

Αριθμός απόφασης: Α 46 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 31 Ιανουαρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής - δυνάμει της με αρ. 102/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 70/21-01-2019 Προδικαστική Προσφυγή της Ένωσης Οικονομικών Φορέων αποτελούμενης από α) την με την επωνυμία «.....» και β) το φυσικό πρόσωπο «.....», που εδρεύει στον, επί της οδού Αθηνάς, αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «προσφεύγων»).

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «.....» («.....»), που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ....., (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «.....» ή «ΑΑ») και κατά της με αριθμό πρωτ. 97/08-01-2019 Απόφασης του Γενικού Διευθυντή της Αναθέτουσας Αρχής, σχετικά με την αξιολόγηση των φακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά», με την οποία εγκρίθηκε το πρακτικό με αρ. πρωτ. 9697/19-12-2018 της επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια ολοκληρωμένου πληροφοριακού συστήματος διαχείρισης υλικού της (εφεξής «διαγωνισμός»), για την οποία η αναθέτουσα αρχή είχε προκηρύξει Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό (Διακήρυξη Νο, αρ. ΕΣΗΔΗΣ,), για τους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: Α 46 / 2019

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την με αριθ. πρωτ. διακήρυξή του, το με την επωνυμία προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου της, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής, με συνολική εκτιμώμενη αξία ποσού 170.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 29.12.2017 με ΑΔΑΜ:, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ομοίως στις 29.12.2017, έλαβε δε συστημικό αριθμό α/α Στα πλαίσια του διαγωνισμού αυτού, μετά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών, με την προσβαλλόμενη πράξη, με την οποία εγκρίθηκε το πρακτικό με αρ. πρωτ. 9697/19-12-2018 της επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού, απορρίφθηκαν οι προσφορές της προσφεύγουσας Ένωσης και της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και έγινε αποδεκτή η προσφορά ενός (1) οικονομικού φορέα, της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», η οποία και βαθμολογήθηκε και έλαβε συνολική βαθμολογία 117 βαθμών. Κατά της απόφασης αυτής της, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της και το σκέλος της βαθμολόγησης του μόνου οικονομικού φορέα του οποίου η προσφορά έγινε αποδεκτή και βαθμολογήθηκε, η προσφεύγουσα Ένωση άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

2. Επειδή, με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 24-01-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, η προσφεύγουσα, πλέον του αιτήματος να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, επιδιώκει την αναστολή

Αριθμός απόφασης: Α 46 / 2019

εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, εκδοθέν για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 850,00€), σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου (άρ. 362 παρ. 2 Ν. 442/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017).

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια – υπηρεσία), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ (170.000,00€), της ιδιότητας της αναθέτουσας αρχής (μη κεντρική αναθέτουσα αρχή) δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, εμπίπτει όμως στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ την 29-20-2017), η κρινομένη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του ίδιου νόμου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 του νόμου τούτου, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (α/α. Συστήματος,), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες, και

Αριθμός απόφασης: Α 46 / 2019

στην προσφεύγουσα, την 11^η-01^{ου}-2018, η δε προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 21^η-01^{ου}-2019, ήτοι εντός της κατά νόμο δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκησή της.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα που συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, επικαλούμενη ότι μη νομίμως απορρίφθηκε και δεν βαθμολογήθηκε η τεχνική της προσφορά, αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017. Κατά την έννοια των διατάξεων αυτών, αν ήθελε τελικώς γίνει δεκτή η προσφορά της, με έννομο συμφέρον βάλλει και κατά της βαθμολόγησης του μοναδικού οικονομικού φορέα, του οποίου η τεχνική προσφορά έγινε δεκτή και βαθμολογήθηκε.

8. Επειδή, στην προσφυγή της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά της, με την αιτιολογία ότι, κατά την αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών της ίδιας και της εταιρείας με την επωνυμία «.....», προέκυψαν επαρκώς εύλογες ενδείξεις ότι μεταξύ των δύο αυτών εταιρειών είχε καταρτιστεί συμφωνία για κατάθεση προσυεννοημένων προσφορών, με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, διότι η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας δεν έχει καμία σχέση με την τεχνική προσφορά της ένωσης εταιρειών «.....», δεν υπάρχει, ούτε προκύπτει οποιαδήποτε προσυεννόηση στην υποβολή των προσφορών των δύο φορέων, δεν υφίσταται ούτε προκύπτει κατανομή πελατών ή αγορών, δεν υπάρχει κανένας απολύτως περιορισμός των προσφερόμενων ποσοτήτων και τέλος δεν υπάρχει καμία απολύτως ένδειξη ή απόδειξη περί καθορισμού τιμών, καθώς δεν έχουν καν ανοιχθεί οι οικονομικές προσφορές των φορέων που συμμετείχαν στο διαγωνισμό. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι τα κοινά σημεία των προσφορών των δύο εταιρειών που εντοπίζονται α) στις ενότητες 5.6 και 5.7. των τεχνικών προσφορών, οι οποίες αφορούν την περιγραφή των προδιαγραφών της προσφερόμενης τεχνικής λύσης και ως είθισται αντιγράφονται οι τασσόμενες εκ των τευχών του διαγωνισμού ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ του συστήματος και παρατίθενται επί λέξει με

Αριθμός απόφασης: Α 46 / 2019

σκοπό την πλήρη και χωρίς αμφιβολία δήλωση της συμμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς σε αυτές τις προδιαγραφές και β) σε λοιπά σημεία των τεχνικών προσφορών που αναφέρονται σε διεθνείς καθιερωμένες πρακτικές, που ως επί το πλείστον περιγράφονται στις διαγωνιστικές διαδικασίες με παρόμοιο ή πανομοιότυπο λεκτικό από αρκετές εταιρείες ως το βέλτιστο λεκτικό περιγραφής και σε κείμενα που είναι ελεύθερα στο Διαδίκτυο εδώ και οκτώ χρόνια, επομένως μπορεί να χρησιμοποιούνται από τον καθένα, δεν συνιστούν ούτε υποδεικνύουν την ύπαρξη προσυεννόησης μεταξύ των διαγωνιζόμενων κατά τη σύνταξη της προσφοράς τους με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της ενήργησε κατά παράβαση των αρχών της αναλογικότητας και της χρηστής διοίκησης, καθώς μη έχοντας ενδείξεις, ούτε επαρκείς, ούτε εύλογες, ερειδόμενη στην λεκτική ταύτιση κάποιων σημείων των προσφορών των συμμετεχουσών στο διαγωνισμό ενώσεων εταιρειών, χωρίς να ζητήσει την παροχή διευκρινήσεων και χωρίς να παράσχει στις συμμετέχουσες ενώσεις το δικαίωμα της προηγούμενης ακρόασης για ένα τόσο σοβαρό θέμα, με ιδιαίτερη ευκολία και με προφανέστατα παντελώς αβάσιμη αιτιολογία απέρριψε τις προσφορές των εν λόγω οικονομικών φορέων, επικαλούμενη έναν ιδιαίτερος σοβαρό λόγο απόρριψης. Κατόπιν, η προσφεύγουσα Ένωση βάλλει κατά της βαθμολόγησης της εταιρείας με την επωνυμία «.....», η οποία μη νομίμως υπερβαθμολογήθηκε για τους ειδικότερους λόγους που στην προσφυγή της αναφέρει.

9. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του.

10. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και κατόπιν επισκόπησης των εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης, η υπό εξέταση προσφυγή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη. Πράγματι, πέραν των προϋποθέσεων του παραδεκτού που η προσφυγή πληροί, τουλάχιστον ο

Αριθμός απόφασης: Α 46 / 2019

ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι η αναθέτουσα αρχή, καίτοι θεώρησε ότι διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις ότι η προσφεύγουσα συνήψε συμφωνία που σκοπό είχε τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, την απέκλεισε, χωρίς να της δώσει δυνατότητα να αποδείξει την αξιοπιστία της, δεν είναι προδήλως αβάσιμος. Τούτο, δε, διότι το δικαίωμα του οικονομικού φορέα, στο πρόσωπο του οποίου συντρέχει ο επικαλούμενος από την αναθέτουσα αρχή λόγος αποκλεισμού (73 παρ. 4 γ' του ν. 4412/2016) να αποδείξει την αξιοπιστία του, ερείδεται στη διάταξη του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016, ενώ δεν προκύπτει ότι δόθηκε η δυνατότητα στην προσφεύγουσα Ένωση να προσκομίσει τα σχετικά στοιχεία και ότι αυτά απερρίφθησαν ως μη επαρκή. Οριστική κρίση, ωστόσο, επί της ουσίας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος φορέα δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

11. Επειδή, εφόσον εικάζεται ζημία του προσφεύγοντος από την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή εθνικού δικαίου, σύμφωνα με τον πιο πάνω τουλάχιστον λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, παρέλκει στο παρόν στάδιο η εξέταση για την πιθανολόγηση των λοιπών της λόγων της.

12. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, κατά την οποία έχει ολοκληρωθεί και το στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, χωρίς όμως να βαθμολογηθεί η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας Ένωσης, η οποία και αποκλείστηκε από τη συνέχεια του διαγωνισμού.

13. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής αλλά ακόμη και του έτερου οικονομικού φορέα, του οποίου έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου του στο επόμενο στάδιο, ήτοι του ανοίγματος των οικονομικών προσφορών και επικύρωσης του οικείου πρακτικού, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη

Αριθμός απόφασης: Α 46 / 2019

αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της κρίσης επί της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου ανοίγματος των οικονομικών προσφορών τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την πράξη έγκρισης πρακτικού αξιολόγησης οικονομικών προσφορών και προσωρινής κατακύρωσης, οδηγώντας τοιοιτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών και υποχρεώνοντας την αναθέτουσα αρχή να ακυρώνει πράξεις, με συνέπεια περαιτέρω χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Οι παραπάνω κίνδυνοι, ωστόσο, δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 102/2019 Πράξεως της Προέδρου του 2ου Κλιμακίου για την 19η-02-2019, η όποια επίπτωση από την διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα ή στον έτερο οικονομικό φορέα που συμμετέχει στο διαγωνισμό. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει, κατά τα ως άνω, τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο έχει αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

14. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, στις απόψεις της (αρ. πρωτ. 709/30-01-2018 Έκθεση Απόψεων του Γενικού Διευθυντή της), εκτός της αντίκρουσης των λόγων της υπό εξέταση προσφυγής, δεν προβάλλει ειδικό ισχυρισμό σχετικά με την απόρριψη του αιτήματος προσωρινής προστασίας του προσφεύγοντος, ούτε λόγους δημοσίου συμφέροντος για τους οποίους τυχόν ολιγόημερη καθυστέρηση στην ολοκλήρωση του διαγωνισμού, λόγω της άσκησης της προσφυγής, μπορεί να

Αριθμός απόφασης: Α 46 / 2019

της προκαλέσουν κάποια ζημία. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008).

15. Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η διαδικασία και αποσφραγιστεί και αξιολογηθεί μόνον η οικονομική προσφορά του μόνου οικονομικού φορέα του οποίου η τεχνική προσφορά έγινε αποδεκτή και βαθμολογήθηκε. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου 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 πρόοδο αυτής.

16. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του ανοικτού, δημόσιου, ηλεκτρονικού διαγωνισμού, με αρ. ΕΣΗΔΗΣ της, για την ανάδειξη αναδόχου της, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής, με συνολική εκτιμώμενη αξία ποσού 170.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. (Διακήρυξη Νο), και δη

Αριθμός απόφασης: Α 46 / 2019

αναστέλλει την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών και, αν αυτό έχει λάβει χώρα, την αξιολόγηση αυτών.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 31 Ιανουαρίου 2019, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπαρης