

Αριθμός απόφασης: Α 423 / 2018

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 28-09-2018, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Κωνσταντίνο Κορομπέλη και Κυριακή Σιδηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 17-09-2018 (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) 934/18-09-2018 και χρέωσης στο 4^ο Κλιμάκιο στις 18-09-2018, του οικονομικού φορέα με την επωνυμία

εταιρεία
περιορισμένης ευθύνης» με διακριτικό τίτλο „
εδρεύει στο και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής προσφεύγων).

Κατά της υπ' αριθ. απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου, της συνεδρίασης 21ης/03.09.2018 (Θέμα 11ο) του (εφεξής Αναθέτουσα Αρχή), δυνάμει της οποίας εγκρίθηκε το υπ' αριθ. πρωτ. 8592/08-08-2018 πρακτικό της επιτροπής αποσφράγισης/αξιολόγησης, αποφασίστηκε ότι οι εταιρείες :

» και

εταιρεία » είναι εντός τεχνικών προδιαγραφών, η

είναι εκτός τεχνικών προδιαγραφών και τεραιτέρω

Αριθμός απόφασης: Α 423 / 2018

αποφασίστηκε η ηλεκτρονική αποσφράγιση/αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των εταιρειών

» και «

» και ο αποκλεισμός της εταιρείας

αναφορικά με την υπ' αριθ. 3 διακήρυξη διενέργειας διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου

Σημειώνεται ότι η προς ανάθεση υπηρεσία κατατάσσεται στον ακόλουθο κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV):

Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των ευρώ 305.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 245.967,74€, ΦΠΑ :59.032,26€) για ένα (1) έτος για τη . Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των ευρώ 70.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 56.451,61€, ΦΠΑ:13.548,39€) για ένα (1) έτος για τη . Η δε συνολική εκτιμώμενη αξία και για τις δύο Νοσηλευτικές Μονάδες είναι 375.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % για ένα (1) έτος. Ο επίδικος Διαγωνισμός φέρει συστηματικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

Με την Προδικαστική Προσφυγή του ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου, της συνεδρίασης 21ης/03.09.2018 (Θέμα 11ο) του ., κατά το τμήμα που γίνονται δεκτές οι προσφορές των εταιριών . και

καθότι – ως ο προσφεύγων ισχυρίζεται – οι ανωτέρω δύο οικονομικοί φορείς υπέβαλλαν καθ' όλα μη νόμιμες προσφορές, αποκλίνουσες από ρητούς, ουσιώδεις και χαρακτηριζόμενους ως απαράβατους όρους της επίδικης διακήρυξης, η παράβαση των οποίων οδηγεί στην απόρριψή τους και τον αποκλεισμό τους από τα επόμενα στάδια του διαγωνισμού. Πιο συγκεκριμένα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι θα έπρεπε να απορριφθεί η τεχνική προσφορά της εταιρίας „», και τούτο διότι: 1) δεν προσκόμισε το σύνολο του απαιτούμενου εκ της διακήρυξης μηχανικού εξοπλισμού (τροχήλατος κάδος), 2) δεν προσκόμισε για τα υλικά καθαρισμού και απολύμανσης των δαπέδων, επιφανειών και του ιατροτεχνολογικού εξοπλισμού τα απαιτούμενα Πιστοποιητικά ISO διασφάλισης ποιότητας της κατασκευάστριας επιχείρησης και το πιστοποιητικό σήμανσης CE, 3) προσκόμισε πλημμελώς τα τεχνικά φυλλάδια και τα δελτία δεδομένων ασφαλείας των απορρυπαντικών και απολυμαντικών προϊόντων, 4) δεν υπέβαλε το απαιτούμενο Αναλυτικό Φύλλο συμμόρφωσης προς τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές των προσφερόμενων προϊόντων και 5) προσκόμισε μη προσήκουσα ένορκη βεβαίωση του νόμιμου εκπροσώπου της. Περαιτέρω, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι θα έπρεπε να απορριφθεί η τεχνική προσφορά της εταιρίας „», και τούτο διότι: 1) δεν προσκόμισε το σύνολο του απαιτούμενου εκ της διακήρυξης μηχανικού εξοπλισμού, 2) προσκόμισε πλημμελώς τα τεχνικά φυλλάδια και τα δελτία δεδομένων ασφαλείας των απορρυπαντικών και απολυμαντικών προϊόντων και 3) προσκόμισε πλημμελώς τα απαιτούμενα Πιστοποιητικά ISO διασφάλισης ποιότητας της κατασκευάστριας επιχείρησης.

Επί της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής κατατέθηκε εμπρόθεσμα και νομότυπα η από 27/09/2018 παρέμβαση του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «», με την οποία αιτείται να γίνει δεκτή η παρέμβασή του και οι επ' αυτής ισχυρισμοί του, και να απορριφθεί καθ' ολοκληρίαν η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή και οι ισχυρισμοί του

Αριθμός απόφασης: Α 423 / 2018

προσφεύγοντα και επιπλέον αρνείται τους πραγματικούς ισχυρισμούς του τελευταίου.

Επέρωθεν, ο προσφεύγων 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 Νεκταρία-Πηνελόπη
Ταμανίδη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. 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 1.512,10€. Το εν λόγω ποσό αντιστοιχεί στο νόμιμο παράβολο, δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου προσφεύγει ο προσφεύγων ανέρχεται στο ποσό των 302.419,35 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ, με αποτέλεσμα το νόμιμο παράβολο να ισούται με ποσό ευρώ 1.512,10. Το εν λόγω ποσό πληρώθηκε σύμφωνα με το προσκομιζόμενο επαράβολο αυτόματης δέσμευσης, το οποίο έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.).

2. 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.

3. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

4. 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 06.09.2018, οπότε και έλαβαν

Αριθμός απόφασης: Α 423 / 2018

γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 17.09.2018, ημέρα Δευτέρα, κατόπιν παράτασης από την τελευταία ημέρα της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεομίας (16-09-2018, ημέρα Κυριακή), στην επόμενη εργάσιμη ημέρα (17-09-2018, ημέρα Δευτέρα).

5. 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 προθεομίας 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 στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιώθούν, 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).

6. 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».

7. Επίειδή, 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

Αριθμός απόφασης: Α 423 / 2018

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.

8. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαισίο 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 τροποποίηση δικαιώματος που 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.

9. Επειδή, παρέπειται 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 προσφευγοντος 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 εμπλεκομένων 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.

10. Επειδή, εν προκειμένω, ο προσφεύγων στοιχειοθετεί το έννομο συμφέροντος στο γεγονός ότι έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά του στον επίδικο Διαγωνισμό και εύλογα προσδοκά να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενος ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη, κατά το μέρος που με αυτήν έγιναν δεκτές οι προσφορές των συνδιαγωνιζόμενων εταιριών.

» Και «

„(ΟΥ), επειδή αυτές υπέβαλλαν καθ' όλα μη νόμιμες προσφορές, αποκλίνουσες από ρητούς, ουσιώδεις και χαρακτηριζόμενους ως απαράβατους όρους της επίδικης διακήρυξης, η παράβαση των οποίων οδηγεί στην απόρριψή τους και τον αποκλεισμό τους από τα επόμενα στάδια του διαγωνισμού. Συνεπώς, αν γίνει δεκτή η κρινόμενη, ο προσφεύγων θα αναδειχθεί ανάδοχος της επίδικης σύμβασης καθαριότητας του“.

11. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων αποιουδήποτε επιπέδου αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση

Αριθμός απόφασης: Α 423 / 2018

προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

12. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση Προσφυγή· δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε δε περίπτωση ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή του θα πρέπει να γίνει δεκτή. Επέκεινα οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί του περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και των τιθέμενων από τη Διακήρυξη όρων, που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη και με την κρίση αυτής, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, εμπειρίχουν δε τεχνική 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).

13. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντα, της αναθέτουσας αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της κρίσης επί της τεχνικής προσφοράς των δύο συνδιαγωνιζομένων, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αιτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της έγκρισης των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου και την ανακήρυξή του σε οριστικό, οδηγώντας τοιουτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, τα οποία δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας.

14. Επειδή, εξάλλου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης

Αριθμός απόφασης: Α 423 / 2018

πρακτικού, έγκρισης ή έκδοσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με το στάδιο αυτό και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα είναι άκυρες.

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

16. Επειδή, επέκεινα νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα, ενώ η υπό εξέταση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη.

17. Επειδή η ΑΑ έχει στείλει τις απόψεις της δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου Φ/Γ/4/10457/27-09-2018 εγγράφου της,

18. Επειδή, σε κάθε περίπτωση κατά την κρίση του παρόντος Κλιμακίου υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα, προκειμένου να χορηγηθεί αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόσδοτο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. διακήρυξης διενέργειας διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου

} του

μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 423 / 2018

Κρίθηκε και αποφασίστηκε, συντάχθηκε αυθημερόν από την Εισηγήτρια
και εκδόθηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 28 Σεπτεμβρίου 2018.

Η Πρόεδρος

Νεκταρία-Πηγελάσπη Ταμανίδη

Η Γραμματέας

Γεωργία Παν. Ντεμερούκα