

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 13 Οκτωβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 04.10.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1866/04.10.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» με διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στην Αθήνα επί της οδού (εφεξής προσφεύγων), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί, άλλως ανακληθεί άλλως τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής με αριθμό Θέμα 9 για το τμήμα Α.3 «.....» κατά το μέρος αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας....., εκδοθείσα στο πλαίσιο διακήρυξης με αρ....., συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 157.070,00€ (ΑΔΑΜ.....) με Συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ, αντικείμενο την επισκευή και συντήρηση ιατρικού εξοπλισμού, και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά **αποκλειστικά βάση τιμής**. Εν προκειμένω ο προϋπολογισμός του επίμαχου τμήματος με α/α 3 ανέρχεται σε 16.000€ του ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένου.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ, (βλ. το e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό.....). Η προσφυγή κατατέθηκε εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερομένους στις 23.09.2021, ευλόγως δε ο προσφεύγων προσδοκά να του ανατεθεί η επίμαχη σύμβαση για το τμήμα 3 έχοντας υποβάλλει νομίμως προσφορά που κρίθηκε αποδεκτή και είναι εν προκειμένω 2^{ος} σε σειρά μειοδοσίας.

2. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής 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 (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

3. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: *«Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».*

4. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη. Εν προκειμένω, ο προσφεύγων κατόπιν παράθεσης σχετικού αναλυτικού ιστορικού, ισχυρίζεται, μεταξύ άλλων και παραθέτει σχετικά έγγραφα, ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία....., προσωρινός μειοδότης καθόσον καταρχήν στην Υπεύθυνη Δήλωση που κατέθεσε για την πλήρωση του

Αριθμός απόφασης: Α479/2021

Γενικού όρου -Τεχνική προδιαγραφή της διακήρυξης «α», αναφορικά με την χώρα καταγωγής των ανταλλακτικών που θα χρησιμοποιηθούν στο πλαίσιο των υπηρεσιών συντήρησης, δεν συμμορφώνεται με την επί ποινή απόρριψης απαίτηση του διαγωνισμού, ως ενσωματώθηκε στη διακήρυξη κατόπιν συμμόρφωσης της αναθέτουσας αρχής με την με αρ. 1256/27.07.2021 Απόφαση ΑΕΠΠ κατόπιν αποδοχής της με αρ. 1157/2021 προδικαστικής προσφυγής του ιδίου του προσφεύγοντος. Στη συνέχεια, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι υφίσταται παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να ασκήσει την εκ του νόμου υποχρέωση της περί απάντησης επί των προβαλλόμενων από 26.08.2021 ουσιωδών ισχυρισμών του επί της υποβολής υπερβολικά χαμηλής προσφοράς εκ μέρους του ως άνω συνδιαγωνιζομένου, παρά μόνο η αναθέτουσα αρχή παρανόμως αποφάσισε την κατακύρωση του διαγωνισμού, ομοίως ισχυρίζεται ότι κατόπιν έκδοσης της προσβαλλόμενης και συγκεκριμένα την επομένη της κοινοποίησης της (24.09.2021), ο προσφεύγων απέστειλε σχετικό έγγραφο στην αναθέτουσα αρχή αιτούμενος τόσο την χορήγηση/πρόσβαση των πρακτικών της επίμαχης διαδικασίας, όσο και του αιτήματος της αναθέτουσας προς την εταιρεία για παροχή διευκρινήσεων επί της ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς και του υπ' αρ. 7867/09.09.2021 εγγράφου της εν λόγω εταιρείας με το οποίο παρείχε τις οικείες διευκρινήσεις, στο σύνολο τους αναφερόμενα στην προσβαλλόμενη, παρά ταύτα δεν έλαβε σχετική απάντηση και για το λόγο αυτό εκ νέου κατέθεσε στις 27.09.2021 έγγραφο υπενθύμισης και επακολούθως νέο σχετικό αίτημα στις 28.09.2021, την δε 28.09.2021 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στον προσφεύγοντα το με αρ. 04/8480/27.09.2021 έγγραφο της προς απάντηση επί του 24.09.2021 εγγράφου του, το οποίο και παραθέτει ομοίως στην προσφυγή του. Ειδικότερα, με το ως άνω έγγραφο της η αναθέτουσα αρχή αναφέρει ότι α) τα πρακτικά αποσφράγισης των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής και οικονομικής αξιολόγησης είναι ενσωματωμένα στην προσβαλλόμενη και β) το αίτημα του νοσοκομείου προς την εταιρεία και οι διευκρινήσεις της παραπάνω εταιρείας αποτελούν εσωτερικά έγγραφα του διαγωνισμού που πραγματοποιήθηκαν μέσω της επικοινωνίας και τα οποία απευθύνονται προς την επιτροπή αξιολόγησης προκειμένου να ολοκληρώσει το έργο της και είναι διαθέσιμα σε οποιαδήποτε ελεγκτική αρχή. Αναφορικά με την μη κοινοποίηση των

Αριθμός απόφασης: Α479/2021

πρακτικών, ο προσφεύγων εγείρει και επιπλέον ισχυρισμούς περί μη δυνατότητας εκ μέρους του ελέγχου της συγκρότησης της επιτροπής αξιολόγησης. Στη συνέχεια ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη είναι παντελώς αναιτιολόγητη διότι αναφέρει ότι «οι παρεχόμενες διευκρινήσεις από την εταιρεία εξηγούν κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο του κόστους της προσφερόμενης υπηρεσίας», χωρίς ουδεμία περαιτέρω αναφορά και παρότι στην προσβαλλόμενη (πρακτικό ημερομηνίας 26.08.2021 αναφέρεται ρητά ότι η επιτροπή αξιολόγησης διαπίστωσε ότι η προσφορά της ως άνω εταιρίας είναι ασυνήθιστα χαμηλή με βάσει τα συγκριτικά στοιχεία κοστολόγησης της υπηρεσίας τα παρελθόντα έτη και τις συναφείς υπηρεσίες και ζητήθηκαν σχετικές διευκρινήσεις κατ'άρθρο 3.1.2 της διακήρυξης (σελ. 8 της προσβαλλόμενης). Στη συνέχεια δε στις 20.09.2021 ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η Επιτροπή έβγαλε από μόνη της το συμπέρασμα ότι με τις παρεχόμενες διευκρινήσεις εξηγούνται κατά τρόπο ικανοποιητικό το χαμηλό επίπεδο του κόστους της προσφερόμενης υπηρεσίας, αναιρώντας την αρχική διαπίστωση της και χωρίς καμία αιτιολογία προς το Δ.Σ, ως και το ίδιο το ΔΣ ενέκρινε το οικείο πρακτικό χωρίς αιτιολογία, επομένως και για τους λόγους αυτούς η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας επικαλούμενος σχετικές αποφάσεις της ΑΕΠΠ και νομολογία στις οποίες παραπέμπουν. Επακολούθως ισχυρίζεται ότι είναι άκυρη και απαράδεκτη η αποδοχή της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας και λόγω παραβίασης των άκρων ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής, ομοίως επικαλούμενος σχετική νομολογία, έως και η αποδοχή της προσφοράς της λόγω, μεταξύ άλλων και υπέρβασης της 10ημερης αποκλειστικής προθεσμίας απόκρισης της επί της προσφοράς της, παραθέτοντας το λεκτικό της προσβαλλόμενης. Επιπλέον στις 12.10.2021 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στον προσφεύγοντα και ενημέρωσε σχετικά την ΑΕΠΠ το έγγραφο με το οποίο αιτήθηκε σχετικές διευκρινήσεις από την εταιρεία όσο και την ληφθείσα απάντηση εκ μέρους της. Επακολούθως, στις 13.10.2021 ο προσφεύγων απέστειλε εκ νέου έγγραφο στην αναθέτουσα αρχή και στην ΑΕΠΠ αιτούμενος μεταξύ άλλων τα πρακτικά του διαγωνισμού.

5. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, για την οριστική κρίση περί του παραδεκτού και της βασιμότητας των προβαλλόμενων ισχυρισμών, απαιτείται

Αριθμός απόφασης: Α479/2021

ενδεδειγμένης έρευνα των στοιχείων του φακέλου του διαγωνισμού και των προσφορών βάσει των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας που δεν 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), καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων και από αρμόδιους προς τούτο φορείς προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

6. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχει αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος.

7. Επειδή, εν προκειμένω η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής **κωλύει τη σύναψη της σύμβασης**, επί ποινή ακυρότητας (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017), ώστε το δικαίωμα του εκάστοτε προσφεύγοντος και η εύλογη προσδοκία του περί συμμετοχής του στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και εν τέλει στην ανάδειξη αυτού ως αναδόχου της εν λόγω σύμβασης δεν θίγεται σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της προδικαστικής της προσφυγής.

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν υφίσταται βλάβη του προσφεύγοντος στο παρόν στάδιο της διαδικασίας, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία του από την συνέχιση της διαδικασίας, καθώς, στο στάδιο που ευρίσκεται ο διαγωνισμός, ούτε ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής γιατί δεν έχει καταστεί οριστική, και, συνεπώς, δεν υφίσταται έννομο συμφέρον για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση της, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του οικείου διαγωνισμού για το επίμαχο τμήμα.

9. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, **η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη της υπό ανάθεση σύμβασης** έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία περάτωση αυτής.

Αριθμός απόφασης: Α479/2021

10.Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

11. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα χορήγησης αναστολής - προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί, ωστόσο δύναται να πιθανολογηθεί η βασιμότητα επιμέρους ισχυρισμών του προσφεύγοντος, κατά πάγια νομολογία.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος αναφορικά με το Τμήμα 3 της επίμαχης διαδικασίας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13.10.2021 και εκδόθηκε στις 14.10.2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΧΡΥΣΑΝΘΗ Γ. ΖΑΡΑΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ