

Αριθμός απόφασης: Α 591 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 20.12.2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 13.12.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1537/16.12.2019 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας «.....», η οποία εδρεύει στη, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του και δη κατά της Απόφασης/ Αποσπάσματος Πρακτικών της 26^{ης} Συνεδρίας της Εφορείας του της 28^{ης} Νοεμβρίου 2019, περί έγκρισης των πρακτικών της αρμόδιας επιτροπής που αφορούν στα αποτελέσματα του ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών του ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού κάτω των ορίων με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, για την προμήθεια, όπως τούτη εκδόθηκε στο πλαίσιο του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με αρ.(με συστημικό α/α στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.:.....) Διακήρυξη της ως άνω αναθέτουσας αρχής.

Με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στη Προσφυγή της. Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 591 / 2019

Η εξέταση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), το οποίο αποτελεί το κατώτατο κατά νόμο ποσό παραβόλου και πιθανολογείται ότι αποτελεί εν προκειμένω και το νόμιμο σύμφωνα με τις ως άνω διατάξεις ποσό παραβόλου, δοθέντος ότι η προσφυγή ασκείται για τα είδη με α/α 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 41,42, 43, 44, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 57, 58 του υπό προκήρυξη διαγωνισμού και σύμφωνα με το αίτημα της προσφεύγουσας. Εξάλλου, πρέπει να εξετασθεί εάν η προσφεύγουσα στρέφεται διά της Προσφυγής της κατά της προσφοράς της έτερης συνδιαγωνιζόμενης για τα τμήματα [είδη], για τα οποία έχει υποβάλλει προσφορά και η ίδια, διότι για αυτά τα τμήματα μόνο με έννομο συμφέρον δύναται να βάλλει κατά των προσφορών συνδιαγωνιζομένων της.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ.Διακήρυξη του Νοσοκομείου, προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, κάτω των ορίων, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια, συνολικής εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης 143.952,84€ άνευ ΦΠΑ (και 162.666,71€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), με κριτήριο ανάθεσης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, η οποία διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), στις 8.11.2018 όπου και έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό Ειδικότερα, αντικείμενο της οικείας σύμβασης είναι η προμήθεια Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στον ακόλουθο κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV):«Ράμματα» και ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε εξήντα

Αριθμός απόφασης: Α 591 / 2019

δύο (62) τμήματα. Προσφορές υποβάλλονται για ένα, περισσότερα ή όλα τα τμήματα του διαγωνισμού που αναφέρονται στον Πίνακα 2 της διακήρυξης αλλά για το σύνολο της προκηρυχθείσας ποσότητας αυτών, ενώ προσφορές για μέρος της προκηρυχθείσας ποσότητας απορρίπτονται ως απαράδεκτες. Η αναθέτουσα αρχή διατηρεί το δικαίωμα να αναθέσει περισσότερα του ενός τμημάτων του Πίνακα 2 στον ίδιο προσφέροντα και τα τμήματα που θα ανατεθούν στον ίδιο προσφέροντα μπορούν να προκύψουν κατόπιν οποιουδήποτε συνδυασμού μεταξύ όλων των προς προμήθεια τμημάτων, σύμφωνα με τους κανονιστικού περιεχομένου όρους της υπόψη σύμβασης.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016) και του χρόνου δημοσίευσης της προκήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017) από τη προσφεύγουσα.

4. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «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

Αριθμός απόφασης: Α 591 / 2019

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 ...». Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017. Περαιτέρω, 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».

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ.39/2017, πιθανολογείται ότι έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 6.12.2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής, και η υπό κρίση Προσφυγή αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 13.12.2019, ήτοι εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, διά της ως άνω προσβαλλομένης απόφασης της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε κατά πρώτον ότι η προς κατακύρωση αξία του διαγωνισμού, για τα τμήματα αυτού που υποβλήθηκαν και έγιναν αποδεκτές προσφορές, ανέρχεται στο ποσό των 42.714,72€ μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και είναι εντός της προϋπολογισθείσας αξίας αυτών που είχε εκτιμηθεί σε 122.125,92€ μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και κατά δεύτερον η αποστολή ειδοποίησης, μέσω της Επικοινωνίας του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις προσωρινές ανάδοχες εταιρείες: 1., 2.και 3.για την υποβολή των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παράγραφο 3.2. της διακήρυξης

7. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της συμμετέχουσας και αναδειχθείσας ως προσωρινή ανάδοχος εταιρείας, ισχυριζόμενη ότι εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή διά της προσβαλλομένης έκανε δεκτή τη προσφορά της παρόλο που το κατατεθέν

Αριθμός απόφασης: Α 591 / 2019

από αυτή ΤΕΥΔ είναι μη άρτια και προσηκόντως συμπληρωμένο και ειδικότερα δεν έχει συμπληρωθεί το πεδίο 1) του τμήματος «Γ.: Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα» του μέρους «ΙV: Κριτήρια Επιλογής» του ΤΕΥΔ που υπέβαλε με την προσφορά της, αλλά, αντίθετα, ανέφερε ότι «Βλ. επισυναπτόμενο αρχείο: Κατάλογος πελατών στο φάκελο: ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ - ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ». Και ναι μεν, παραπονεείται η προσφεύγουσα, από την προσφορά της προκύπτει ότι υπάρχει ένα αρχείο με τίτλο ΚΑΤΑΛΟΓΟΣ ΠΑΡΑΔΟΣΕΩΝ νόμιμα υπογεγραμμένο με ψηφιακή υπογραφή, ωστόσο το έγγραφο τούτο σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να υποκαταστήσει την μη συμπλήρωση του απαιτούμενου πίνακα, εφόσον προεχόντως δεν αποτελεί υπεύθυνη δήλωση και δεν περιλαμβάνει καμία αντιστοιχία της περιγραφής των ειδών που αναφέρονται σε αυτόν με τα είδη της διακήρυξης, με αποτέλεσμα να μην είναι εφικτή η προαπόδειξη της πλήρωσης του κριτηρίου τεχνικής ικανότητας που τίθεται στην παράγραφο 2.2.6 της διακήρυξης. Και τούτο διότι όπως προκύπτει με σαφήνεια από τους όρους της οικείας διακήρυξης ο συμμετέχων ήταν υποχρεωμένος να παραθέσει την τεχνική-επαγγελματική ικανότητα του με αναλυτική αναφορά των χαρακτηριστικών της στο ΤΕΥΔ, προκειμένου να διαπιστωθεί αν κατά το χρόνο αυτό διέθετε την απαιτούμενη ικανότητα, ήτοι πληρούσε τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής. Ως εκ τούτου, σύμφωνα δε και με την αρχή της τυπικότητας η μη ορθή συμπλήρωση του ΤΕΥΔ αποτελεί λόγω απόρριψης της προσφοράς του συμμετέχοντος. Ενόψει των ανωτέρω, αιτείται η προσφεύγουσα όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το σκέλος τούτο και απορριφθεί η προσφορά της ως άνω εταιρείας και για τα ως άνω τμήματα, επί τω τέλει κατακύρωσης της σύμβασης στην ίδια, σωρεύοντας παράλληλα στη προσφυγή της αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή διά του με αρ. πρωτ. 13948/20.12.2019 εγγράφου της αποστέλλει τις απόψεις της στο επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ, επί της προκείμενης προσφυγής.

9. Επειδή, 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

Αριθμός απόφασης: Α 591 / 2019

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.

10. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν αξιολογηθεί οι προσφορές από την αναθέτουσα αρχή, έχουν αναδειχθεί οι προσωρινοί ανάδοχοι για το κάθε τμήμα του υπόψη διαγωνισμού και ακολουθεί η λήψη απόφασης σχετικά με τη προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης κατά το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016, επί τω τέλει της οριστικής κατακύρωσης και υπογραφής της υπόψη σύμβασης. Κατ' ακολουθίαν, στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, ουδεμία ανάγκη υφίσταται προς αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων της προσφεύγουσας, αφού δεν υφίστανται οι περιστάσεις εκείνες που να καθιστούν αλυσιτελή τυχόν αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, οι οποίες και θα αιτιολογούσαν τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επέκεινα, τυχόν παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως εκδόθηκε και περαιτέρω έκρινε ως αποδεκτή τη προσφορά της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας με την επωνυμία, θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής. Συνεπώς, δεν προκύπτει άμεση βλάβη (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 862018) της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι δεν υφίσταται, κατά τα προρρηθέντα, μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 86/2018, ΣτΕ Ολ 12-15/2018, ΣτΕ ΕΑ Ολ 146-148/2016, ΔΕφΑθ 26/2019) και την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού η ισχυριζόμενη ζημία της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο που ευρίσκεται η υπό κρίση

Αριθμός απόφασης: Α 591 / 2019

διαγωνιστική διαδικασία, δεν δύναται να αποτραπεί με την αναστολή του διαγωνισμού και τον ορισμό προσωρινών μέτρων.

11. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, δεδομένου ότι 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), ως προελέχθη ανωτέρω (σκ. 9), ενώ και κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου δεν υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα όσα έχουν γίνει δεκτά έως τώρα, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, δεν πληρούται η ratio της διάταξης του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 περί χορήγησης προσωρινών μέτρων για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, το υπό κρίση αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 20 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 23 Δεκεμβρίου 2019.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Κορομπέλης

Τζέιμου Γιάννακα