

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ
ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 23.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/191/26.02.2018 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δημοτικού Οργανισμού Προσχολικής Αγωγής Φροντίδας και Μαζικής Άσκησης Ηρακλείου (ΔΟΠΑΦΜΑΗ) [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 7/12.02.2018 απόφαση (αριθμός Πρακτικού 2) του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθμ. 680/05.02.2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, που διενεργείται δυνάμει της υπ' αριθμ. 5974/12.12.2017 Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Προμήθεια κλιματιστικών μονάδων (ψυκτών) για τις ανάγκες του Παγκρητίου Σταδίου», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 159.000,00€ πλέον Φ.Π.Α. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, ιδίως δε της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 192343502958 0424 0012, ποσού ευρώ επτακοσίων ενενήντα πέντε (€795,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα άσκησε την Προδικαστική Προσφυγή της κάνοντας χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 159.000,00€ πλέον Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α΄ 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) την 15.02.2018.

5. Επειδή, η αιτούσα έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση προμήθειας και έχει υποβάλει προσφορά στο πλαίσιο της

διενεργούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, με συνέπεια να υφίσταται βλάβη, κατά τα άρθρα 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, λόγω της αποδοχής της προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», η οποία κατά την αιτούσα αντίκειται σε όρους της Διακήρυξης και έπρεπε να απορριφθεί. Επειδή, στην κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα προσδιορίζει με σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πώς στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος.

6. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, στον υπό κρίση Διαγωνισμό συμμετέχουν και έχουν υποβάλει προσφορά οι ακόλουθοι οικονομικοί φορείς: 1) (A/A), 2) (A/A), 3) (A/A) και 4) (A/A). Κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών απορρίφθηκε η υπό A/A 86162 προσφορά και έγιναν δεκτές και προκρίθηκαν στο επόμενο στάδιο αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών οι υπό A/A 86668, 85015 και 85753, μεταξύ των οποίων και η προσφορά της προσφεύγουσας.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλείται πλημμέλειες της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα ισχυρίζεται ότι θα έπρεπε να έχει αποκλειστεί η προσφορά του οικονομικού φορέα «.....», επειδή δεν πληροί ορισμένες υποχρεωτικές τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης. Ειδικότερα, α) για το πρώτο ψύκτη, δεν πληρούνται οι εξής προδιαγραφές: (i) ενώ το μέγιστο μήκος έχει καθορισθεί στα 7,0 μέτρα με απόκλιση +/- 1 μέτρο, ο προσφερόμενος ψύκτης έχει μήκος 9,35 μέτρα, γεγονός που ενδεχομένως να δημιουργεί χωροταξικό πρόβλημα κατά την εγκατάσταση, (ii) ενώ η ισχύς του

θα πρέπει να είναι 915 kw με απόκλιση +/- 3%, ο προσφερόμενος ψύκτης έχει απόδοση 955 kw, με αποτέλεσμα να είναι πιο ενεργοβόρος και άρα δαπανηρός, (iii) δεν έχει υποβληθεί το απαιτούμενο από τη Διακήρυξη ISO 14001 και β) για τον δεύτερο ψύκτη, δεν πληρούνται οι εξής προδιαγραφές: (i) ενώ απαιτούνται κατ' ελάχιστον 6 συμπιεστές, η προσφερόμενη μονάδα διαθέτει μόνο 4, χάνοντας έτσι σε ισχύ και σε οικονομικότερη λειτουργία, (ii) ενώ το μέγιστο μήκος έχει καθορισθεί στα 3,8 μέτρα με απόκλιση +/- 1 μέτρο, ο προσφερόμενος ψύκτης έχει μήκος 4,84 μέτρα, γεγονός που ενδεχομένως να δημιουργεί χωροταξικό πρόβλημα κατά την εγκατάσταση, (iii) δεν έχει υποβληθεί το απαιτούμενο από τη Διακήρυξη ISO 14001, (iv) δεν έχει υποβληθεί η επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη από τη Διακήρυξη πιστοποίηση μονάδας, η οποία κατά την προσφεύγουσα, μη επιτρεπτά αναζητήθηκε από την Επιτροπή Διενέργειας μέσω ηλεκτρονικού ελέγχου, με βάση το υποβληθέν γενικό πιστοποιητικό.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις υπ' αριθμ. 1159/02.03.2018 Απόψεις της εμμένει στην απόφασή της, ισχυριζόμενη ότι η προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» παρουσιάζει μεν αποκλίσεις από τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές, αλλά αφενός είναι απολύτως ισοδύναμη με την προσφορά της προσφεύγουσας και αφετέρου δεν παραβιάζει όρους της Διακήρυξης που είχαν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού. Επιπροσθέτως, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι οι αποκλίσεις των προσφερόμενων ψυκτών ως προς το μήκος δεν δημιουργούν χωροταξικό πρόβλημα κατά την εγκατάσταση και ότι η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού, ελέγχοντας το σχετικό πιστοποιητικό μέσω του ιστοχώρου <http://euroventcertification.com>, ενήργησε εντός των αρμοδιοτήτων της. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις Απόψεις της δεν προέβαλε βλάβη δική της ή και του δημοσίου συμφέροντος εν γένει από την λήψη μέτρων προσωρινής προστασίας.

10. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της

αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

11. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «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. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

12. Επειδή, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, 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.

13. 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. Ωστόσο, δε 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 την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

14. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, 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 μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

15. Επειδή, στην παράγραφο 2.4.3.2 της Διακήρυξης αναφέρεται ότι: «Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί και περιγράφονται στο τεύχος των Τεχνικών Προδιαγραφών οι οποίες αποτελούν αναπόσπαστο μέρος της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης. Η Τεχνική Προσφορά συντάσσεται συμπληρώνοντας την αντίστοιχη ειδική ηλεκτρονική φόρμα του συστήματος. Αναλυτικότερα: Στη στήλη «ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ», περιγράφονται αναλυτικά οι τεχνικές απαιτήσεις και οι υποχρεώσεις για τις οποίες θα πρέπει να δοθούν

αντίστοιχες απαντήσεις. Αν στη στήλη «ΑΠΑΙΤΗΣΗ» έχει συμπληρωθεί η λέξη «ΝΑΙ» τότε η αντίστοιχη προδιαγραφή είναι υποχρεωτική για τον υποψήφιο, θεωρούμενη ως απαραίτος όρος σύμφωνα με την παρούσα Διακήρυξη. Προσφορές που δεν καλύπτουν πλήρως τους απαραίτους όρους απορρίπτονται ως απαράδεκτες. Στη στήλη «ΑΠΑΝΤΗΣΗ» σημειώνεται η απάντηση του οικονομικού φορέα και θα πρέπει να συμπληρωθεί η λέξη «ΝΑΙ» εάν η αντίστοιχη απαίτηση πληρούται. Απλή κατάφαση ή επεξήγηση δεν αποτελεί απόδειξη πλήρωσης της προδιαγραφής και η αρμόδια Επιτροπή έχει την υποχρέωση ελέγχου και επιβεβαίωσης της πλήρωσης της απαίτησης (ιδιαίτερα αν αυτή αποτελεί ελάχιστη). Το πεδίο «ΑΠΑΝΤΗΣΗ» θα πρέπει να συμπληρωθεί για ολόκληρη την προμήθεια [...].

16. Επειδή, στο υπ' αριθμ. 3430/26.07.2017 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής, στο οποίο αποτυπώνονται οι τεχνικές προδιαγραφές, αναφέρεται: «[...] Πιο συγκεκριμένα οι ψύκτες (κλιματιστικές μονάδες) θα πρέπει να έχουν τα παρακάτω ελάχιστα χαρακτηριστικά: [...]» και ακολουθούν οι δύο πίνακες με τις αναλυτικές προδιαγραφές των δύο ψυκτών.

17. Επειδή, η προσφορά του καθού η αίτηση οικονομικού φορέα παρουσιάζει πράγματι, όπως άλλωστε συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή, τις αποκλίσεις που αναφέρει η αιτούσα στην Προσφυγή της, με αποτέλεσμα να μην καλύπτονται οι ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές της Διακήρυξης. Ο δε ισχυρισμός της αναθέτουσας αρχής ότι οι τεθείσες προδιαγραφές (όπως π.χ. οι κατ' ελάχιστον 6 συμπιεστές στον β' ψύκτη) δεν είχαν τεθεί επί ποινή αποκλεισμού χρήζει περαιτέρω διερεύνησης.

18. Επειδή, αρκεί η πιθανολόγηση και μόνο ενός λόγου της υπό κρίση Προσφυγής, προκειμένου να δύνανται να χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα, εφόσον πληρούνται και οι λοιπές προϋποθέσεις.

19. Επειδή, η υπό κρίση Προσφυγή σύμφωνα με τις ανωτέρω σκέψεις έχει ασκηθεί παραδεκτά και πιθανολογείται παραβίαση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις, ενώ η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της Προσφυγής χρήζει περαιτέρω διερεύνησης.

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 07.03.2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Νεκτάριος Μερτινός