

Η

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

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 01.12.2017 με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη –Εισηγήτρια- και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 23.11.2017 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ 285/23-11-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) V/49/23-11-2017 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «.....», με έδρα τα, οδός, αρ....., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της υπ' αριθμ. 19^{ης}/10.11.2017 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του που αφορά στην έγκριση του υπ' αριθμ. 21608/01.11.2017 Πρακτικού Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικής Αξιολόγησης της Επιτροπής Διενέργειας του Ηλεκτρονικού, Δημόσιου, Ανοικτού Διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με τη με αριθμ. Διακήρυξη (με αριθμ. πρωτ.) με αντικείμενο την «.....», προϋπολογισθείσας δαπάνης 120.253,23 €, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (ήτοι 96.978,411 € χωρίς Φ.Π.Α. 24%) και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «.....», με τον διακριτικό τίτλο «.....», η οποία άσκησε την από 27.11.2017 Παρέμβαση, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ ΠΑΡ 68/23.11.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) 285/27.11.2017 κατά της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Αριθμός απόφασης: Α/2017

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση ή άλλως μεταρρύθμιση της ανωτέρω προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που, στο στάδιο ελέγχου των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», έγινε αποδεκτή η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης/ προσφέρουσας εταιρίας «.....».

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως διαταχθεί η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης και της περαιτέρω προόδου του διαγωνισμού, έως την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 600 €, αφού σύμφωνα με τις ανωτέρω αναφερόμενες διατάξεις το ύψος του παραβόλου δεν μπορεί να είναι κατώτερο των εξακοσίων (600) ευρώ.

2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του, ύψους 96.978,411€ χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

3. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη της Επιτροπής κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 17.11.2017, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής

Αριθμός απόφασης: Α/2017

(οι συμμετέχοντες) και η Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 23.11.2017.

4. 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 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 ζημιωθούν, 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).

5. 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».

6. Επειδή, συνακόλουθα, 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 και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου

Αριθμός απόφασης: Α/2017

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.

7. 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. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 19^{ης}/10.11.2017 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του που αφορά στην έγκριση του υπ' αριθμ. 21608/01.11.2017 Πρακτικού Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικής Αξιολόγησης της Επιτροπής Διενέργειας του Ηλεκτρονικού, Δημόσιου, Ανοικτού Διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με τη με αριθμ. Διακήρυξη με αντικείμενο την «.....», με την οποία ανωτέρω απόφαση η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή εσφαλμένως δέχθηκε την τεχνική προσφορά της προσφέρουσας εταιρίας «.....», καθότι, όπως ισχυρίζεται, ο φάκελος δικαιολογητικών της ως άνω εταιρίας δεν ήταν πλήρης και σύμφωνος με τους όρους της Διακήρυξης, οι οποίοι είχαν τεθεί επί ποινή απαραδέκτου και αφορούν στην υποχρέωση του προσφέροντος να καταθέσει ηλεκτρονικά συγκεκριμένα δικαιολογητικά και έγγραφα της τεχνικής του προσφοράς. Κατόπιν τούτου, με την υπό κρίση

Αριθμός απόφασης: Α/2017

Προσφυγή της, αιτείται την ακύρωση της προσβαλλομένης πράξης με το κατά τα ανωτέρω περιεχόμενο, καθ' ο μέρος αφορά στην αποδοχή από την αναθέτουσα της προσφοράς της εταιρείας, προβάλλοντας παράλληλα το αίτημα αναστολής προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

9. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι, αν και έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της για την προμήθεια «.....» στο πλαίσιο της με αριθμ. Διακήρυξης του, για τις ανάγκες του και του και έχει γίνει αποδεκτή σε αυτό το στάδιο (η προσφορά της) από την αναθέτουσα αρχή, αυξάνοντας συνακόλουθα την εύλογη προσδοκία της προσφέρουσας/ προσφεύγουσας να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση (για τα είδη με α/α 1 και 3, ήτοι γάντια χειρουργικά αποστειρωμένα σε αδιάβροχη πλαστικοποιημένη συσκευασία με μακριά μανσέτα από φυσικό latex και γάντια εξεταστικά μη αποστειρωμένα με πούδρα με μακριά μανσέτα από φυσικό latex, αντιστοίχως), παράλληλα κατ' εσφαλμένη εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής, έγινε αποδεκτή στο στάδιο «Δικαιολογητικά – Τεχνική Προσφορά» και η προσφορά έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας (επίσης για τα είδη με α/α 1 και 3) και ως εκ τούτου υφίσταται κίνδυνος ζημίας της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που προχωρήσει η διαγωνιστική διαδικασία και στο στάδιο των οικονομικών προσφορών, να κριθεί συμφέρουσα η οικονομική προσφορά της έτερης εταιρίας «.....» και να συναφθεί με την ως άνω αναφερόμενη η υπό κρίση σύμβαση.

10. Επειδή, παρεμβαίνει η εταιρεία «.....», με την από 27.11.2017 Παρέμβαση της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ΑΕΠΠ ΠΑΡ 68/23-11-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) 285/27-11-2017 κατά της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, η οποία (παρέμβαση) ασκείται παραδεκτώς κατ' άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017 και στη νόμιμη προθεσμία, αφού όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού, κοινοποιήθηκε μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις

Αριθμός απόφασης: Α/2017

24.11.2017 η εν λόγω Προσφυγή στους θιγόμενους τρίτους, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση Παρέμβασης. Η Παρέμβαση της προαναφερόμενης εταιρείας ασκήθηκε στις 27.11.2017, ενώ η παρεμβαίνουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, αφού η προσφορά της έχει γίνει αποδεκτή στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία (Ε.Α. ΣτΕ 689/2011), την απόρριψη της οποίας επιδιώκει ο προσφεύγων με την κρινόμενη Προσφυγή του (ΕΑ ΣτΕ 240/2011), επιπροσθέτως η ενδεχόμενη αποδοχή της κρινόμενης Προσφυγής θα αποκλείσει τη συμμετοχή της παρεμβαίνουσας στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, εξαλείφοντας τις πιθανότητες κατακύρωσης της σύμβασης σε αυτή (την παρεμβαίνουσα).

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

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα εταιρεία προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και η ίδια έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως τον πλήρη φάκελο της προσφοράς, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία παρανόμως έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της έτερης εταιρίας, υφίσταται ζημία, αφού ευλόγως προσδοκά την ανάδειξη αυτής της ίδιας ως αναδόχου της εν λόγω

Αριθμός απόφασης: Α/2017

σύμβασης. Αναφέρει σχετικά στους λόγους προσφυγής της ότι, σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης, (και) η υποψήφια προσφέρουσα εταιρεία έπρεπε να υποβάλλει μαζί με την προσφορά της (στον (υπο)φάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής- Τεχνική Προσφορά») μέσω Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, ήτοι νομιμοποιητικά έγγραφα της εταιρείας, prospectus των προσφερόμενων υλικών και αποδεικτικά εργαστηριακών ελέγχων από εξωτερικό διακριβωμένο εργαστήριο, παραλείψει που σύμφωνα με την προσφεύγουσα αποτελούν λόγους αποκλεισμού της εταιρείας, η οποία όπως προελέχθη υποβάλλει προσφορά για τα είδη με α/α 1 και 3, ως και η προσφεύγουσα. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα, επιδιώκοντας τον αποκλεισμό της ανταγωνίστριας εταιρείας, στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της και αιτείται την προσωρινή διασφάλιση του ως άνω δικαιωμάτος της έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής της, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος της για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ' αυτής βλάβη της.

13. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συντελέσθη με την προσβαλλομένη πράξη και με την κρίση αυτής, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχεται 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).

14. Επειδή, νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, ενώ προσέτι η πρόοδος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποσφράγιση και τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών των συμμετεχουσών εταιριών, ήθελε βασίμως θεωρηθεί ότι πλήττει το κύρος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, σε περίπτωση που κριθεί ότι η αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της πληττόμενης εταιρίας παραβιάζει το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο δημοσίων συμβάσεων.

Αριθμός απόφασης: Α/2017

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της αιτούσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 01 Δεκεμβρίου 2017 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Βασιλική Κ. Μπάκου