

**Αριθμός απόφασης: Α 388 / 2019**

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21 Αυγούστου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 02.08.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1006/12.08.2019 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στη ....., νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά του .....στο πλαίσιο του με συστημικό α/α στο ΕΣΗΔΗΣ ..... δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με αντικείμενο τη .....(cρν .....), προϋπολογισθείσας δαπάνης 580.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και 467.741,94€ άνευ ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και δη κατά της αριθμ. 25/2019 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του Νοσοκομείου (θέμα 12<sup>ο</sup>) κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας και εγκρίνει τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, προκειμένου να ανοιχτεί η οικονομική προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω Προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

## **Αριθμός απόφασης: Α 388 / 2019**

1. Επειδή, το νοσοκομείο, με τη με αριθμό .....διακήρυξη του προκήρυξε επαναληπτικό δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό άνω των ορίων διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για τη Προμήθεια και Τοποθέτηση ..... προϋπολογισθείσας δαπάνης 580.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για πέντε (5) μήνες κατ' εφαρμογή του Προϋπολογισμού της ΣΑΕ 091, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Ο διαγωνισμός διενεργήθηκε ηλεκτρονικά (α/α ΕΣΗΔΗΣ ..... ) και κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβλήθηκαν εμπροθέσμως και τύποις παραδεκτώς προσφορές από δύο (2) οικονομικούς φορείς, την εταιρεία με την επωνυμία «.....» και την εταιρεία με την επωνυμία «.....» και ήδη προσφεύγουσα. Κατά το στάδιο ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, η επιτροπή του διαγωνισμού συνέταξε το με αρ. 1/24.06.2019 πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης και ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής, με το οποίο εισηγήθηκε την απόρριψη των προσφορών και των δύο ως άνω (2) εταιρειών και την επανάληψη της διαγωνιστικής διαδικασίας. Με τη με αρ. 25/31.07.2019 απόφαση του το Δ.Σ. του νοσοκομείου (θέμα 12<sup>ο</sup>) αποφάσισε ομοφώνως την αποδοχή του ως άνω πρακτικού μόνο κατά το μέρος που απορρίπτει τη προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας «.....» ενώ έκρινε ότι η τεχνική προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «.....» κείται εντός των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης και ενέκρινε ακολούθως τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, προκειμένου να ανοιχτεί η οικονομική προσφορά της ως άνω συμμετέχουσας εταιρείας.

2. Επειδή, με την ως άνω προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. με το από 12.08.2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, η προσφεύγουσα, πλέον του αιτήματος της να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ.

### **Αριθμός απόφασης: Α 388 / 2019**

α΄ του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α΄ του Π.Δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ....., ποσού 2.339,00€).

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, 6 παρ.1 Ν. 4412/2016) που ανέρχεται σε 467.741,94€ μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, του αντικειμένου της (προμήθεια και υπηρεσίες), της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί και της νομικής της φύσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής δημοσίευσης της Προκήρυξης στην ΕΕΕΕ η 15<sup>η</sup>/5/2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ΄ της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του Ν. 4487/2017, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, στην υπό εξέταση προσφυγή της, η προσφεύγουσα που συμμετείχε στο διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017, προβάλλει ότι με την προσβαλλόμενη πράξη μη νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά της, λόγω μη υποβολής με την προσφορά της του ζητούμενου με τη διακήρυξη ISO 13485. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι το ISO 13485, που εκ παραδρομής αναφέρεται στη Διακήρυξη, έχει ως πεδίο εφαρμογής: Εμπορία, Διακίνηση και Τεχνική Υποστήριξη Ιατροτεχνολογικών Προϊόντων στον Νοσηλευτικό και Χειρουργικό Τομέα, τομείς δηλαδή εντελώς ξένους/άσχετους με την προμήθεια και τοποθέτηση πλαστικού δαπέδου που είναι μια κατεξοχήν κατασκευαστική/τεχνική εργασία. Για το λόγο αυτόν εξάλλου ζητείται και εργοληπτικό πτυχίο ΜΕΕΠ, η δε

## **Αριθμός απόφασης: A 388 / 2019**

προσφεύγουσα διαθέτει ISO 9001:2015, ISO 14001:2015 και OHSAS 18001:2007 καθώς και εργοληπτικό πτυχίο ΜΕΕΠ 2ας τάξεως. Αναφορικά με τη προσφορά της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας που έγινε αποδεκτή παραπονείται η προσφεύγουσα ότι είναι μη νόμιμη η αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «.....» λόγω ουσιωδών πλημμελειών των Δικαιολογητικών Συμμετοχής που υπέβαλε στο διαγωνισμό που παραβιάζουν ευθέως τους επί ποινή αποκλεισμού τεθέντες όρους της Διακήρυξης και ειδικότερα παραβιάζουν τους όρους του άρθρου 2.4.3 Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά». Εν προκειμένω, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η εταιρεία «.....» έχει παραπονήσει το αναρτημένο υπόδειγμα σε μορφή .pdf της Υπηρεσίας (espd-request\_signed.pdf) ΕΕΕΣ και έχει «επικολλήσει» επ' αυτού τις απαντήσεις του, όπερ έπρεπε να θέτει την προσφορά του εκτός της διαδικασίας αφού το υποβληθέν ΕΕΕΣ της εταιρείας «.....» είναι άκυρο, παράτυπο και παραπονημένο. Συγκεκριμένα το υποβληθέν από την εταιρεία «.....» ΕΕΕΣ φέρει την ψηφιακή υπογραφή του κ. ....και του κ. ...., δηλαδή φαίνεται να έχει συνυπογραφεί και από το Διοικητή του Γενικού Νοσοκομείου ..... Κατόπιν τούτων, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της εταιρείας «.....» μη νομίμως και κατά παράβαση ρητών όρων της Διακήρυξης έγινε δεκτή με την προσβαλλόμενη απόφαση και κατ' ακολουθίαν πρέπει να αποκλεισθεί από το Διαγωνισμό.

6. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και κατόπιν επισκόπησης των εγγράφων της σύμβασης, η υπό εξέταση προσφυγή, τουλάχιστον κατά το μέρος της που βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, δεν είναι προδήλως απαράδεκτη ούτε προδήλως αβάσιμη. Τούτο, δε, διότι, δοθέντος ότι στο άρθρο 2.2.8.1 της διακήρυξης με τίτλο «Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών» προβλέπεται «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6

### **Αριθμός απόφασης: Α 388 / 2019**

και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το από το άρθρο 79 παρ. 1 και 3 του ν. 4412/2016 Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα ΙΙΙ το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΕΕΕΣ καταρτίζεται βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος 2 του Κανονισμού (ΕΕ) 2016/7 και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες του Παραρτήματος 1...» και στο άρθρο 2.4.3 με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά»: «2.4.3.1 Τα στοιχεία και δικαιολογητικά για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνουν: α) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 1 και 3 του άρθρου 79 του ν. 4412/2016 και β) την εγγύηση συμμετοχής, όπως προβλέπεται στο άρθρο 72 του Ν.4412/2016 και τα άρθρα 2.1.5 και 2.2.2 αντίστοιχα της παρούσας διακήρυξης. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν το σχετικό πρότυπο ΕΕΕΣ το οποίο έχει αναρτηθεί, σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF, στη διαδικτυακή πύλη [www.promitheus.gov.gr](http://www.promitheus.gov.gr) του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης (Παράρτημα ΙΙΙ). Το εν λόγω πρότυπο υποβάλλεται σύμφωνα με τις αναρτημένες στον διαδικτυακό τόπο οδηγίες-ανακοίνωση της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας και Ανάπτυξης "Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ESPD)"....» δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι για τη συμμετοχή και την αξιολόγηση της προσφοράς και ως προς την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και για τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού στο πρόσωπό του οικονομικού φορέα πρέπει με την προσφορά του, πλέον της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, να υποβάλει ΕΕΕΣ νόμιμα και κατά τους όρους της διακήρυξης συμπληρωμένο. Οριστική κρίση, ωστόσο, επί της ουσίας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας επί του συγκεκριμένου λόγου της προσφυγής, αλλά και επί του παραδεκτού και βασίμου των λοιπών, δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά

## **Αριθμός απόφασης: Α 388 / 2019**

πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

7. Επειδή, εφόσον εικάζεται ζημία της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή εθνικού δικαίου, σύμφωνα με τον πιο πάνω τουλάχιστον ισχυρισμό της υπό εξέταση προσφυγής, παρέλκει στο παρόν στάδιο η εξέταση για την πιθανολόγηση των λοιπών.

8. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο έγκρισης των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων και πριν από το στάδιο ανοίγματος της οικονομικής προσφοράς.

9. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας αρχής, αλλά ακόμη και του καθ' ου οικονομικού φορέα, του οποίου, μετά την αποδοχή της τεχνικής του προσφοράς και την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος με την προσβαλλόμενη, αναμένεται να αποσφραγιστεί η οικονομική του προσφορά, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της κρίσης επί της αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς των διαγωνιζομένων, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας τίθεται συνεκδοκικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την τυχόν εκδοθησόμενη πράξη έγκρισης πρακτικού αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, οδηγώντας τοιοιτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών και υποχρεώνοντας την αναθέτουσα αρχή να ακυρώνει πράξεις, με συνέπεια περαιτέρω χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Οι παραπάνω κίνδυνοι, ωστόσο, δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1252/2019 Πράξεως της Προέδρου του 2ου Κλιμακίου για την 03<sup>η</sup>.09.2019, η όποια επίπτωση από την αναστολή προόδου της

### **Αριθμός απόφασης: Α 388 / 2019**

διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή ή στους έτερους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν στο διαγωνισμό. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει, κατά τα ως άνω, τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ανεξάρτητα από το περιεχόμενο του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο έχει αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

10. Επειδή, εξάλλου, επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει αποστείλει έως σήμερα απόψεις, ούτε και κατ' άλλον τρόπο έχει προβάλλει ειδικό ισχυρισμό για την επί ζημία της αποφυγή οποιασδήποτε καθυστέρησης στην πρόοδο του διαγωνισμού, αλλά ούτε και προκύπτει, ότι λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την αποφυγή οιασδήποτε καθυστέρησης στην ολοκλήρωση του διαγωνισμού, ακόμη και παρά την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008).

11. Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η διαδικασία αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών και εάν αυτές έχουν αποσφραγιστεί, η αναθέτουσα αρχή να μην προβεί στην αξιολόγησή τους. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να

## **Αριθμός απόφασης: Α 388 / 2019**

καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του με α/α ΕΣΗΔΗΣ ..... δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού που διενεργεί το ..... (αρ. διακήρυξης .....) για την ανάδειξη αναδόχου για τη Προμήθεια και Τοποθέτηση ..... προϋπολογισθείσας δαπάνης 580.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, για πέντε (5) μήνες κατ' εφαρμογή του Προϋπολογισμού της ΣΑΕ 091, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και δη αναστέλλει την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων και, εφόσον αυτές έχουν αποσφραγιστεί την αξιολόγησή τους, μέχρις εκδόσεως απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 21 Αυγούστου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 22 Αυγούστου 2019.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Μαρία Κων. Μανδράκη**

**Ελένη Κατσίκια**