

Αριθμός απόφασης: Α 493 / 2018

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 09.11.2018, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Αργυρώ Τσουλούφα και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 29.10.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1118/30.10.2018 και χρέωσης στο 2^ο Κλιμάκιο στις 30.10.2018, της εταιρείας με την επωνυμία «.....», με διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στα,, αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθμ. 1036 (28^{ης} Συνεδρίασης/19.09.2018 – Θέμα 35^ο) απόφασης του Δ.Σ. - «.....», κατ' αποδοχήν του υπ' αριθμ. 13547/19.09.2018 Πρακτικού αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, στο πλαίσιο της με αριθμ. (δς) και με αριθ. πρωτ..... Διακήρυξης διενέργειας δημόσιου, ηλεκτρονικού, ανοικτού, άνω των ορίων διαγωνισμού για την ανάθεση της προμήθειας υλικών για «.....» προϋπολογισθείσας αξίας ύψους 999.990,00€ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά μόνο βάσει τιμής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτήν εγκρίθηκαν οι προσφορές των συμμετεχουσών και

Αριθμός απόφασης: Α 493 / 2018

..... ως μη πληρούσες τους όρους της διακήρυξης για τους αναφερόμενους στην υπό εξέταση Προσφυγή της λόγους.

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την με αριθ..... (δς) και υπ' αριθ. πρωτ. Διακήρυξη του - «.....» αποφασίσθηκε η διενέργεια δημόσιου, ηλεκτρονικού, ανοικτού, άνω των ορίων διαγωνισμού για την ανάθεση της προμήθειας υλικών για «.....» προϋπολογισθείσας αξίας ύψους 999.990,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και 806.443,5484€ άνευ ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά μόνο βάσει τιμής, η οποία 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 28.02.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό) ποσού 1.957,85€, το οποίο σε κάθε περίπτωση καλύπτει το ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, και για τα τμήματα – είδη για τα οποία ασκείται η προσφυγή, ήτοι εν προκειμένω, με α/α 180557 -ΕΝΔΟΠΡΟΘΕΣΗ ΜΕΤΑΛΛΙΚΗ ΠΕΡΙΦΕΡΙΚΩΝ ΑΓΓΕΙΩΝ ΔΙΑΤΕΙΝΟΜΕΝΗ ΜΕ ΜΠΑΛΟΝΙ ΑΠΟ ΚΡΑΜΑ ΚΟΒΑΛΤΙΟΥ ΚΑΙ ΧΡΩΜΙΟΥ, με α/α 180805 -ΥΓΡΟ ΕΜΒΟΛΙΚΟ ΥΛΙΚΟ ΓΙΑ ΑΝΕΥΡΥΣΜΑΤΑ ΚΑΙ ΑΓΓΕΙΟΔΥΣΠΛΑΣΙΕΣ ΤΥΠΟΥ ΟΝΥΧ, με α/α 228025 ΜΠΑΛΟΝΙ ΧΑΜΗΛΟΥ ΠΡΟΦΙΛ ΚΑΡΩΤΙΔΩΝ ΕΝΔΕΙΚΤΙΚΑ ΔΙΑΣΤΑΣΕΩΝ 3,5 - 6 ΜΜ

Αριθμός απόφασης: Α 493 / 2018

ΚΑΙ ΜΗΚΟΥΣ 20 ΜΜ και με α/α 231780 ΚΑΘΕΤΗΡΑΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ ΓΙΑ ΔΙΕΛΕΥΣΗ ΔΙΑΜΕΣΟΥ ΠΛΗΡΩΝ ΑΠΟΦΡΑΞΕΩΝ ΠΕΡΙΦΕΡΙΚΩΝ ΑΡΤΗΡΙΩΝ ΣΥΜΒΑΤΟΣ ΜΕ ΟΔΗΓΟ ΣΥΡΜΑ 0,014" ΚΑΙ 0,035" ΜΕ ΥΔΡΟΦΙΛΗ ΕΠΙΚΑΛΥΨΗ ΜΕΧΡΙ 150CM ΜΕ 3 ΑΚΤΙΝΟΣΚΙΕΡΟΥΣ MARKERS ΣΤΟ ΑΚΡΟ ΤΟΥ.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου αποστολής της Προκήρυξης στην ΕΕΕΕ (12.02.2018), σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 19.10.2018 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 29.10.2018, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας.

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) 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

Αριθμός απόφασης: Α 493 / 2018

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 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 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

7. 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».*

8. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν 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 κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των 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.

9. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος

Αριθμός απόφασης: Α 493 / 2018

νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

10. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.), γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί 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.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης, αιτούμενη την ακύρωση αυτής κατά το μέρος που με αυτήν έγιναν δεκτές (και) οι προσφορές των συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων,, και ως μη πληρούσες τους όρους της διακήρυξης αφού όπως ισχυρίζεται ειδικότερα με

Αριθμός απόφασης: Α 493 / 2018

τους λόγους της προσφυγής της α) η προσφορά της εταιρείας B.S.C δεν συμμορφώνεται με τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών ως προς το είδος με α/α 180557, με α/α 228025 καθώς και με α/α 231780 β) η προσφορά της εταιρείας δεν συμμορφώνεται με τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών ως προς το είδος με α/α 180557 γ) η προσφορά της εταιρείας δεν συμμορφώνεται με τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών ως προς το είδος με α/α 180557 και με α/α 180805 και δ) η προσφορά της εταιρείας δεν συμμορφώνεται με τους όρους των τεχνικών προδιαγραφών ως προς το είδος με α/α 231780. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη, κατά το μέρος που με αυτήν έγιναν δεκτές και οι προσφορές των ως άνω εταιρειών παρόλο που δεν κάλυπταν τους όρους της διακήρυξης.

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το από 07.11.2018 έγγραφο των απόψεων της αποδέχεται τη βασιμότητα των ως άνω αναφερθέντων λόγων προσφυγής καθώς συνομολογεί ότι οι προσφορές των ως άνω συμμετεχουσών εταιρειών για τα συγκεκριμένα είδη είναι εκτός προδιαγραφών της προκείμενης διακήρυξης, εκτός από τη προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας ως προς το είδος με α/α 231780.

13. Επειδή, ενόψει των ανωτέρω, η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη, οι δε λόγοι της Προσφυγής δεν πιθανολογούνται ως αβάσιμοι. Επέκεινα, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και των τιθέμενων από τη Διακήρυξη όρων, που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη και με την κρίση αυτής, εμπεριέχουν κρίση που δε 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).

Αριθμός απόφασης: Α 493 / 2018

14. Επειδή, βάσει 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, και, ιδίως, η αναστολή της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό εξέταση προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. 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 καθυστερεί υπέρμετρα και δυσανάλογα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. (δς) με αριθ. πρωτ. Διακήρυξης του - «.....» για την ανάθεση της προμήθειας υλικών για «.....» εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας ύψους 999.990,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και δη για τα είδη με α/α 180557: ΕΝΔΟΠΡΟΘΕΣΗ ΜΕΤΑΛΛΙΚΗ ΠΕΡΙΦΕΡΙΚΩΝ ΑΓΓΕΙΩΝ ΔΙΑΤΕΙΝΟΜΕΝΗ ΜΕ ΜΠΑΛΟΝΙ ΑΠΟ ΚΡΑΜΑ ΚΟΒΑΛΤΙΟΥ ΚΑΙ ΧΡΩΜΙΟΥ, με α/α 180805: ΥΓΡΟ ΕΜΒΟΛΙΚΟ ΥΛΙΚΟ ΓΙΑ ΑΝΕΥΡΥΣΜΑΤΑ ΚΑΙ ΑΓΓΕΙΟΔΥΣΠΛΑΣΙΕΣ ΤΥΠΟΥ ΟΝΥΧ, με α/α 228025: ΜΠΑΛΟΝΙ ΧΑΜΗΛΟΥ ΠΡΟΦΙΛ ΚΑΡΩΤΙΔΩΝ ΕΝΔΕΙΚΤΙΚΑ ΔΙΑΣΤΑΣΕΩΝ 3,5 - 6 MM ΚΑΙ ΜΗΚΟΥΣ 20 MM και με α/α 231780: ΚΑΘΕΤΗΡΑΣ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗΣ ΓΙΑ ΔΙΕΛΕΥΣΗ

Αριθμός απόφασης: Α 493 / 2018

ΔΙΑΜΕΣΟΥ ΠΛΗΡΩΝ ΑΠΟΦΡΑΞΕΩΝ ΠΕΡΙΦΕΡΙΚΩΝ ΑΡΤΗΡΙΩΝ ΣΥΜΒΑΤΟΣ ΜΕ ΟΔΗΓΟ ΣΥΡΜΑ 0,014" ΚΑΙ 0,035" ΜΕ ΥΔΡΟΦΙΛΗ ΕΠΙΚΑΛΥΨΗ ΜΕΧΡΙ 150CM ΜΕ 3 ΑΚΤΙΝΟΣΚΙΕΡΟΥΣ MARKERS ΣΤΟ ΑΚΡΟ ΤΟΥ, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 09 Νοεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Όλγα Θάνου