

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Ιουνίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση – Εισηγήτρια και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής που σωρεύεται στην από 02.06.2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1136/2.06.2021 της προσφεύγουσας εταιρείας «...» και διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ..., οδός ..., αρ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό 593/21-4-2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, τα εγκριθέντα με αυτήν πρακτικά και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη όσον αφορά το είδος με κωικό αρ. 02104-83980-4-0-303. Ταυτόχρονα η προσφεύγουσα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας ως προς το συγκεκριμένο τμήμα.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής (με αριθμό ...) προκηρύχθηκε διεθνής ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την ..., σύμφωνα με τον ενδεικτικό προϋπολογισμό, ετήσιας προϋπολογιστικής δαπάνης 3.500.000,00 € με ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής, για το σύνολο

των ποσοτήτων του προϋπολογισμού. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα προς δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 16.06.2017. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 14.05.2018 με ΑΔΑΜ: ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...). Στον εν θέματι διαγωνισμό έλαβαν μέρος υποβάλλοντας προσφορά ογδόντα επτά (87) εταιρείες. Η αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών συνεχίστηκε για μεγάλο χρονικό διάστημα, λόγω του μεγάλου όγκου τους. Κατά την διαδικασία της αξιολόγησης διαπιστώθηκε ότι σε ορισμένους ζητούμενους κωδικούς η προσφερόμενη τιμή των μειοδοτριών εταιρειών είναι ανώτερη από την αντίστοιχη προϋπολογισθείσα τιμή του διαγωνισμού. Ως εκ τούτου ζητήθηκε διαπραγμάτευση από τις εταιρείες, μέσω του πεδίου «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με την κατάθεση νέας βελτιωμένης προσφοράς, για τα είδη που έχουν προσφερθεί σε τιμή ανώτερη της αντίστοιχης προϋπολογισθείσας τιμής του διαγωνισμού, προκειμένου να υπάρχει δυνατότητα κατακύρωσής τους. Η πλειονότητα των εταιρειών δεν αποδέχθηκε την προσαρμογή των προσφορών τους στην προϋπολογισθείσα τιμή του διαγωνισμού, πλην ορισμένων εξαιρέσεων. Επίσης, σε ορισμένους ζητούμενους κωδικούς η προσφερόμενη τιμή των μειοδοτριών εταιρειών διαπιστώθηκε ανώτερη από την τρέχουσα τιμή του παρατηρητηρίου τιμών ή την σημερινή τιμή προμήθειας. Γι' αυτόν τον λόγο ζητήθηκε διαπραγμάτευση από τις εταιρείες, μέσω του πεδίου «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με την κατάθεση νέας βελτιωμένης προσφοράς, η οποία θα προσαρμόζεται με το τρέχον παρατηρητήριο τιμών ή την σημερινή τιμή προμήθειας του Η πλειονότητα των εταιρειών αποδέχθηκε την προσαρμογή των προσφορών τους, πλην ορισμένων εξαιρέσεων. Έτι περαιτέρω, σε ορισμένους ζητούμενους κωδικούς παρατηρείται ότι υπάρχουν ισότιμες προσφορές μεταξύ των μειοδοτριών εταιρειών. Γι' αυτόν τον λόγο με το υπ' αρ. πρωτ. 11121/06.04.2021 έγγραφο του ..., προσκλήθηκαν οι εμπλεκόμενες εταιρείες να συμμετάσχουν στην κλήρωση για την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου του κάθε αντίστοιχου είδους. Η κλήρωση πραγματοποιήθηκε στις

08/04/2021 ημέρα Πέμπτη και ώρα 14:00 μ.μ., ενώπιον της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού και αντιπροσώπων των εταιρειών: 43. ..., 82. ... και 55. ..., οι οποίες ανταποκρίθηκαν στην κλήση του Ως προς το επίμαχο είδος (φλεβικός καθετήρας ασφαλείας με την αναφερόμενη στη διακήρυξη περιγραφή) αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους ευρώ 600,00 [βλ. α) Παράβολο με αριθμό ..., β) εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»]. Ο προϋπολογισμός του επίμαχου είδους ανέρχεται στο ποσό των 7.840,00 ευρώ.

3. Επειδή η κατά χρόνο αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ καθορίζεται σύμφωνα με τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε με την διάταξη του άρθρου 43 παρ. 4 του ν. 4487/2017. Η διάταξη του άρθρου 379 παρ. 7 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «7. Οι διατάξεις του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374) διέπουν τις διαφορές που αναφύονται από πράξεις ή παραλείψεις, οι οποίες εκδίδονται ή συντελούνται από αναθέτουσες αρχές/ αναθέτοντες φορείς, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία εκκινεί, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 61, 120, 290 και 330 του παρόντος: α) για τις δημόσιες συμβάσεις γενικών υπηρεσιών και τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, μετά την 26η Ιουνίου 2017, β) για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και τις δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, με εκτιμώμενη αξία σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.) ίση ή ανώτερη από τα κατώτατα όρια των άρθρων 5 και 235 του παρόντος, όπως ισχύουν κάθε φορά, μετά την 1η Ιανουαρίου 2018. Μέχρι τότε οι ως άνω διαφορές συνεχίζουν να διέπονται από τις διατάξεις του ν. 3886/2010 (Α' 173). Τα προηγούμενα εδάφια της παρούσας περίπτωσης εφαρμόζονται και στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών με εκτιμώμενη αξία σύμβασης ίση ή ανώτερη από το κατώτατο όριο του άρθρου 1 παρ.2 περίπτωση α' του ν. 4413/2016 (Α' 148), όπως ισχύει κάθε φορά, γ) για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και τις δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών

και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, με εκτιμώμενη αξία σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.) ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ και κατώτερη από τα όρια των άρθρων 5 και 235 του παρόντος, όπως ισχύουν κάθε φορά, μετά την 1η Μαρτίου 2018. Μέχρι τότε για τις ως άνω διαφορές εφαρμόζεται το άρθρο 127, σε συνδυασμό με το άρθρο 376 παράγραφος 12 του παρόντος. Τα προηγούμενα εδάφια της παρούσας περίπτωσης εφαρμόζονται και στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών με εκτιμώμενη αξία κατώτερη από το όριο του άρθρου 1 παρ. 2 περίπτωση α΄ του ν.4413/2016 (Α΄ 148), όπως ισχύει κάθε φορά».

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής προς την ΑΕΠΠ στις 7/6/2021 με το με αριθ. πρωτ. 18646 έγγραφο της στο οποίο επικαλείται ότι «Είναι προφανές επομένως ότι το αίτημα της αναστολής προβάλλεται με δικονομικά καταχρηστικό τρόπο, αφού και μόνον το γεγονός ότι λόγω του όγκου του διαγωνισμού οι διαδικασίες του θα βραδύνουν και δεν πρόκειται να ολοκληρωθούν μέχρι την έκδοση αποφάσεων από την ΑΕΠΠ επί των προσφυγών. Πέραν δε αυτού, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος που δεν χρήζουν περαιτέρω ανάλυσης επιβάλλουν τη συνέχιση των διαδικασιών του διαγωνισμού και την απόρριψη των αιτημάτων κατά την παρ. 3 του ά. 366 ν. 4412/2016 ως ισχύει από 1.6.2021 και της παρ. 4 του ά. 15 του ΠΔ 39/2017. Επείγουσες καταστάσεις, όπως είναι οι συνθήκες της πανδημίας, η έλλειψη βασικών υγειονομικών υλικών από την αγορά, το πλήθος των ζητούμενων υλικών του διαγωνισμού, το μέγεθος του ... (800 κλίνες) και ο μεγάλος αριθμός ασθενών που αυτό εξυπηρετεί, επιβάλλουν τη συνέχιση των διαδικασιών του διαγωνισμού».

5. Επειδή, με βάση το άρθρο 61 παρ.1 του Ν. 4412/2016 «1. Για συμβάσεις άνω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας, της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της σύμπραξης καινοτομίας, νοείται η ημερομηνία αποστολής της σχετικής προκήρυξης σύμβασης στην Επίσημη Εφημερίδα της

Ένωσης ή της προκαταρκτικής προκήρυξης, όταν η τελευταία χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης διαγωνισμού, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 26».

6. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, η επίμαχη διακήρυξη δημοσιεύθηκε στην Υπηρεσία εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 16.06.2017 ήτοι προ της έναρξης λειτουργίας της ΑΕΠΠ και της συνακόλουθης καθ' ύλη αρμοδιότητας της. Το γεγονός ότι μετατέθηκε η ημερομηνία διενέργειας του εν λόγω διαγωνισμού είναι άμοιρο νομικής επιρροής καθώς κρίσιμος χρόνος για την αποκρυστάλλωση του οικείου θεσμικού πλαισίου διενέργειας της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι η ημερομηνία δημοσίευσης της οικείας διακήρυξης κατά την πάγια νομολογία των Ελληνικών Δικαστηρίων (πρβλ. ενδεικτικά ΔεφΑθ 329/2019, ΣτΕ 111/2003 ΕΑ ΣτΕ 800/2008 και σχετικές σκέψεις και δη ως προς συμπληρωματικές συμβάσεις σε Δημόσιες Συμβάσεις Ν. 4412/2016, Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική, Νομική Βιβλιοθήκη, 2019 «Ζητήματα Διαχρονικού δικαίου στον Ν. 4412/2016», Νικόλαος Νικολάκης, σελ 57- 62). Ειδικότερα, εν προκειμένω, ημερομηνία δημοσίευσης είναι η ημερομηνία δημοσίευσης στην ΕΕ της Ευρωπαϊκής Ένωσης 16/06/2017 (<https://...>). Εν συνεχεία δημοσιεύθηκαν δύο τροποποιήσεις που αφορούσαν τις μεταθέσεις των ημερομηνιών παραλαβής και ανοίγματος των προσφορών, στις 10/11/2017 και 29/03/2018 αντίστοιχα. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης, βάσει του οποίου οι υποψήφιοι ανάδοχοι έλαβαν πλήρη γνώση των όρων της εν λόγω διαδικασίας σύμβασης, δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 14/05/2018. Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών του διαγωνισμού ήταν η 25η/06/2018 και η αποσφράγιση των προσφορών διενεργήθηκε στις 29/06/2018.

7. Επειδή, η προσφυγή, ενόψει του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

8. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση προσφυγή πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

Αριθμός Απόφασης: Α 94/2021

9. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής-λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 10 Ιουνίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ηλίας Στρεπέλιας