

Αριθμός απόφασης: Α 472 /2018

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 22.10.2018, με την εξής σύνθεση:
Νεκταρία – Πηγελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης,
Εισηγητής και Κυριακή Σιδηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων,
το οποίο σωρεύεται στην από 12.10.2018 (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) 1052/16-10-2018 και χρέωσης στο 4ο Κλιμάκιο στις
15.10.2018, της εταιρείας με την έπωνυμία «
που εδρεύει στο ** οδός ** J, αρ. ** όπως νομίμως
εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθ. 37/25-9-2018 (Θέμα 10^ο) απόφαση (ΟΡΘΗ
ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ) του ** με την οποία
επικυρώθηκαν τα σχετικά πρακτικά της Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης
του διαγωνισμού αναφορικά με την υπ' αριθμόν ** διακήρυξη το:

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την
ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτήν
μη συννόμως επικυρώθηκαν τα πρακτικά αξιολόγησης και αφορούν την
αξιολόγηση της προσφοράς της εταιρείας ** ως αποδεκτής.

Αριθμός απόφασης: Α 472 /2018

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόδοσ της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμόν Διακήρυξη του προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου

», συνολικού προϋπολογισμού 124.930,47 € χωρίς Φ.Π.Α. και με κρίτηριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής (συμφερότερη προσφορά), η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 19.07.2018 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 24.07.2018, όπου έλαβε Συστηματικό Αριθμό: α/α

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νομίμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 780,82 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό , το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α. και εν προκειμένω ανέρχεται σε 664,66 € (124.930,47X 0,5%). Συνεπώς, η προσφεύγουσα κατέβαλε επί πλέον του νομίμως απαιτούμενου (780,82 – 664,66 =) 116,16 €, ποσό το οποίο και θα πρέπει να της επιστραφεί με την οριστική απόφαση επί της Προσφυγής, αφού σε περίπτωση απορρίψεως της Προσφυγής της το

Αριθμός απόφασης: Α 472 /2018

ποσόν του παραβόλου που καταπίπτει, ανέρχεται σε 664,66 € (πρβλ ΣτΕ Ε.Α. 184/2017, Α.Ε.Π.Π. 175/2017, 358/2018).

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 ύψους 124.930,47 € χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου δημοσίευσης της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (19.07.2018), σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1(γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως διθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποίηθηκε στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς στις 02.10.2018 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 12.10.2018, 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 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 αποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης

Αριθμός απόφασης: Α 472 /2018

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).

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 κατηγορία-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 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

Αριθμός απόφασης: Α 472 /2018

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 συμφέροντος 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.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 37/25-9-2018 (θέμα 10^ο) απόφαση (ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ) του Δ.Σ. του Γενικού Νοσοκομείου Πέλλαις, με την οποία επικυρώθηκαν τα σχετικά πρακτικά της Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού αναφορικά με την υπ' αριθμόν διακήρυξη του

προσωρινών μέτρων

προσωρινών μέτρων

επιδιώκοντας την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτήν μη συννόμως επικυρώθηκαν τα πρακτικά αξιολόγησης με τα οποία κρίθηκε η προσφορά της

Αριθμός απόφασης: Α 472 /2018

εταιρείας ως αποδεκτής, σωρεύοντας παράλληλα στην Προσφυγή της αίτημα αναστολής – ορισμού κατάλληλων μέτρων έως ότου κριθεί αυτή. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα με τους λόγους της Προσφυγής της υποστηρίζει ότι: 1. Ο προσφερόμενος από την εταιρεία « » αναλυτής ARCHITECT I 2000SR δεν είναι σύμφωνος με την τεχνική προδιαγραφή με α.α. 4 (σελ. 46 της Διακήρυξης), ενώ και η απάντησή της στο προσκομιζόμενο Φύλλο Συμμόρφωσης αναφορικά με την προδιαγραφή με α.α. 11 είναι αντιφατική, καθώς δεν προσδιορίζεται εάν ο αριθμός των 200 δηλούμενων εξετάσεων είναι ο ελάχιστος ή ο μέγιστος, 2. Ο προσφερόμενος από την εταιρεία « » αναλυτής ARCHITECT I 2000SR δεν είναι σύμφωνος με την τεχνική προδιαγραφή με α.α. 12, 3. Ο υπόψη αναλυτής ARCHITECT I 2000SR δεν είναι σύμφωνος με την τεχνική προδιαγραφή με α.α. 23, 4. Το προσκομιζόμενο πελατολόγιο της εταιρείας

~~παραβιάζει τον θέρο 1.7 β) της Διακήρυξης όπου αναφέρονται οι γενικές αρχές σύμφωνα με τις οποίες διενεργείται ο παρόν διαγωνισμός, αφού στο πελατολόγιο αυτό αναφέρονται και Νοσοκομεία και Ιδιωτικά Εργαστήρια στα οποία είναι εγκατεστημένοι αναλυτές IMMULITE και ADVIA CANTAUR οι οποίοι είναι της προσφεύγουσας και τους οποίους η εταιρεία « » είχε εγκαταστήσει σε κάποια νοσοκομεία, σε κάθε δε περίπτωση δεν είναι όμοιοι με τον προσφερόμενο από την εταιρεία αυτήν στον υπόψη διαγωνισμό, 5. Η Υπεύθυνη Δήλωση της σελ. 42 των Ειδικών Όρων της Διακήρυξης κατά παράβαση τοποθετήθηκε από την εταιρεία « », στον φάκελο της τεχνικής προσφοράς και όχι σε αυτόν της οικονομικής και 6. Η κατατεθείσα από την εταιρεία « » εγγυητική επιστολή συμμετοχής δεν είναι σύμφωνη με τον υπόδειγμα της Διακήρυξης (σελ. 73 – 74 της Διακήρυξης).~~

12. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον αισκεί την υπό κρίση Προσφυγή της, αφού - ως ισχυρίζεται - έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της για την υπόψη σύμβαση, η οποία έγινε αποδεκτή κατά το στάδιο αξιολόγησης των υποφαικέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», και για το λόγο αυτό εύλογα προσδοκά να της αναπεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

Αριθμός απόφασης: Α 472 /2018

προσδοκία εντούτοις η οποία απομειώνεται εκ του γεγονότος ότι στο αυτό στάδιο του διαγωνισμού έγινε, κατ' εσφαλμένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, αποδεκτή και η προσφορά των συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας «

13. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε δε περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, αφού, ως ισχυρίζεται, μη συννόμως έγινε αποδεκτή προσφορά της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας καίτοι δεν πληροί τους όρους της Διακήρυξης. Επέκεινα οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προβαλλόμενη και με την κρίση=αυτής περί παραδεκτής προσφοράς της ανωτέρω συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας, χρήζει ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχει δε τεχνική κρίση που δε μπορεί να συνάχθει στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΔ ΣτΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

14. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και σε περίπτωση τυχόν ακύρωσης της προβαλλόμενης είναι πρόδηλη, αφού θα έχει ως αποτέλεσμα την ακύρωση των επόμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής για τον υπό κρίση διαγωνισμό και τελικώς την ματαίωση αυτού, οδηγώντας σε καθυστέρηση της υπόψη υπηρεσίας.

15. Επειδή, 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 επτί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (βλ. σκέψεις 8 και 9), η οποία σκοπεύει στην αποτροπή

Αριθμός απόφασης: Α 472 /2018

ανεπτυνόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

17. Επειδή, επέκεινα νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα (βλ. σκέψη 10), ενώ η υπό εξέταση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη.

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 – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. Λιακήρυξης του

και ορίζει ως κατάλληλο μέτρο τη μετάθεση της ημερομηνίας αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών μετά την εικοστή (20) ημέρα από την ημερομηνία ορισμού εξέτασης (08.11.2018) της υπό κρίση Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 22 Οκτωβρίου 2018 και εκδόθηκε στις 25 Οκτωβρίου 2018.

Η Πρόεδρος

ΜΕΚΤΑΡΙΑ ΜΗΝΕΛΟΠΗ ΤΑΜΑΓΙΩΝ,

Η Γραμματέας

Γεωργία Παν. Ντεμερούκα