα Διαγωνισμό η προσφεύγουσα εταιρεία να απαιτεί τη ματαίωση του Διαγωνισμού ισχυριζόμενη την αλλαγή των οικονομικών δεδομένων της αγοράς, ενώ με την υπ' αρ. 1266/1-12-18 Προσφυγή της προς ΑΕΠΠ κατά του υπ' αρ. 30/18 Διαγωνισμού προμήθειας διαγνωστικού ραδιοφαρμάκου F-18-FDG, η ίδια εταιρεία απαιτούσε την ακύρωση της υπ' αρ. 32/22-11-18 (θέμα 31) απόφασης ΔΣ περί ματαίωσης του με αρ. Διακήρυξης 30/18 Διαγωνισμού, η οποία και είχε απορριφθεί από την ΑΕΠΠ. δεν είναι δυνατόν, κάθε φορά που διενεργείται διαγωνισμός για διάφορα είδη ενός Νοσοκομείου, να γνωρίζει τοτις προσφερόμενες τιμές όλων των Νοσοκομείων της χώρας ανά πάσα στιγμή κι ακόμα κι αν αυτό ήτο δυνατό, να ματαιώνει και να

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

επαναπροκηρύσσει διαγωνισμούς ή να διενεργούνται διαπραγματεύσεις (αμφίβολης χρονικής διάρκειας) με συνεχώς μειούμενη προϋπολογιζόμενη δαπάνη. Με άλλα λόγια να οδηγείται τοσε συνεχείς επαναπροσδιορισμούς των τιμών των επικείμενων συμβάσεων κάθε φορά που υπέπιπτε στην αντίληψη οποιασδήποτε αναθέτουσας αρχής η ύπαρξη οικονομικότερης προσφοράς. Σε αυτή την περίπτωση θα οδηγείτο σε μια αέναη διαδικασία αναζήτησης οικονομικότερης προσφοράς, η οποία και θα είχε ως αποτέλεσμα ενδιάμεσες, των προαναφερθέντων διαδικασιών, επαναλαμβανόμενες εντολές προμήθειας, διαδικασία η οποία αποτελεί την έκτακτη κάλυψη των αναγκών μιας αναθέτουσας Αρχής και κατ' ουσία καταστρατηγεί αυτό ακριβώς το πνεύμα και τις βασικές Αρχές Δημοσίων Συμβάσεων. Προς επίρρωση των ανωτέρω, κατά την αναθέτουσα αρχή, δεν θα πρέπει να λησμονούνται τα εξής: Σύμφωνα με το άρθρο 24 του ν. 3846/10 περί ΠΤ και του άρθρο 47 του ν. 4272/14 (περιπτώσεις προμηθειών με μη αντιστοίχιση στο ΠΤ), οι τιμές του ΠΤ ή προηγούμενων συμβάσεων/αγορών αντίστοιχα ελέγχονται μια μέρα πριν την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών. Για τον εν λόγω Διαγωνισμό με, καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ήταν η 28^η/2/19 και η μεμονωμένη ανάρτηση της νέας χαμηλότερης τιμής των 490 € ανά δόση άνευ ΦΠΑ, που αναφέρει η εταιρεία ήταν 16/5/19. Επιπρόσθετα η παραπονούμενη εταιρεία: α. στις 13-5-2019 κατέθεσε προδικαστική προσφυγή, την οποία μετά από τρεις μέρες ήτοι 16/5/19 -ημέρα ανάρτησης της νέας χαμηλότερης τιμής στοΘεσσαλονίκης «Παπαγεωργίου»- απέσυρε, επιφέροντας τεχνηέντως αδικαιολόγητη καθυστέρηση στην εξέλιξη της διαδικασίας. β. Στις 31-5-2019 κατέθεσε υπόμνημα και όγι προδικαστική προσφυγή, για ματαίωση του διαγωνισμού λόγω της προαναφερόμενης μειωμένης τιμής, την οποία όμως δεν προσέφερε στις ακόλουθες δύο έρευνες αγοράς του Νοσοκομείου διενέργειας εντολών προμήθειας, μετά την 16^η/5/19. Ως εκ τούτου η προσφεύγουσα εταιρία κατ' ουσία έχει χάσει την προθεσμία άσκησης προδικαστικού μέσου έναντι της πρώτης προσβαλλόμενης απόφασης με αρ. 11/30-5-2019 (θέμα 18) έγκρισης Πρακτικού Οικονομικής Αξιολόγησης. Ως εκ τούτου δεν υπήρξε θέμα αμφισβήτησης του μειοδότη. Κατ' επέκταση η προσφεύγουσα εταιρία δεν δύναται να βάλει νεώτερη απόφαση ΔΣ, η οποία αποτελεί απόρροια άλλης, η οποία δεν προσεβλήθη

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

και η οποία σκοπό είχε τη περαιτέρω βελτίωση των αποτελεσμάτων της πρώτης με σκοπό τη διασφάλιση του δημόσιου χρήματος. γ. Στις 28-6-2019 κατέθεσε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή και παράλληλα την ίδια μέρα προσέφερε επιπλέον μειωμένη τιμή στα 470€. Από την ανωτέρω χρονική παράθεση γεγονότων, γίνεται αντιληπτή, κατά την αναθέτουσα αρχή, η πρόθεση της εταιρείας να δημιουργήσει συνεχείς καθυστερήσεις στην εξέλιξη ενός Διαγωνισμού, ο οποίος διεξάγεται καθόλα εντός του νομοθετικού περί δημοσίων συμβάσεων πλαισίου τόσο με αδικαιολόγητες προσφυγές όσο και με χρήση εξωδιαγωνιστικών τεχνικών πίεσης (βλ. συνεχής μείωση τιμής σε εντολές προμήθειας). Δε θα πρέπει συνάμα να λησμονείται το γεγονός ότι η προσφεύγουσα εταιρία επικαλείται διαφοροποιήσεις οικονομικών δεδομένων της αγοράς ως λόγους ματαίωσης, οι οποίες όμως αποτελούν εξωδιαγωνιστικές διαδικασίες, χωρίς την ύπαρξη ούτε χρονικών δεσμεύσεων ισχύος προσφορών και σταθερής συνεργασίας, ούτε και υποβολής/δέσμευσης χρηματικών εγγυήσεων, όπως απαιτούνται σε Ανοιχτούς Ετήσιους Δημόσιους Διαγωνισμούς. Αντιθέτως υπό το καθεστώς διαγωνιστικών δεσμεύσεων η εν λόγω εταιρία δε μειοδότησε. Τέλος, η αναθέτουσα αρχή επί του αιτήματος της προσφεύγουσας περί αναστολής του διαγωνισμού και κατά συνέπεια η απαγόρευση της προόδου του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση αποφάσεως επί της υπόψη προδικαστικής προσφυγής θα πρέπει να απορριφθεί διότι θα επιφέρει βλάβη στο Νοσοκομείο, το οποίο δε θα δυνηθεί να προμηθευθεί εγκαίρως το εν λόγω ραδιοφάρμακο, υλικό άκρως απαραίτητο στην καθημερινή εκτέλεση εξετάσεων των ασθενών στο PET-SCAN.

5. Επειδή, η εταιρία «.....» με την από 8-7-2019 νομοτύπως και εμπροθέσμως κατόπιν της από 3-7-2019 κοινοποίησης της προσφυγής, παρέμβασή της, μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού αναδείχθηκε προσωρινή μειοδότρια, επικαλείται προς απόρριψη της με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 80..... προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα «.....» και διατήρηση της ισχύος των προσβαλλόμενων αποφάσεων τα ακόλουθα: Η προσφεύγουσα δεν μπορεί παραδεκτώς να προσβάλλει τις προσβαλλόμενες, λόγω ελλείψεως εννόμου συμφέροντος προς τούτο. Από το ιστορικό της παρούσας, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δια των προσβαλλομένων. δεν επηρεάζεται η ίδια ούτε ευνοείται από την ακύρωσή

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

τους. Η Αναθέτουσα Αρχή, μετά την με αριθμ. 11/30.5.19 (θέμα 19) απόφασή της, η οποία έχει καταστεί οριστική (αφού δεν προσεβλήθη από την προσφεύγουσα) όρισε μειοδότη του συγκεκριμένου πολύπαθου διαγωνισμού (επαναληπτικός ύστερα από ματαίωση) την παρεμβαίνουσα και θα μπορούσε κάλλιστα να προχωρήσει άμεσα στην υπογραφή της σχετικής σύμβασης προμήθειας. Αντί γι' αυτό, και ύστερα από πληροφορία από την ίδια τη προσφεύγουσα για την ύπαρξη χαμηλότερης τιμής προμήθειας σε ένα άλλοτης χώρας, ζήτησε από την παρεμβαίνουσα περαιτέρω έκπτωση, την οποία και έλαβε. Αυτά ακριβώς εν συντομία είναι τα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά. Άρα, κατά πρώτον, η προσφεύγουσα δεν βλάπτεται από τη διατήρηση των προσβαλλομένων, αφού οι προσβαλλόμενες αφορούν αποκλειστικά και μόνο τη τιμή προμήθειας του συγκεκριμένου είδους της Αναθέτουσας Αρχής από την παρεμβαίνουσα. Κατά δεύτερον, η προσφεύγουσα δεν ευνοείται από την ακύρωση των προσβαλλομένων διότι, ακόμη και εάν γίνει δεκτή η προσφυγή και ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες, θα ισχύει η απόφαση με αριθμ. 11/30.5.19 απόφαση, σύμφωνα με την οποία μειοδότης του συγκεκριμένου διαγωνισμού είναι η παρεμβαίνουσα και τιμή κατακύρωσης 525,00 ευρώ. Δεν θα επέλθει ματαίωση του διαγωνισμού ώστε η προσφεύγουσα να θεμελιώνει προσδοκία για την ανάδειξη της ως μειοδότη στον επαναληπτικό διαγωνισμό εάν και ακόμη σε αυτή την περίπτωση δεν θεμελιώνεται έννομο συμφέρον, καθώς αυτό είναι μέλλον, προσδοκώμενο ή ενδεχόμενο. Η προσδοκία ματαιώσεως διαγωνισμού και προκηρύξεως νέου δεν αποτελεί λόγο δυνάμενο να στηρίξει το έννομο συμφέρον προς παροχή προσωρινής δικαστικής προστασίας, ακόμη και εάν ο αποκλεισθείς υποψήφιος έχει ασκήσει αίτηση ακυρώσεως κατά της περί αποκλεισμού του πράξεως της αναθέτουσας αρχής. Πρόκειται για συνεπή εφαρμογή της δογματικής και νομολογιακής θεμελιώσεως της έννοιας του εννόμου συμφέροντος στο εθνικό δικονομικό δίκαιο, σύμφωνα με την οποία το έννομο συμφέρον πρέπει να είναι ενεστώς, δηλαδή, και η βλάβη να είναι υπαρκτή, αλλά και η νομική ή πραγματική κατάσταση ή η ιδιότητα του αιτούντος να υφίστανται και να μην είναι μελλοντικές ή ενδεχόμενες. Τέτοιου είδους προσδοκία δεν διαφέρει από την προσδοκία οποιασδήποτε άλλης επιχειρήσεως του κλάδου, η οποία προσδοκά να συμμετάσχει σε μελλοντική διαδικασία επιλογής. Είναι εξάλλου στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

αρχής, μετά την τυχόν ακύρωση των προσβαλλομένων, να ματαιώσει τον διαγωνισμό εάν κρίνει ότι η επιλεγείσα προσφορά είναι μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη, κατ' άρθρο 106 παρ. 2 ν. 4412/2016. Εκτός των ανωτέρω, η προσφεύγουσα δεν ανήκει πλέον στον κύκλο συμφερόντων των πράγματι ενδιαφερομένων του εν λόγω διαγωνισμού, έχοντας απωλέσει τον ιδιαίτερο νομικό σύνδεσμό του, αυτόν του διαγωνιζόμενου υποψηφίου, με τη διαγωνιστική διαδικασία. Ο διαγωνισμός πλέον δεν την αφορά. Επίσης, δεν προσέβαλε την απόφαση ορισμού της παρεμβαίνουσας ως μειοδότης (αριθμ. 11/30.5.19), άρα δεν μπορεί να αμφισβητήσει τις μεταγενέστερες αποφάσεις του εν λόγω διαγωνισμού γιατί δεν της προκαλούν ζημία. Η προσφεύγουσα, σε μια προσπάθεια της να θεμελιώσει το έννομο συμφέρον της, στο δικόγραφο της ισχυρίζεται ότι η *«Αναθέτουσα Αρχή αρχικώς μεν κατακύρωσε το Διαγωνισμό στη συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία, πλην όμως στη συνέχεια σιωπηρά ανακάλεσε την κατακυρωτική της απόφαση αυτή...»*. Από τα ίδια τα πραγματικά περιστατικά προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή ουδέποτε, έστω και σιωπηρά, ανακάλεσε την απόφασή της να κατακυρώσει τη συγκεκριμένη προμήθεια στην παρεμβαίνουσα. Το μόνο που έκανε είναι να ζητήσει και να λάβει από αυτή μεγαλύτερη έκπτωση τιμής, ώστε αυτή να συμβαδίζει με τη τιμή που προμηθεύτηκε τον Μάιο του 2019 το Ως προς τους λοιπούς ισχυρισμούς της προσφυγής, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι από τα πραγματικά περιστατικά του ένδικου διαγωνισμού συνάγεται αβίαστα ότι μετά την κατακύρωση της προμήθειας σε αυτήν, η αναθέτουσα αρχή ζήτησε και έλαβε από αυτή περαιτέρω μείωση τιμής, προκειμένου να συμμορφωθεί η τιμή κατακύρωσης με τη τιμή που είχε εκείνη τη στιγμή αναρτηθεί στο Διαδίκτυο για το συγκεκριμένο είδος. Η παρεμβαίνουσα συμφώνησε στο να χορηγήσει περαιτέρω έκπτωση σε μια ένδειξη καλής θέλησης από την πλευρά της. Θα μπορούσε κάλλιστα να μην αποδεχθεί καμία απολύτως περαιτέρω έκπτωση και να απαιτήσει τη σύναψη σύμβασης στην κατακυρωθείσα τιμή των 525,00 ευρώ. Δεν συντρέχει στη συγκεκριμένη περίπτωση καμία απολύτως παράβαση νόμου, ούτε παραβίαση της αρχής της αμεροληψίας και της αρχής της ίσης μεταχείρισης. Επίσης, παντελώς αβασίμως η προσφεύγουσα εμπλέκει την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία με τον αρχικό με αρ. διακ. ηλεκτρονικό ανοιχτό διαγωνισμό, καθώς ο κύριος λόγος ακύρωσης του τελευταίου ήταν ότι είχε

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

προκηρυχθεί με λάθος ΦΠΑ 6% αντί 24%. Ως προς το αίτημα της αναστολής-προσωρινών μέτρων που προβάλλει η προσφεύγουσα, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει ότι πρέπει να απορριφθεί κατά πρώτον διότι η προσφεύγουσα παντελώς αορίστως αναφέρει ότι «ο κίνδυνος και η ζημία που υφίσταται είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα». Δεδομένης της ανυπαρξίας εννόμου συμφέροντος της για την άσκηση της προσφυγής, δεν υπάρχει και κανένας απολύτως κίνδυνος και ζημία της από την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Κατά δεύτερον, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 παρ. 3 του ν. 4412/2016, η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα αν κρίνει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών είναι περισσότερες από τα οφέλη. Πραγματικός σκοπός που υπηρετεί το δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων είναι η ταχεία και με όρους διαφάνειας και ισότιμης συμμετοχής (δηλ. υγιούς ανταγωνισμού) ανάθεση μιας δημόσιας σύμβασης. Κάπως, κάπου και κάποτε η σύμβαση πρέπει να υπογραφεί. Αποκλειστικός σκοπός της προσφεύγουσας με την άσκηση της ένδικης προσφυγής της είναι η καθυστέρηση της ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας που μετά από τόσο καιρό (και μια ήδη ματαίωση) έχει φτάσει στο τελικό σημείο της τυπικής υπογραφής της, ώστε η αναθέτουσα αρχή να συνεχίσει να προμηθεύεται εξωσυμβατικά, προβαίνοντας σε διαδικασίες διαπραγμάτευσης ανά μήνα ή δεκαπενθήμερο με κατάτμηση της ετήσιας ανάγκης της που ανέρχεται στο ποσό των 300.000 ευρώ.

6. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί από την προσφεύγουσα το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 1.562,00 €.

7. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

8. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι οι προσβαλλόμενες

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

αποφάσεις αναρτήθηκαν στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 19-6-2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε προσφυγή ασκήθηκε την 28-6-2019.

9. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου 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 και τη με αρ. 994/2019 Πράξη της Προέδρου του Κλιμακίου.

10. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας εταιρίας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι και η ίδια έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της στον υπόψη διαγωνισμό, προσδοκώντας εύλογα να της ανατεθεί η εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης.

11. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως αβάσιμη, διότι σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα εταιρία προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης, ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία της προσφεύγουσας από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

12. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων της σκέψης 9 της παρούσας και δη: α) εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας και της δυνατότητας υποβολής σχετικού αιτήματος από τον προσφεύγοντα, β) της διατύπωσης του όρου *“κατάλληλα μέτρα”*, όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την *“καταλληλότητά”* τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, γ) της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες αφενός ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της *“καταλληλότητας”*, την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και αφετέρου αναφέρουν ότι τα *“μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται”* στην έννοια των *“καταλλήλων μέτρων”*, προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια προσωρινά μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, συμπεριλαμβανομένων, εξάλλου, των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία, όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

13. Επειδή, όσον αφορά στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου ή της ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης του προσφεύγοντος, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκομένων μερών. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

14. Επειδή, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και οι λόγοι της κριθούν ως νόμιμοι, εκτός του ότι η εκ της αιτίας αυτής μείωση του ανταγωνισμού θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμη απόφαση διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής - μετά από περαιτέρω πρόοδο της και προώθηση σε επόμενα στάδια - θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του συγκεκριμένου σταδίου της προκηρυχθείσας διαδικασίας.

15. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της υπ' αρ. 994/2019 Πράξης της Προέδρου του 3ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 18-7-2019, η όποια περίπτωση από

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

τυχόν διαταγή αναστολής για εύλογο χρόνο της προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή ή τρίτους.

16. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής της περαιτέρω διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή της αποστολής κλήσης προς τον προσωρινό ανάδοχο για τη προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η προσκόμισή τους, ο έλεγχος αυτών και η ανάδειξη του οριστικού αναδόχου της υπό ανάθεση σύμβασης. Η αναστολή αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την έκδοση απόφασης επί της εν προκειμένω προσφυγής, κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής, που σωρεύεται στην συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, πρέπει να γίνει δεκτό επί τω τέλει να ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αποστολή κλήσης προς τον προσωρινό ανάδοχο για τη προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η προσκόμισή τους, ο έλεγχος αυτών και η ανάδειξη του οριστικού αναδόχου της υπό ανάθεση σύμβασης, έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής από την ΑΕΠΠ .

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αριθμός απόφασης: Α 318/2019

Αναστέλλει την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία της υπόψη διακήρυξης και δη αναστέλλει, έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της συγκεκριμένης προσφυγής, την αποστολή κλήσης προς τον προσωρινό ανάδοχο για τη προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, την προσκόμισή τους, τον έλεγχο αυτών και την ανάδειξη του οριστικού αναδόχου της υπό ανάθεση σύμβασης.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Αγ.Ιωάννη Ρέντη στις 9-7-2019 και εκδόθηκε την 10-7-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΤΣΟΥΛΟΥΦΑ ΑΡΓΥΡΩ