

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 8 Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη -Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας που περιλαμβάνεται στην από 30.06.2022 Προδικαστική Προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 934/01.07.2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ..., (εφεξής η αναθέτουσα αρχή) όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή στην οποία ο προσφεύγων σωρεύει και αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, αιτείται να ακυρωθεί το υπ' αριθ. 24/14-06-2022 Πρακτικό Συνεδρίασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, με το οποίο εγκρίθηκε ομόφωνα το από 30-05-2022 πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών- τεχνικών προσφορών βάσει του οποίου αποκλείστηκε η προσφορά του για τους εκεί αναφερόμενους λόγους και έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά και προκρίθηκε στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, ήτοι της οικονομικής αξιολόγησης, η προσφορά της εταιρίας «...», εκδοθέν στο πλαίσιο της με αρ. ... διακήρυξης (ΑΔΑΜ ...) ανοιχτού διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού της αναθέτουσας αρχής για την προμήθεια «... (Α|Α συστήματος ...) προϋπολογισμού € 806.451,61 πλέον ΦΠΑ.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: Α 487/ 2022

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με ηλεκτρονικό κωδικό ... ποσού € 4.032,26 Ευρώ (βλ. ταυτόριθμο παράβολο αυτόματης δέσμευσης).

2. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 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 μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, 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 δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων.»

3. 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, δε 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

Αριθμός Απόφασης: Α 487/ 2022

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.

4. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ τις 15054/07.07.2022 απόψεις τις όπου ισχυρίζεται ότι οι λόγοι της προσφυγής «...*τυγχάνουν προδήλως και πρωτίστως απορριπτέοι ως παντελώς αβάσιμοι ,αναληθείς και μη νόμιμοι και συνακόλουθα ουδείς λόγος και ουδεμία αιτία κατά νόμο συντρέχει ,για την αποδοχή και λήψη, των κατ'άρθρο 366 Ν 4412/2016 και υπ'αυτής αξιούμενων προσωρινών μέτρων αναστολής της διεξαγόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας» αιτούμενη την απόρριψη του αιτήματος αναστολής. «ΕΙΔΙΚΟΤΕΡΑ. Όπως εναργώς προκύπτει, σελίδα 68 της Διακήρυξης του υπό προμήθεια ανωτέρω αντικείμενου ,για την απαίτηση των τεχνικών προδιαγραφών αυτού και της ενότητας 8 αυτής ,με τίτλο ΠΑΡΕΛΚΟΜΕΝΟΣ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΣ, παράγραφος 3 και κατά δικαιολογημένη σύνοψη επ'αυτού, καθώς σε λεπτομέρειες ευθέως περιγράφεται και προκύπτει, από τα υπόλοιπα προσκομιζόμενα και επικαλούμενα έγγραφα και στοιχεία, η Προσφεύγουσα ανωτέρω εταιρεία, δεν προσφέρει (με τη κατατεθείσα Προσφορά της),την απαιτούμενη μονάδα εκτύπωσης για το καταγραφικό σύστημα, όπως αναφέρεται και αναζητείται ευθέως και ευκρινώς στην εν λόγω τεχνική προδιαγραφή. Συγκεκριμένα ουδώς αναφέρεται στην έγγραφη προσφορά της ,συγκεκριμένος κατά είδος, τεχνικές προδιαγραφές, οικονομικό κόστος προμήθειας, λειτουργίας και συντήρησης και τεχνικές δυνατότητες, εκτυπωτής. Η συγκεκριμένη έλλειψη, πέραν του αυτονοήτου ότι και τυπικά καθιστά τη σχετική προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας *a priori* μη συμβατή με τη Διαγωνιστική Διαδικασία και τη Διακήρυξη ,καθότι «απέχει» ευθέως και αναμφίβολα των δ'αυτών προβλεπομένων και απαιτούμενων και στη πραγματικότητα, κατά κοινή μέση γνώση, αντίληψη και πληροφόρηση, ταυτόχρονα και επιπρόσθετα, είναι ιδιαίτερα ουσιώδης, εφόσον τελικά θα είμασταν υποχρεωμένοι, είτε να κατέχουμε ένα τόσο ακριβό ιατρικό πολυδύναμο μηχάνημα-σύστημα και να αδυνατούμε να το χρησιμοποιούμε, σε ένα τόσο εύαισθητο και αναγκαίο τομέα, διότι θα ήταν αδύνατη η καταγραφή και η αποτύπωση των ελεγκτικών*

Αριθμός Απόφασης: Α 487/ 2022

αποτελεσμάτων αυτού, ουσιαστικά θα μας ήταν «άχρηστο», είτε να επιβαρυνθούμε τα μέγιστα ,με εκ νέου πρόσθετη και μάλιστα αυτοχρηματοδοτούμενη δαπανηρή αγορά αυτού. Περαιτέρω οι όψιμες αιτιάσεις της Προσφεύγουσας Εταιρείας, όπως αυτές αποτυπώνονται στο κρισιολογούμενο ακυρωτικό δικόγραφο της και αληθείς υποτιθέμενες που δεν είναι, καθότι στη πραγματικότητα ευθέως συνομολογούν τις θέσεις και αντιρρήσεις της ορισθείσας κατά νόμο διαγωνιστικής ελεγκτικής επιτροπής ,εφόσον δι'αυτών άμεσα επιβεβαιώνεται ότι δεν υφίστατο ,με τη κυριολεκτική διαγωνιστικής Προμήθειας ευθέως και ρητώς αλλά και αναγκαίως έννοια του όρου κατάλληλη «προσφορά εκτυπωτή», παρά μόνο γενικόλογες αναφορές και εικασίες, στις εκτυπωτικές δυνατότητες του προσφερόμενου συστήματος και μάλιστα συναγόμενες κατ' εκτιμηση, από παραπομπές, σε επισυναπτώμενα της προσφοράς και απολύτως μη δεσμευτικά έγγραφα αυτής. Ετσι. Με οιαδήποτε οπτική του θέματος, εύλογα και καθ'όλα δικαιολογημένα, η ορισθείσα ελεγκτική Επιτροπή και πρακτικά δε μπορούσε, αλλά ούτε κατά νόμο και τη σύμβαση ,ήταν υποχρεωμένη ,να αρκестθεί σε αόριστες ή ερμηνευτικά ή εκ προσθέτων εκτός της κυρίας Προσφοράς της Προσφεύγουσας Εταιρείας μη δεσμευτικών εγγράφων και στοιχείων συναγόμενες αξιολογικές παραδοχές για ένα τόσο σοβαρό οικονομικά και πρακτικά θέμα. Δεν απαιτείται να είναι κάποιος ειδικός, επι των νομικών και οικονομικών συναφών ζητημάτων ,για να αντιληφθεί άμεσα ,ότι με την Προσφορά της ,η Προσφεύγουσα Εταιρεία, ουδεμία συμβατική δέσμευση θα ανέλαμβανε για τη παράλληλη και επιπροσθέτως της κυρίας και προσφοράς μονάδος εκτύπωσης, όπως κατά τη Διακήρυξη της κρισιολογούμενης απαιτείτο (προβλέπετο),με άμεσο αποτέλεσμα στο τέλος να είμεθα στη δυσάρεστη θέση, ακόμη και να «απολογούμαστε», για την επιδειχθείσα παράβλεψή μας. Κατ'ακολουθία, λαμβανομένου επιπρόσθετα υπόψει, ότι πέραν του αυτονοήτου ότι σφόδρα δηλαδή πιθανολογείται, στα όρια της δικανικής βεβαιότητας, η απόρριψη όλων των λόγων της κρισιολογούμενης Προσφυγής ως προδήλως μη νομίμων και αβασίμων, επι της οποίας και εδράζεται αποκλειστικά κατά νόμο η αξιούμενη από τη Προσφεύγουσα Εταιρεία προσωρινή προστασία, ότι η τυχόν χορήγηση και διά μέσου αυτής ,της αιτούμενης αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας-εκτέλεσης της προσβαλλομένης πράξεως, έως της έκδοσης αποφάσεως επ' αυτής (της

Αριθμός Απόφασης: Α 487/ 2022

Προσφυγής), προφανώς και αναμφίβολα, πέραν της χρονοτριβής και την εξ αυτής καθυστέρηση, της κτήσης ενός τόσο αναγκαίου και χρηστικού για το Δημόσιο Νοσοκομείο μας «θεραπευτικού» συστήματος-μεσου ,πιθανόν θα προκαλέσει και επιπλέον δυσχερώς επανορθώσιμα και δυσεπίλυτα οικονομικά προβλήματα, καθώς η προμήθεια αυτού, είναι προθεσμιακή, χρηματοδοτούμενη δια μέσου προγραμμάτων ΕΣΠΑ κλπ και υφίσταται εύλογα, κίνδυνος οριστικής απώλειας αυτής. Συνεπώς η Αρχή σας, σταθμίζοντας τα εκατέρωθεν θιγόμενα συμφέροντα καθώς και το ύψιστο αγαθό της ποιοτικής αναγκαιότητας των συνταγματικά προστατευομένων και παρεχομένων από το Νοσοκομείο μας υπηρεσιών δημόσιας υγείας και συνεπώς συμφέροντος και το γεγονός ότι, σε κάθε περίπτωση δε θίγονται, οι λοιπές τυχόν αποζημιωτικές αξιώσεις της Προσφεύγουσας Εταιρείας, κατ'ανάλογο εφαρμογή ,της παρ. 3 του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 ,όπως αυτή ισχύει μετά την αντικατάστασή του από το άρθρο 137 του Ν.4782/2021 (ΦΕΚ Α'36) θα πρέπει εύλογα και δικαιολογημένα να δεχθεί ότι οι επαπειλούμενες αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων, είναι δυσανάλογες και πολύ περισσότερες από τα τυχόν επικαλούμενα οφέλη και ως εκ τούτου, θα πρέπει να απορρίψει καθ' ολοκληρία τη αιτούμενη ανασταλτική προσωρινή προστασία αυτής (της Προσφεύγουσας) και να επιτρέψει τη πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και να διατάξει κάθε λοιπό νόμιμο.

5. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

6. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται σε στάδιο, όπου έχουν αξιολογηθεί τα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές των διαγωνιζομένων και δεν έχουν ανοιχθεί οι οικονομικές προσφορές, ενώ το κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής. 6. Επειδή, η αξιολόγηση και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών δεν είναι επιτρεπτή μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών (ΣτΕ ΕΑ 374/2007, 162/2007, ΣτΕ 2283/2006, ΣτΕ ΕΑ 852/2005, 226/2004, 613/2004). Ειδικότερα, σε περίπτωση που ο διαγωνισμός διενεργείται με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά από πλευράς βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, όπου λαμβάνει χώρα αξιολόγηση - βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών – όπως στην προκείμενη περίπτωση - δεν δύνανται νομίμως να αξιολογηθούν και βαθμολογηθούν οι τεχνικές προσφορές με γνωστά τα στοιχεία των οικονομικών προσφορών, διότι κάτι τέτοιο δεν θα εξασφάλιζε συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού και θα έθετε εν αμφιβόλω την αντικειμενικότητα και αμεροληψία των οργάνων του διαγωνισμού. Έτσι, σε περίπτωση κατά την οποία, μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, ευδοκίμησει προδικαστική προσφυγή και κριθεί ότι υπάρχει πλημμέλεια αναγόμενη στο στάδιο της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών ή/και των δικαιολογητικών συμμετοχής, η οποία καθιστά αναγκαία για την επιλογή του αναδόχου την εκ νέου αξιολόγησή τους ή την αιτιολόγηση της βαθμολογίας τους, τούτο συνεπάγεται, κατ' αρχήν, τη ματαίωση του διαγωνισμού, αφού είναι ανεπίτρεπτη η νέα αυτή αξιολόγηση (βλ. ΣτΕ 2283/2006, ενδεικτικά ΑΕΠΠ Α318/2018 σκ. 34 Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη).

7. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, σε περίπτωση ευδοκίμησης της προδικαστικής προσφυγής, η εκτίμηση του περιεχομένου των τεχνικών προσφορών και δη της προσφοράς της προσφεύγουσας, η οποία έχει αποκλειστεί από τα επόμενα στάδια του διαγωνισμού με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση θα καταστεί ανέφικτη – σύμφωνα με την ανάπτυξη που προηγήθηκε -, εάν στο μεταξύ έχει συνεχιστεί η διαγωνιστική διαδικασία, η οποία διεξάγεται με το κριτήριο ανάθεσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας –

Αριθμός Απόφασης: Α 487/ 2022

τιμής, και, ειδικότερα, εάν έχουν αποσφραγιστεί οι οικονομικές προσφορές. Συνεπώς, στο παρόν στάδιο, υφίσταται λόγος χορήγησης αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, προκειμένου να αποτραπούν καταστάσεις ανεπανόρθωτες ή δύσκολα αναστρέψιμες λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

8. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη. Περαιτέρω, για την οριστική κρίση περί του παραδεκτού και της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής, απαιτείται ενδελεχής έρευνα των στοιχείων του φακέλου του διαγωνισμού και των προσφορών στη βάση των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), καθώς και, ενδεχομένως, ερμηνείας όρων αυτών καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων και από αρμόδιους προς τούτο φορείς προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

9. Επειδή, πέραν των αναφερόμενων στην προηγούμενη σκέψη, αφενός η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας 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, αφετέρου λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου με την ταχεία διεξαγωγή και 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). Σε κάθε δε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

10. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι της αναστολής

Αριθμός Απόφασης: Α 487/ 2022

αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό εξέταση προσφυγής.

11.Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

12.Επειδή κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ επί της προσφυγής

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 8 Ιουλίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η Γραμματέας

ΑΛΕΞΑΝΔΡΑ ΠΑΠΑΧΡΗΣΤΟΥ