

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 5 Αυγούστου 2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 25.07.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ) 1039/26.07.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...», που εδρεύει στη ..., οδός ... αρ. ... και ... αρ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, εφεξής ο «προσφεύγων».

Κατά του «...» και κατά (α) της από 20-06-2022 (12η Συνεδρίαση) απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκαν τα πρακτικά αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και κατακυρώθηκε σε αυτόν η σύμβαση για το είδος 35.1β, (β) της από 8-07-2022 (13ης Συνεδρίαση) απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του ως άνω οικονομικού φορέα, εφεξής «η προσβαλλόμενη».

Με την προδικαστική προσφυγή του, στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2

Αριθμός Απόφασης: Α574/2022

του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 600 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Το καταβληθέν παράβολο αποτελεί το κατώτερο ποσό νομίμου παραβόλου, λαμβανομένης υπόψη της εκτιμώμενης αξίας του τμήματος 35. 1β της σύμβασης, στο πλαίσιο της οποίας ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, ποσού 6. 240,00 ευρώ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη προκήρυξε τον Ανοικτό Δημόσιο ηλεκτρονικό Διαγωνισμό (Αρ συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ...) μέσω ΕΣΗΔΗΣ για την προμήθεια «...» προϋπολογιζόμενης δαπάνης 149.139,26€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

3. Επειδή, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 13-05-2022. Τα έγγραφα της παρούσας διαδικασίας δημόσιας σύμβασης καταχωρήθηκαν στο σχετικό ηλεκτρονικό χώρο του ΕΣΗΔΗΣ-προμήθειες/υπηρεσίες και αναρτήθηκαν στη Διαδικτυακή Πύλη(www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ με αρ.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή φορέας ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε στις 25-07-2022, δεδομένου ότι ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 15-07-2022, οπότε του κοινοποιήθηκε μέσω της ανάρτησής της στο ΕΣΗΔΗΣ. Επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, απαράδεκτο τυγχάνει το αίτημα του προσφεύγοντος προς ακύρωση των πρακτικών αποσφράγισης κι αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών καθώς, επίσης,

Αριθμός Απόφασης: Α574/2022

αποσφράγισης κι αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα οποία δεν αποτελούν εκτελεστές πράξεις.

7. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία για το είδος 35.1 β συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας Με το υπ'αριθμ. 1/02-06-2022 Πρακτικό Τεχνικής Αξιολόγησης της Επιτροπής Παραλαβής και Αποσφράγισης προσφορών του ..., η εν λόγω επιτροπή διαπίστωσε ότι η εταιρεία ... έχει υποβάλει όλα τα απαραίτητα δικαιολογητικά συμμετοχής και είναι εντός τεχνικών προδιαγραφών στα είδη που προσφέρει. Ομοίως, διαπίστωσε ότι η εταιρεία ... έχει υποβάλει όλα τα απαραίτητα δικαιολογητικά συμμετοχής και είναι εντός τεχνικών προδιαγραφών στα είδη που προσφέρει. Συνεπώς, η επιτροπή ομόφωνα πρότεινε την έγκριση των τεχνικών προσφορών-Δικαιολογητικών συμμετοχής των ως άνω εταιρειών, για όλα τα είδη που αυτές συμμετείχαν, συμπεριλαμβανομένου και του είδους με α/α 35.1β και το άνοιγμα των οικονομικών τους προσφορών. Στη συνέχεια, με το υπ'αριθμ. 2/02-06-2022 Πρακτικό Οικονομικής Αξιολόγησης της Επιτροπής Παραλαβής και Αποσφράγισης οικονομικών προσφορών του ..., η εν λόγω Επιτροπή πρότεινε σχετικά με το τμήμα με α/α 35.1β την κατακύρωση του στην εταιρεία ..., η οποία είχε υποβάλει προσφορά για το σχετικό τμήμα με προσφερόμενη τιμή μονάδος 5,18 ευρώ πλέον ΦΠΑ. Ακολούθως, με το Απόσπασμα 12ης Συνεδρίασης Διοικητικού Συμβουλίου ... της 20/6/2022, το Διοικητικό Συμβούλιο του ... ομόφωνα αποφάσισε κι ενέκρινε τα υποβληθέντα πρακτικά αξιολόγησης (τεχνικής- οικονομικής) του ανοιχτού διαγωνισμού προμήθειας αναλωσίμων υλικών χειρουργείου και κατακύρωσε την προμήθεια του είδους με α/α 35.1β στην εταιρεία Περαιτέρω, με το υπ' αριθ. 3/06-07-2022 Πρακτικό της Επιτροπής Παραλαβής και Αποσφράγισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του ..., η Επιτροπή διαπίστωσε ότι έχουν υποβληθεί εμπρόθεσμα στο διαγωνισμό, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης των προμηθευτών κι εν τέλει με το Απόσπασμα 13ης Συνεδρίασης Διοικητικού Συμβουλίου ... της 8/7/2022, το Διοικητικό Συμβούλιο του Νοσοκομείου ενέκρινε το πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού προμήθειας Ήδη με την παρούσα ο προσφεύγων στρέφεται κατά τις προσβαλλομένης, με την οποία επικυρώθηκαν τα ως άνω πρακτικά και συγκεκριμένα κατά το μέρος με το

Αριθμός Απόφασης: Α574/2022

οποίο κατακυρώθηκε η προμήθεια του τμήματος με α/α 35.1β στην εταιρεία Επομένως, ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή επικαλούμενος ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα ... και όφελος από την ανάδειξη του ίδιου ως μειοδότη.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 26-07-2022 προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής δια μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1507/2022 Πράξη της Προέδρου του 4ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής, αντίστοιχα και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε ακόμη στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

12. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. 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[...].».

13. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «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». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία

Αριθμός Απόφασης: Α574/2022

ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής -λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων 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, 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 εμπλεκόμενων 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).

15.Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας των ισχυρισμών-αιτιάσεων όπως προβάλλεται από τον αιτούντα, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε ενδικοφανές επίπεδο, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία.

16. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

17. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου ήδη έχουν

Αριθμός Απόφασης: Α574/2022

αξιολογηθεί και γίνει δεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Δεδομένου δε ότι ασκήθηκε η ανωτέρω προσφυγή σε καμία περίπτωση η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017).

18. Επειδή, εξάλλου ο χρόνος για την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής δεν είναι ούτε αόριστος ούτε μακρύς. Επομένως, η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη της υπό ανάθεση σύμβασης έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα του αναθέτοντος φορέα για ταχεία περάτωση αυτής.

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν υφίσταται βλάβη του προσφεύγοντος στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία τους από την συνέχιση της διαδικασίας, και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεύει στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στη Προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 5-07-2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ

Αριθμός Απόφασης: Α574/2022

α/α