

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Μαρτίου 2019 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη- Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 25.01.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 104/28.01.2019 Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...Α.Ε» που εδρεύει στον που εδρεύει στην Αττική, επί της οδού ...αρ. ..., ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ...Νοσοκομείου ... «...», το οποίο υπάγεται στη ...^η Υγειονομική Περιφέρεια ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή) και

Της παρεμβαίνουσας Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...Α.Β.Ε.Ε.» που εδρεύει στον Δήμο ..., ..., αρ. ..., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί ολικά ή μερικά η με αριθμό ...Διακήρυξη και κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη, ιδίως η από 18.01.2019 σχετική διευκρίνηση.

Με την ασκηθείσα παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή της, να απορριφθεί η υπό κρίση προσφυγή και να διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχουν καταβληθεί, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, e-παράβολα με αρ. α) ...ποσού τεσσάρων χιλιάδων τετρακοσίων ευρώ (€4.400,00), και β) ...ποσού χιλίων πενήντα ευρώ (€1.050,00), αποδεικτικά πληρωμής στην ALPHA BANK της 22.01.2019 και 25.01.2019 αντίστοιχα, εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών των e- παραβόλων με αναφορά «δεσμευμένο»).

2. Επειδή, το ...Νοσοκομείο ... «...», το οποίο υπάγεται στη ...^η Υγειονομική Περιφέρεια ...ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Ανοιχτό Διαγωνισμό άνω των ορίων, με αριθμό Διακήρυξης ...και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ... (στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. εμφανίζονται δύο αρχεία με τον ίδιο αριθμό, το πρώτο με ημερομηνία ανάρτησης 31.12.2018 και το δεύτερο με ημερομηνία ανάρτησης 02.01.2019), η οποία δημοσιεύθηκε στις 26.12.2018 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης και αναρτήθηκε αρχικά στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 31.12.2018, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) Ωστόσο, κατόπιν κατάργησης λόγω ματαίωσης της ανωτέρω διακήρυξης, αναρτήθηκε εκ νέου στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 02.01.2019 νέα διακήρυξη, με τον ίδιο αριθμό, με μοναδικό κωδικό Α.Δ.Α.Μ. ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΑΝΤΙΔΡΑΣΤΗΡΙΩΝ ΔΙΑΦΟΡΩΝ ΕΡΓΑΣΤΗΡΙΩΝ» (CPV ...), συνολικού προϋπολογισμού ενός εκατομμυρίου ογδόντα επτά χιλιάδων οκτακοσίων πενήντα τεσσάρων ευρώ και σαράντα έξι λεπτών (1.087.854,46 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας ενός έτους, με αρχική καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 19^η Φεβρουαρίου 2019, ημέρα Τρίτη και αρχική ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 27^η Φεβρουαρίου 2019, ημέρα Τετάρτη και

ώρα 10:00 π.μ. Ήδη η αναθέτουσα αρχή, με το με από 01.02.2019 έγγραφο της που κοινοποιήθηκε μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., ανακοίνωσε ότι: «...λόγω κατάθεσης προδικαστικών προσφυγών από τις εταιρείες ... Α.Ε. και ...Α.Ε. κατά της Διακήρυξης του διαγωνισμού με ημερομηνίες εξέτασης από την Α.Ε.Π.Π. στις 22-2-2019, στις 5-3-2019 και 6-3-2019, η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών παρατείνεται για την Παρασκευή 5 Απριλίου 2019 και η ημερομηνία αποσφράγισης την Πέμπτη 11 Απριλίου 2019, σε περίπτωση απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής. Σε περίπτωση δε αποδοχής της προσφυγής και ως εκ τούτου τροποποίησης της Διακήρυξης θα υπάρξει νεώτερη Ανακοίνωση.».

3. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο διενέργειας του διαγωνισμού στις 25.01.2019 και κοινοποιήθηκε από τον προσφεύγοντα στην ΑΕΠΠ με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο, έχει ασκηθεί: α) εμπρόθεσμα, δοθέντος ότι η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 02.01.2019, β) με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

5. Επειδή, στις 29.01.2019, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

6. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7ου Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 126/28.01.2019 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Αναθέτουσας Αρχής προ Χορήγησης Προσωρινών Μέτρων». Η δε

αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της στην ΑΕΠΠ με το με αρ. πρωτ. 2331/04.02.2019 έγγραφο της.

7. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω και στο ισχύον πλαίσιο (Ν. 4412/2016), το θεσπιζόμενο με τον νόμο σύστημα παροχής δικαστικής προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν οι παραπάνω συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής, παράβαση των κανόνων, οι οποίοι καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου της σύμβασης που πρόκειται να συναφθεί, καθώς και τα κριτήρια, βάσει των οποίων θα αναδειχθεί ο τελευταίος. Κατά συνέπεια, εάν ο ενδιαφερόμενος για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 κατά της Διακήρυξης ή των τροποποιητικών της πράξεων, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την προσφυγή αυτή με έννομο συμφέρον, να επικαλεσθεί, με τρόπο συγκεκριμένο και ειδικό, βλάβη από συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ενώ περαιτέρω, εάν εν συνεχεία λάβει μέρος στον διαγωνισμό, θα πρέπει, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ασκεί την αίτηση αυτή με έννομο συμφέρον, η συμμετοχή του στο διαγωνισμό να συνοδεύεται από την διατύπωση επιφυλάξεως ως προς τη νομιμότητα του όρου ή των όρων της διακήρυξης από τους οποίους βλάπτεται. (ΣτΕ (Ασφ) 9/2015, ΔΕφΑΘ (Αναστ.) 44/2015, ΔΕφΑΘ (Ασφ) 561 /2013, ΣτΕ(Ασφ) 314/2013, ΣτΕ (Ασφ) 472/2012, ΣτΕ (Ασφ) 718/2012, ΣτΕ (Ασφ) 714/2012, ΣτΕ 890/2009, ΣτΕ 1415/2008 Ολομ., 881/2008, Ε.Α. 131/2003 κ.ά.).

8. Επειδή, στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, ο προσφεύγων ο οποίος δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, προσδιορίζει επακριβώς και με σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους του, λόγω του ότι η διατύπωση των προβαλλόμενων λόγων της προσβαλλόμενης με την προσφυγή διακήρυξης, αποκλείει κατά δήλωσή του, αθέμιτα τη συμμετοχή του από τον εν λόγω διαγωνισμό και με ζημία του και εν πάσει περιπτώσει δυσχεραίνεται ως ισχυρίζεται ειδικά η εκ μέρους του υποβολή της βέλτιστης ανταγωνιστικής προσφοράς και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα, το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους του η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της με αριθμό ... Διακήρυξης.

9. Επειδή ο παρεμβαίνων κατέθεσε εμπροθέσμως ήτοι στις 08.02.2019 την παρέμβαση του ο οποίος επιθυμεί τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Νομίμως φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

10. Επειδή, στο πλαίσιο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας ασκήθηκε και η από 14.01.2019 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 46/15.01.2019 Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...ΑΝΩΝΥΜΟΣ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΜΠΟΡΙΚΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και το διακριτικό τίτλο «...Α.Β.Ε.Ε.», βάσει της οποίας εκδόθηκε η με αρ. 270/13.03.2019 Απόφαση ΑΕΠΠ όπου αποφασίσθηκε η ακύρωση της προσβαλλόμενης με την παρούσα προσφυγή πράξης, βάσει των αναλυτικά αναφερόμενων λόγων στο σκεπτικό ανωτέρω Απόφασης ΑΕΠΠ.

11. Επειδή η διαπλαστική ενέργεια της ακυρωτικής απόφασης της ΑΕΠΠ αποτελεί μία από τις κύριες συνέπειες αυτής και επενεργεί *erga omnes* σε αναδραμόντα χρόνο και, ως εκ του διαπλαστικού της χαρακτήρα, ενεργεί υπέρ και κατά πάντων. Η ακυρωθείσα πράξη θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα και κατ' αυτόν τον τρόπο επαναφέρεται αυτοδικαίως η πραγματική και νομική κατάσταση που υπήρχε πριν από την έκδοσή της. Με τη διαπλαστική απόφαση

συντελείται η μεταβολή μιας έννομης σχέσης, δημιουργείται μια νέα νομική κατάσταση, το, δε, γεγονός της συντελεσθείσας αυτής νομικής μεταβολής πρέπει, κατά νομοθετική βούληση, να αναγνωρισθεί ως γεγονός αναμφισβήτητο (ad hoc ΕΑ ΣΤΕ 408/2018 και ΑΕΠΠ 242/2019 σκ.10). Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω, δοθέντος αφενός ότι η προσβαλλόμενη ακυρώθηκε ήδη με την με αρ. 270/2019 Απόφαση ΑΕΠΠ, αφετέρου ότι οι προϋποθέσεις παραδεκτού πρέπει να συντρέχουν τόσο κατά το χρόνο κατάθεσης της προσφυγής όσο και κατά το χρόνο συζήτησης αλλά και έκδοσης της απόφασης επί της υπό εξέταση προσφυγής, η προσβαλλόμενη ως ήδη ακυρωθείσα θεωρείται ως μηδέποτε εκδοθείσα (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 183/2011, ΔΕφΠειρ. Ακυρωτικό 37/2013 και Φ. Αρναούτογλου, Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, Νομική Βιβλιοθήκη, παρ. 340 σελ. 188). Συνεπώς, εκλείπει το αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής.

12. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

13. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφούν τα παράβολα που κατέθεσε ο προσφεύγων (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δεν εξετάζει περαιτέρω την Προδικαστική Προσφυγή καθόσον εκλείπει το αντικείμενο της.

Ορίζει την επιστροφή στον προσφεύγοντα των παραβόλων του, ποσού α) τεσσάρων χιλιάδων τετρακοσίων ευρώ (€4.400,00), και β) χιλίων πενήντα ευρώ (€1.050,00).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 6 Μαρτίου 2019 και εκδόθηκε στις 26 Μαρτίου 2019 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου

Νικόλαος Λιακατσίδας