

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 12.03.2019, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Εισηγητής και Κυριακή Σιδηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 28.02.2019 (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) 281/01.03.2019 και χρέωσης στο 4^ο Κλιμάκιο στις 01.03.2019, της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και δ.τ. «.....», που εδρεύει στο, οδός, αρ....., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής,, που εδρεύει στα, οδός, αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση των υπ' αριθ. 894/2018 και 59/2019 αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίθηκε το υπ' αριθ. 1 Πρακτικό διενέργειας και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών του διαγωνισμού, αναφορικά με την υπ' αριθ.διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής για την προμήθεια «.....» στην στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «.....», κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και έγινε αποδεκτή για όμοια πλημμέλεια με αυτή που αποδίδεται στην προσφεύγουσα, η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «.....».

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της

Αριθμός απόφασης: Α 118 / 2019

Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής, κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα στην Προσφυγή της.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ.διακήρυξη του προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια «.....» στην στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «.....», συνολικού προϋπολογισμού 256.800,00 € χωρίς Φ.Π.Α. και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 27.09.2018 και έλαβε ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 28.09.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α'64), ποσού 1.284,00 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α. (256.800,00 X 0,5%) και το οποίο πληρώθηκε κατά τα προβλεπόμενα, σύμφωνα με το προσκομιζόμενο e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης, το οποίο έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) και την προσκομιζόμενη απόδειξη πληρωμής.

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.

Αριθμός απόφασης: Α 118 / 2019

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 256.800,00 € 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. (27.09.2018), 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 (α) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (α) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς στις 18.02.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 28.02.2019, ήτοι εντός της προβλεπόμενης από το νόμο δεκαήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) 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*

Αριθμός απόφασης: Α 118 / 2019

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 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 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, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των υπ' αριθ. 894/2018 και 59/2019 αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίθηκε το υπ' αριθ. 1 Πρακτικό διενέργειας και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών του διαγωνισμού, κατά το μέρος που με αυτές απορρίφθηκε η προσφορά της και έγινε αποδεκτή για όμοια πλημμέλεια με αυτή που αποδίδεται στην προσφεύγουσα, ως αυτή υποστηρίζει, η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «.....». Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής της ότι η προσφορά της απορρίφθηκε ως τεχνικά μη αποδεκτή, καθώς δεν είχε υποβληθεί, όπως επί ποινή αποκλεισμού απαιτείται από τη διακήρυξη (άρθρο 8 παρ. Α2), συμπληρωμένο το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Δ' (Πίνακας Συμμόρφωσης Τεχνικών

Αριθμός απόφασης: Α 118 / 2019

Προδιαγραφών), πλην όμως είχε υποβληθεί σχετικός πίνακας συμμόρφωσης, ο οποίος αν και δεν ήταν σε πλήρη συμφωνία με το υπόδειγμα του Παραρτήματος Δ' της διακήρυξης, περιείχε τα περισσότερα από τα ζητούμενα στοιχεία του πίνακα συμμόρφωσης, ενώ στην αναλυτική τεχνική της προσφοράς υφίστατο εκτενής αναφορά στις τεχνικές προδιαγραφές των προσφερόμενων ειδών, ήτοι στη συσκευασία καθώς και στο βάρος του προϊόντος, όπως ζητείται από το υπόδειγμα. Συνεπώς, όφειλε η αναθέτουσα αρχή κατ' άρθρο 102 παρ. 1,2 και 5 του Ν. 4412/2016, να καλέσει την προσφεύγουσα όπως παράσχει τις απαιτούμενες διευκρινίσεις ως προς τον υποβληθέντα πίνακα συμμόρφωσης. Περαιτέρω και με τον δεύτερο λόγο της Προσφυγής της, υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη τυγχάνει ακυρωτέα, καθώς και στην περίπτωση που ήθελε κριθεί νόμιμος ο λόγος απόρριψης της προσφοράς της, συντρέχει όμοια πλημμέλεια ως προς τον υποβληθέντα πίνακα συμμόρφωσης, που υπέβαλε η εταιρεία, της οποίας, όμως, η τεχνική προσφορά έγινε αποδεκτή, παρανόμως και αντίθετα προς τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και του ενιαίου μέτρου κρίσης.

10. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προσφυγή της, αφού - ως ισχυρίζεται - έχει υποβάλει την προσφορά της, η οποία κατά το μέρος που έχει πλημμέλειες ως προς τον υποβληθέντα Πίνακα Συμμόρφωσης (άρθρο 8 παρ. Α2), δύναται να θεραπευθεί κατόπιν σχετικής πρόσκλησης από την αναθέτουσα αρχή και μάλιστα κατά δεσμία αρμοδιότητα αυτής, ενώ στην περίπτωση που θεωρηθεί ότι νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της, απορριπτέα τυγχάνει και η προσφορά της μοναδικής εταιρείας που κρίθηκε αποδεκτή στο στάδιο αυτό του διαγωνισμού, «.....», καθώς φέρει όμοια πλημμέλεια. Κατά τούτο, η προσφεύγουσα έχει πρόδηλο έννομο συμφέρον, άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες.

11. 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

Αριθμός απόφασης: Α 118 / 2019

οποίους η Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, αφού, ως ισχυρίζεται, μη συννόμως δεν έγινε αποδεκτή η τεχνική της προσφορά και έγινε αποδεκτή αυτής της εταιρείας «.....». Επέκεινα, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με τις προσβαλλόμενες και με την κρίση αυτών περί απαραδέκτου της προσφορά λόγω μη πλήρωσης των όρων των διακηρύξεων, χρήζει ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχει 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).

12. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και σε περίπτωση τυχόν ακύρωσης της προσβαλλόμενης 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.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (βλ. σκέψεις 6-8), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

14. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και η μετάθεση της ημερομηνίας ανοίγματος των οικονομικών προσφορών μετά την έκδοση απόφασης από την Α.Ε.Π.Π.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αριθμός απόφασης: Α 118 / 2019

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ.διακήρυξης του για την προμήθεια «.....» στην στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «.....» και ορίζει ως κατάλληλο μέτρο τη μετάθεση της ημερομηνίας αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών για τα είδη αυτά μετά τις 10.04.2019, ήτοι δεκατρείς (13) ημέρες από την ημερομηνία ορισμού εξέτασης (28.03.2019) της υπό κρίση Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 12 Μαρτίου 2019, συντάχθηκε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Πηνελόπη-Νεκταρία Ταμανίδη

Ευαγγελία Ζαφειράτου