

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18 Δεκεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αρ. 1887/2019 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1508/09-12-2019 Προδικαστική Προσφυγή της η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στη, όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «.....»)

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου, που εδρεύει στη ..., στο, όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «αναθέτουσα αρχή» ή «Νοσοκομείο») και κατά όρων της με αριθμόδιακήρυξης ανοιχτού διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού, με αρ. συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, για την ανάδειξη αναδόχου για την υπηρεσία «Σίτιση Ασθενών & Εφημερευόντων Ιατρών του Γ.Ν.» για ένα (1) έτος προϋπολογισθείσας δαπάνης 483.870,96€ πλέον ΦΠΑ, με δικαίωμα προαίρεσης αυτού για επιπλέον δύο (2) έτη, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.451.612,90€ πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά μόνο βάσει τιμής (εφεξής «προσβαλλόμενη διακήρυξη»).

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α 581 / 2019

1. Επειδή, το Νοσοκομείο με την προσβαλλόμενη διακήρυξη, που αναρτήθηκε στις 13-11-2019 στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) με ΑΔΑΜ, προκήρυξε τον επίμαχο διαγωνισμό. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 16-12-2019 και ώρα 23:59:00 ημερομηνία αποσφράγισης τους η 19-12-2019 και ώρα 11:00. Κατά όρων της επίμαχης διακήρυξης όμως στις 07-12-2019 άσκησε η προσφεύγουσα την υπό εξέταση προδικαστική της προσφυγή.

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ (1.451.612,90€), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής ως νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου που εποπτεύεται από το Υπουργείο και δεν ανήκει στην Κεντρική Κυβέρνηση, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, εν όψει και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής προκήρυξης της επίμαχης σύμβασης για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης η 05/11/2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

3. Επειδή, από τα αναρτημένα στοιχεία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α) προκύπτει ότι η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. γ' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. γ' του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, ποσού 2.430,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, το οποίο νομίμως υπολογίζεται επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης σύμβασης ενός έτους μόνον, χωρίς να συνυπολογίζεται το δικαίωμα προαίρεσης της αναθέτουσας αρχής για δύο

Αριθμός απόφασης: Α 581 / 2019

χρόνια επιπλέον, δεδομένου ότι η προϋπολογισθείσα αξία της υπηρεσίας, στην οποία με βεβαιότητα κατατείνει η διαγωνιστική διαδικασία, ανέρχεται στο ύψος του προϋπολογισμού για την ετήσια διάρκεια μόνον. Το καταβληθέν ποσό παραβόλου μάλιστα υπερβαίνει το προβλεπόμενο αναλογικό ύψος επί της ως άνω προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης κατά το ποσό των 10,65€, το οποίο (υπερβάλλον ποσό) και καταβλήθηκε αχρεώστητα.

4. Επειδή, εξάλλου, η προσφεύγουσα, ισχυρίζεται ότι αν και δραστηριοποιείται επί πολλά έτη στην παροχή υπηρεσιών σίτισης σε νομικά πρόσωπα δημοσίου και ιδιωτικού δικαίου και ιδιώτες, μεταξύ των οποίων και η αναθέτουσα αρχή, όπως ισχυρίζεται ότι προκύπτει και από σχετικές συμβάσεις που έχει εκτελέσει κατά το παρελθόν, κάποιες από τις οποίες επισυνάπτει και στην προσφυγή της, επιπλέον ότι συμμετέχει, σε σχετικούς δημόσιους διαγωνισμούς που προκηρύσσονται κατά καιρούς από αναθέτουσες αρχές, και μολονότι ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στον επίμαχο διαγωνισμό, εντούτοις μη νόμιμοι κατά τους ισχυρισμούς της όροι της διακήρυξης δυσχεραίνουν ή αποκλείουν τη συμμετοχή της σε αυτόν. Συνακόλουθα, πιθανολογείται ότι με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει κατά της επίμαχης διακήρυξης, για τους αναφερόμενους στην προσφυγή της λόγους.

5. Επειδή, συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: α) Ο όρος 2.2.5 της διακήρυξης περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, κατά το μέρος που απαιτεί, επί ποινή απόρριψης, το ύψος των ιδίων κεφαλαίων και του κυκλοφορούντος ενεργητικού των υποψηφίων να είναι ίσο ή μεγαλύτερο του ενός ($=>1$) και των καθαρών τους αποτελεσμάτων προ φόρων ίσο ή μεγαλύτερο του μηδενός ($=>0$), θέτει αυτομάτως εκτός συμμετοχής μεγάλο αριθμό μικρομεσαίων επιχειρήσεων, οι οποίες καίτοι είναι βιώσιμες και λειτουργικές, επειδή επί παραδείγματι έχουν προβεί σε επενδύσεις και επέκταση έχοντας λάβει δανεισμό για το σκοπό αυτό, όπως η ίδια, η σχέση κεφαλαίων τους προς υποχρεώσεις μπορεί να είναι αρνητική. Η ανωτέρω πρόβλεψη πλήρωσης της

Αριθμός απόφασης: Α 581 / 2019

χρηματοοικονομικής επάρκειας, εξάλλου, δυσχεραίνει τη συμμετοχή των υποψηφίων, παρά τις αντίθετες σχετικές προβλέψεις στις διατάξεις του άρθρου 80 του ν. 4412/2016 και του παραρτήματος στο οποίο αυτές παραπέμπουν, αντίκειται όμως και στις διατάξεις του άρθρου 75 του ίδιου νόμου, που προβλέπει τη λήψη υπόψη των επίμαχων χρηματοοικονομικών δεικτών με συνεκτίμηση, όμως με τα λοιπά στοιχεία που στην παρ. 3 του ως άνω άρθρου αναφέρονται. β) Η διάρκεια της προαίρεσης (παράτασης) της σύμβασης για δύο (2) έτη σε σχέση με την αρχική συμβατική διάρκεια του ενός (1) έτους, σύμφωνα με τον όρο 6.2 της διακήρυξης δεν αιτιολογείται, είναι δυσανάλογη της αρχικής συμβατικής διάρκειας, πλήττει τον ελεύθερο ανταγωνισμό, υπερβαίνει το ανώτατο επιτρεπόμενο όριο του άρθρου 132 του ν. 4412/2016, επιπλέον, η σχετική διατύπωση του βαλλόμενου όρου είναι και ασαφής, διότι δεν προκύπτει αν το δικαίωμα για διετή παράταση της αρχικής σύμβασης θα ασκηθεί άπαξ για δύο (2) χρόνια ή με ενιαύσια διάρκεια κάθε φορά. γ) Η διατύπωση, τέλος, του όρου 1.3 της διακήρυξης περί ανάθεσης της σύμβασης με κριτήριο αποκλειστικά τη χαμηλότερη τιμή, η οποία επαναλαμβάνεται και στον όρο 2.3.1, προκαλεί σύγχυση με αυτήν που διατυπώνεται στον όρο 2.3.1.β της διακήρυξης, σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών, κατά την οποία οι τεχνικές προσφορές των συμμετεχόντων προβλέπεται να βαθμολογηθούν. Τη σύγχυση σχετικά με το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης, μάλιστα, επιτείνει και η διατύπωση του όρου 2.3.1.δ, περί ισοδύναμων προσφορών, η οποία αντίθετα με τις προβλέψεις των διατάξεων της παρ. 1 του άρθρου 90 του ν. 4412/2016 και μολονότι κριτήριο ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης ορίζεται αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή, αναφέρεται σε ισοδύναμες προσφορές με βάση τη συνολική βαθμολογία και ανάθεση της σύμβασης στον συμμετέχοντα με τη μεγαλύτερη βαθμολογία τεχνικής του προσφοράς. Και υπό την εκδοχή, εξάλλου, ότι επιδίωξη της αναθέτουσας αρχής ήταν τα δύο κριτήρια, η χαμηλότερη τιμή και η καλύτερη τεχνική προσφορά να συνδυαστούν, η διακήρυξη είναι ακυρωτέα, διότι σε αυτήν δεν προβλέπονται τα κριτήρια βαθμολόγησης της τεχνικής προσφοράς, η βαρύτητά τους και η ποσόστωση της βαρύτητας στην τελική βαθμολογία των προσφορών.

Αριθμός απόφασης: Α 581 / 2019

6. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

7. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, η υπό εξέταση προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη, σε κάθε περίπτωση περιέχει συγκεκριμένους λόγους για τις πλημμέλειες των όρων της διακήρυξης κατά των οποίων βάλλει. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσο επί του παραδεκτού της προσφυγής όσο και επί της ουσίας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας δεν είναι δυνατόν να συναχθεί στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9, 10, 20, 41, 46/2015), θα διαλαμβάνεται, ωστόσο, στην οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

8. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του ν. 4412/2016 και 15 του π.δ. 39/2017, η ΑΕΠΠ με απόφασή της μπορεί να διατάσσει προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, κατά τρόπο, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, περίπτωση, όμως που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο, διότι, όπως προκύπτει από τα αναρτημένα στοιχεία και έγγραφα στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (αρ. συστήματος 81519), με τη με αριθμό Απόφαση του Διοικητή του Γενικού Νοσοκομείου αποφασίζεται η αναστολή προόδου του διαγωνισμού μέχρι έκδοσης απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της προσφυγής της προσφεύγουσας. Κατά συνέπεια, λόγω αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας με πράξη της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, στο παρόν στάδιο η προσφεύγουσα ούτε επικείμενο κίνδυνο διατρέχει, ούτε άμεση βλάβη υφίσταται, ούτε υφίστανται οι περιστάσεις εκείνες που μπορεί να καθιστούν αλυσιτελή τυχόν αποδοχή της προσφυγής της, ώστε να αιτιολογείται η χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας και από την ΑΕΠΠ, (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 86/2018 σκέψη 12), ούτε τέλος υφίσταται προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση άλλου

Αριθμός απόφασης: Α 581 / 2019

προσωρινού μέτρου (ΣΤΕ ΕΑ 86/2018, ΣΤΕ ΟΛ 12-15/2018, πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ ΟΛ 146-148/2016, ΔΕφΑΘ 26/2019).

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής - προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 18 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 19 Δεκεμβρίου 2019.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Γιάννακα