

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Ιουλίου 2019 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος Πρόεδρος και Εισηγητής, Ιωάννης Κίτσος, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη, δυνάμει της Πράξης 40/2019 του Προέδρου της Α.Ε.Π.Π. σε αναπλήρωση της Ιωάννας Θεμελή, η οποία δήλωσε κώλυμα.

Για να εξετάσει την από 27.05.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 637/28.05.2019 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» με έδρα την, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» με διακριτικό τίτλο «.....», η οποία εδρεύει στα, όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η από 09.05.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, η οποία λήφθηκε στην 16η Συνεδρίασή του, ούτως ώστε να ματαιωθεί η ένδικη διαγωνιστική διαδικασία και να προχωρήσει η αναθέτουσα αρχή στην επαναπροκήρυξή της με τους ίδιους όρους.

Με την Παρεμβάση της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της

Αριθμός απόφασης: 824/2019

υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ύψους 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό).

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός δημόσιος διαγωνισμός για την προμήθεια «Χημικών Αντιδραστηρίων με συνοδό εξοπλισμό (CPV.....)», με κριτήριο κατακύρωσης την χαμηλότερη τιμή ανά εξέταση και στο σύνολο των απαιτήτων εξετάσεων ανά κατηγορία χημικών αντιδραστηρίων (Α,Β,Γ) δηλ. ανά τύπο αναλυτή για την πραγματοποίηση των οποίων απαιτούνται αντιδραστήρια, αναλώσιμα και μηχανήμα ως συνοδός εξοπλισμός, συνολικού προϋπολογισμού μέχρι του ποσού των 161.862,41€ συμπτ/νου Φ.Π.Α. Η διαδικασία διενεργήθηκε με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) και πήρε αριθμό συστήματος

3. Επειδή, επί του Α' Σταδίου της αποσφράγισης των (υπο-)Φακέλων Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών, δυνάμει του από 28.01.2019 ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ 1 που συνέταξε η ορισθείσα Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού του άρθρου 221 παρ. 1 Ν. 4412/2016 προκύπτει πως στον συγκεκριμένο Διαγωνισμό συμμετείχαν η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα. Εν συνεχεία η επιτροπή εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας για την κατηγορία Α και την αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας. Με την προσβαλλόμενη από 09.05.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε το ως άνω

Αριθμός απόφασης: 824/2019

ΠΡΑΚΤΙΚΟ και κατακυρώθηκε ως προσωρινή ανάδοχος για την κατηγορία Α η παρεμβαίνουσα, ενώ απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας για αυτή την κατηγορία.

4. Επειδή, κατά της τελευταίας απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά της παρεμβαίνουσας για την κατηγορία Α του διαγωνισμού, προσέφυγε η προσφεύγουσα καταθέτοντας, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ στις 27.05.2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωσή της.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, στις 15.05.2019, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ στις 27.05.2019, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

6. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, κοινοποίησε στις 28.05.2019 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις έγγραφες απόψεις της σχετικά με αυτή ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της.

7. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η συμμετέχουσα εταιρεία με την επωνυμία «.....», αφού η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην Παρεμβαίνουσα μέσω του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την 28.05.2019, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 06.06.2019, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει αποδεκτή η προσφορά της.

8. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή,

Αριθμός απόφασης: 824/2019

η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιαστών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με την προσφυγή της στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης αποκλειστικά και μόνον κατά το σκέλος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, επί σκοπώ ματαίωσης και επαναπροκήρυξης της ένδικης διαγωνιστικής διαδικασίας με τους ίδιους ακριβώς όρους ισχυριζόμενη ότι η προσφορά της τελευταίας πρέπει να απορριφθεί λόγω μη ορθής συμπλήρωσης του φύλλου συμμόρφωσης σύμφωνα με τα οριζόμενα από την διακήρυξη και για μη προσφορά απαραίτητου εξαρτήματος για την λειτουργία του υπό προμήθεια αναλυτή.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή αντικρούει τους λόγους της προσφυγής ζητώντας την απόρριψη της, ισχυριζόμενη ότι η προσφορά της παρεμβαίνουσας καλύπτει τις προδιαγραφές της Διακήρυξης και ειδικότερα τις προδιαγραφές N 10 και N 16

11. Επειδή, η παρεμβαίνουσα ζητά να απορριφθεί η υπό κρίση προσφυγή λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας και εν συνεχεία ως αβάσιμη στην ουσία.

12. Επειδή, διαγωνιζόμενος, ο οποίος νομίμως αποκλείεται από διαγωνισμό, δεν έχει έννομο συμφέρον να αμφισβητήσει τη νομιμότητα της συμμετοχής άλλου διαγωνιζόμενου, δοθέντος ότι με τον αποκλεισμό του καθίσταται, ως προς τον διαγωνισμό αυτόν, τρίτος (βλ. ενδεικτικά Ε.Α. ΣΤΕ 66/2012, 64/2012, 301/2011, 135/2011, 39,74/2010, 748/2010, 1317/2009, 736/2007, ΣΤΕ 715, 2002/2011, 2444, 2451/2009, 2817/2008, 3753/2008, ΣΤΕ 995/2013 κ.ά.). Επομένως, η προσφεύγουσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον να αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης κατά το μέρος της που αποδέχεται

Αριθμός απόφασης: 824/2019

την προσφορά της παρεμβαίνουσας, μόνον εφόσον ήθελε προηγουμένως κριθεί ότι παρά τον νόμο αποκλείστηκε η δική της προσφορά από τον διαγωνισμό (ΕΑ ΣΤΕ 106/2018), κάτι το οποίο εν προκειμένω δεν αιτείται με την υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα. Επίσης δεν υφίσταται παράβαση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, ούτε και επικαλείται κάτι τέτοιο η προσφεύγουσα. Περαιτέρω, ακόμη και υπό το πρίσμα των παραδοχών του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το οποίο με τις από 2.7.2013 και 5.4.2016 αποφάσεις του επί των υποθέσεων C-100/12 «Fastweb SpA» και C-689/13 «Puligienica Facility Escro SpA» (PFE) αντιστοίχως, ερμηνεύοντας τις τότε ισχύουσες ρυθμίσεις της Οδηγίας 89/665, όπως επίσης και τις ρυθμίσεις της Οδηγίας 92/12 με την από 11.5.2017 απόφασή του επί της υποθέσεως C-131/16, «Archus sp.z. o.o και Gama Jacek Lipik»), έκρινε ότι το έννομο συμφέρον «ενδιαφερομένου» (άρθρο 2α παρ. 2 εδ. γ' στις δύο Οδηγίες), είναι δυνατόν να συνίσταται και στην ματαίωση της διαδικασίας, ώστε να κινηθεί νέα διαδικασία συνάψεως συμβάσεως (βλ. και ΕΑ ΣΤΕ 22/2018), η υπό κρίση προσφυγή ασκείται απαραδέκτως, δεδομένου ότι ούτε από τις διατάξεις του εθνικού δικαίου, ούτε από τις αντίστοιχες διατάξεις του ενωσιακού δικαίου σχετικά με το έννομο συμφέρον διαγωνιζομένων κατά το προσυμβατικό στάδιο και τη σχετική νομολογία του Δ.Ε.Ε., η οποία πρέπει να ερμηνεύεται συσταλτικά ώστε να μην προκύπτουν καταστάσεις υπερακοντίζουσες τον σκοπό της οδηγίας (ΕΑ ΣΤΕ 22/2018 σκ. 73), «τέτοιο δικαίωμα δεν παρέχεται στον προσφέροντα που έχει αποκλειστεί οριστικά» (ΕΑ ΣΤΕ 106/2019) ούτε όμως αναγνωρίζεται σε κάθε περίπτωση γενικό έννομο συμφέρον στον οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο να ενεργεί ως «μοχλός του αντικειμενικού ελέγχου νομιμότητας του διαγωνισμού» και εγγυητής της διαφάνειας αυτού, όταν έχει απομείνει ένας μόνο διαγωνιζόμενος (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 106/2018, ΑΕΠΠ 411/2019). Περαιτέρω η προσφεύγουσα δεν προβάλλει συγκεκριμένο ισχυρισμό που να θεμελιώνει το ειδικό έννομο συμφέρον της για την ματαίωση και επαναπροκήρυξη του συγκεκριμένου διαγωνισμού και την ανάθεση σε αυτήν της σύμβασης υπό όρους που δεν θα παραλλάσσουν την παρούσα διακήρυξη. Συγκεκριμένα, πέραν του ότι ουδεμία αναφορά γίνεται στην προσφυγή της στους λόγους για τους οποίους αποκλείστηκε η τεχνική προσφορά της, δεν τεκμηριώνει ότι με τους ίδιους όρους και προδιαγραφές επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, όπως επιδιώκει, θα είχε τη δυνατότητα να υποβάλει τεχνική προσφορά που θα

Αριθμός απόφασης: 824/2019

κάλυπτε τη φορά αυτή τις απαιτήσεις της διακήρυξης (Βλ. Ε. Παυλίδου, «οι αλυσιτελείς αιτήσεις ακυρώσεως του ΣΤΕ», ΕΔΔ, 2 2015, σελ. 249, υπ' αριθ. 242/2019 απόφαση 5ου Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., σκέψη 39, υπ' αριθ. 441/2019 απόφαση Α.Ε.Π.Π.). Κατόπιν των ανωτέρω προκύπτει ότι η υπό κρίση προσφυγή ασκείται ελλείψει εννόμου συμφέροντος και γι' αυτό τον λόγο πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

15. Επειδή, η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 08 Ιουλίου 2019 και εκδόθηκε στις 29 Ιουλίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Λαμπρινή Φώτη