

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Οκτωβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Αγγελική Πουλοπούλου και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14-10-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1251/14-10-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου (εφεξής «πρώτος προσφεύγων» και «πρώτη προσφυγή» αντίστοιχα).

Και την από 14-10-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1253/15-10-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου (εφεξής «δεύτερος προσφεύγων» και «δεύτερη προσφυγή» αντίστοιχα).

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο πρώτος προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 3-10-2019 υπ' αριθμ. 180/29.6.2019 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος ενέκρινε την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» και ανέδειξε αυτόν προσωρινό ανάδοχο και περαιτέρω έκρινε ως αποδεκτήν και την προσφορά του ως άνω δεύτερου προσφεύγοντος, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης

δημόσιας σύμβασης για την «..... ..», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 269.470,00 ευρώ, η οποία προκηρύχθηκε με τη με αρ.διακήρυξη, και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 5-6-2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 6-6-2019 με συστημικό α/α Με το συνημμένο στην προσφυγή του αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, ο πρώτος προσφεύγων αιτείται την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως την έκδοση Απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

Με την ως άνω δεύτερη προδικαστική προσφυγή, ο δεύτερος προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της ίδιας ως άνω προσβαλλομένης, κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 3-10-2019, καθ' ο μέρος ενέκρινε τις προσφορές του ως άνω οικονομικού φορέα «.....», ως και του πρώτου προσφεύγοντος. Ο δεύτερος προσφεύγων και αυτός αιτείται αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την έκδοση Απόφασης επί της προσφυγής του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ., ποσού 1.348,00 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» και για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής παράβολο με αρ., ποσού 1.347,50 ευρώ, πληρώθηκε δε δια εμβάσματος Τραπέζης

2. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί των εμπροθέσμων κατατεθεισών (κατά παρέκταση της προθεσμίας στην αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα) Προσφυγών κατά της από 3-10-2019 κοινοποιηθείσας στους προσφεύγοντες, εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, σταδίου οικονομικών προσφορών, ως και

ανάδειξης προσωρινού αναδόχου στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης προμήθειας αγαθών που λόγω εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας και χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Δια της προσφυγής του, ο πρώτος προσφεύγων, που κατέστη αποδεκτός πλην κατετάγη δεύτερος, μετά τον προσωρινό ανάδοχο, μειοδότης, στρέφεται κατά της αποδοχής του τελευταίου, μετ' εννόμου συμφέροντος, επικαλούμενος ότι πρώτον, δεν υπέβαλε το κατά τον όρο 2.4.4 της διακήρυξης ειδικό έντυπο οικονομικής προσφοράς, δεύτερον, ότι η τεχνική προσφορά του δημιουργεί σύγχυση ως προς ποιον εξοπλισμό προσφέρει και με ποια χαρακτηριστικά και ότι παραβιάζει την προδιαγραφή για μανομετρικό $H=65,4$ m, με αντίστοιχη τιμή προσφερόμενου εξοπλισμού 67 και τρίτον, ότι η προσφορά του τελεί σε ουσιώδη απόκλιση από τις προδιαγραφές της σύμβασης, διότι ο προσφερόμενος εξοπλισμός έχει πραγματική ημερήσια κατανάλωση ηλεκτρικής ενέργειας ανά κμ νερού 0,44 kwh, αντί 0,39 που δηλώνει στην προσφορά του. Περαιτέρω, αιτείται τον αποκλεισμό και του τρίτου μειοδότη, προβάλλοντας δεκατρείς αποκλίσεις από τα ζητούμενα των τεχνικών προδιαγραφών και ότι η εγγυητική επιστολή που υπέβαλε αυτός, τελεί υπό την αίρεση κοινοποίησης κάθε αξίωσης με δικαστικό επιμελητή στον εκδότη. Ομοίως μετ' εννόμου συμφέροντος, ο δεύτερος προσφεύγων, που ομοίως κατέστη αποδεκτός, πλην όμως κατετάγη τρίτος μειοδότης, μετά τον προσωρινό ανάδοχο και τον πρώτο ως άνω προσφεύγοντα, στρέφεται κατά της αποδοχής αμφοτέρων. Ειδικότερα, όσον αφορά τον προσωρινό ανάδοχο προβάλλει πρώτον, अपαράδεκτη προσφορά δύο διαφορετικών τύπων βαλβίδων ασφαλείας για τον φυσητήρα αντιστρόφου πλύσεως και περαιτέρω, δηλώνει ως προσφερόμενη βαλβίδα, που είναι απολύτως ακατάλληλη, αφού χρησιμοποιείται σε άλλο τύπο μοντέλου από το προσφερόμενο, δεύτερον, ότι υπολόγισε στην προσφορά του μόνο δέκα διακόπτες επιλογής λειτουργίας αντί δώδεκα, παρότι χρησιμοποιούνται συνολικά δώδεκα κινητήρες, τρίτον, ότι δεν υπέβαλε με την προσφορά του υπεύθυνη δήλωση για την ακρίβεια των απλών αντιγράφων ιδιωτικών εγγράφων που κατέθεσε, τέταρτον, διότι δεν υπέβαλε το προβλεπόμενο έντυπο οικονομικής προσφοράς, ενώ, όσον αφορά τον πρώτο

προσφεύγοντα, προβάλλει πρώτον, ότι αναφέρει στην τεχνική προσφορά του πως το προς επεξεργασία νερό προέρχεται από τη ΓΕΩΤΡΗΣΗ36 m³/h, αντί της ΓΕΩΤΡΗΣΗΣ30 m³/h, όπως προβλέπει η διακήρυξη, αγόμενη ούτως σε ασάφεια και αοριστία, δεύτερον, ότι οι προσφερόμενοι διαχυτές παρέχουν ελάχιστη ποσότητα αέρα που δεν μπορεί να κατέλθει κάτω των 4 Nm³/h, ενώ η συνιστώμενη ήταν 4 Nm³/h, τρίτον, ότι ο προσφερόμενος εκ του πρώτου προσφεύγοντος φυσητήρας, επιτελεί τη λειτουργία αντίστροφης πλύσης φίλτρων με διαφορετικό προορισμό από τα οριζόμενα στο άρ. 1.4 της διακήρυξης, τέταρτον, ότι δεν κατέθεσε τεχνικό έντυπο για το ειδικό σύστημα διάχυσης για ομοιόμορφο ψεκασμό του νερού εισόδου, πέμπτον, ότι τα αναφερόμενα στον πίνακα συμμόρφωσης της τεχνικής προσφοράς του εξαρτήματα αποκρινόμενα στα είδη 3 και 13 του πίνακα, συνίστανται σε βαλβίδαπου είναι εντελώς ακατάλληλη, έκτον, ότι η δήλωση κατασκευαστή του ηλεκτρικού πίνακα δεν φέρει υπογραφή και σφραγίδα του υπευθύνου για την κατασκευή, έβδομον, ότι δεν υπέβαλε λίστα ελέγχου παραγωγής του ηλεκτρολογικού πίνακα, όγδοον, ότι παρέλειψε να συμπεριλάβει στην προσφορά του φλοτεροδιακόπτες alarm χαμηλής και υψηλής στάθμης της δεξαμενής καθαρού νερού, ένατον, ότι η προσφορά του είναι ασαφής και αόριστη ως προς τον προσφερόμενο εξοπλισμό εξαεριστήρων και τον βαθμό προστασίας τους, δέκατον, ότι το πιστοποιητικό ISO 9001:2015 του κατασκευαστή των φωτιστικών φθορισμού που προσέφερε, δεν αναγράφει το ζητούμενο πεδίο εφαρμογής του σχεδιασμού και παραγωγής φωτιστικών σωμάτων και ενδέκατον, ότι το ISO 9001:2015 του κατασκευαστή των καλωδίων που προσέφερε δεν περιλαμβάνει πεδίο εφαρμογής σχεδιασμού και παραγωγής σύνθετων καλωδίων και καλωδίων τηλεπικοινωνιών και ελέγχου. Επομένως, καμία προσφυγή δεν προκύπτει ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη, τουλάχιστον στο σύνολο της, και συνεπώς δεν τυγχάνει εφαρμογής η περίπτωση του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, αλλά είναι εξεταστέα περαιτέρω η τυχόν επιβολή προσωρινών μέτρων, της περίπτωσης του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017.

3. Επειδή, η ζημία των προσφευγόντων, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και του προσωρινού αναδόχου εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι της κατακύρωσης, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α19 και Α101/2017). Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας αποδοχής του προσωρινού αναδόχου στο στάδιο ήδη των τεχνικών προσφορών, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου κατακύρωσης τίθενται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της πρώτης, άρα και κρίση του παρανόμου της αποδοχής της προσφοράς του νυν προσωρινού αναδόχου, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης στον τελευταίο, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, εκθέτοντας εξάλλου αυτήν σε κίνδυνο άσκησης εκ μέρους της τελευταίας και αποζημιωτικών αιτημάτων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 16/2017). Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφανιστεί αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, οι οποίες δύναται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της συμμετοχής στο στάδιο τεχνικών και κατ' αποτέλεσμα και οικονομικών προσφορών του νυν προσωρινού αναδόχου, βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει η προσφυγή, ο νυν ανακηρυχθείς προσωρινός ανάδοχος θα έχει υποβληθεί ασκόπως στον φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή του αυτή θα ακυρωθεί δια της εκδοθησόμενης απόφασης της Α.Ε.Π.Π. ή και θα ανακληθεί από την αναθέτουσα. Υπενθυμίζεται δε ότι σε περίπτωση οριστικοποίησης της κατακύρωσης, ναι μεν η Α.Ε.Π.Π. δεν εμποδίζεται να προβεί σε ακύρωση αυτής, ο δε προσφεύγων να την προσβάλει, πλην όμως ο ακυρωθείς οριστικός ανάδοχος ενδέχεται να αποκτήσει πιθανά αγωγικά δικαιώματα αποκλειστικά κατά της ίδιας της αναθέτουσας, καθώς σε τέτοια περίπτωση θα έχει προβεί σε

αφιέρωση πόρων και πιθανώς απώλεια επιχειρηματικών ευκαιριών προς τον σκοπό και με την εύλογη προσδοκία της υπό σύναψη συμβάσεώς του με την τελευταία, η οποία όμως θα ήταν εξαρχής αδύνατη εάν τελικώς γίνει δεκτή η προσφυγή, και απλώς παρέστη ως πιθανή και λίαν υλοποιήσιμη, ακριβώς λόγω των μη νομίμων πράξεων της αναθέτουσας που μεσολάβησαν μεταξύ των προσβαλλομένων και την έκδοση της απόφασης. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση των προσφυγών έχει ήδη προσδιοριστεί δια των 1586-1587/2019 Πράξεων Προέδρου 1ου Κλιμακίου για την 13-11-2019, αλλά και του αποκλειστικού διαστήματος στο οποίο η εξέταση μπορεί να λάβει χώρα κατ' άρθρ. 365 παρ. 4 και 8 Ν. 4412/2016, ήτοι εντός 40 ημερών από την άσκηση της προσφυγής, σε κάθε περίπτωση και ακόμη και αν αναβληθεί ή ματαιωθεί η ως άνω εξέταση, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί έκαστης προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή, στον νυν προσωρινή ανάδοχο, τον προσφεύγοντα ή τρίτους. 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. Σε κάθε περίπτωση, η εν προκειμένω χορήγηση προσωρινού μέτρου ανασταλτικού χαρακτήρα, η οποία, δεδομένων των παραπάνω, θα καλύπτει το διάστημα από την έκδοση της παρούσας έως και την έκδοση απόφασης, παρίσταται ως σκόπιμη, προεχόντως προς προστασία των ιδίων των συμφερόντων της αναθέτουσας, ιδίως δε από ακούσια πρόκληση ζημίας στην ίδια ή τον προσωρινό ανάδοχο από τυχόν κατακύρωση, η οποία πιθανόν να καταστεί μη νόμιμη δια της ακυρώσεως των προσβαλλόμενων πράξεων.

4. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο, έχει και αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων. Ούτως, το μόνο

πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφέροντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί κάθε προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, και συγκεκριμένα η αναστολή του σταδίου συλλογής δικαιολογητικών κατακύρωσης και οριστικής κατακύρωσης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση ή ανάκληση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης πρακτικού, έκδοσης πράξης για προσκόμιση δικαιολογητικών ή αξιολόγηση ή έγκριση αυτών, σχετικώς με το στάδιο αυτό και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί αποδοχής της προσφοράς του νυν προσωρινού αναδόχου, πράξεις, θα καταστούν αυτοδικαίως μη νόμιμες (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α95/2017).

5. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, τα κρινόμενα αιτήματα χορήγησης προσωρινών μέτρων, πρέπει να γίνουν δεκτά.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται αμφότερα τα Αιτήματα Λήψης Προσωρινών Μέτρων.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη του σταδίου κατακύρωσης, ως και της διαδικασίας προσκόμισης-παραλαβής από την προσωρινή ανάδοχο, αξιολόγησης και έγκρισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή και όλα τα σχετιζόμενα με τη διαγωνιστική διαδικασία όργανα αυτού, όπως άμεσα ανακαλέσουν και

ματαιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφαση και εν γένει ενέργειά τους περί τη συλλογή από την προσωρινή ανάδοχο και την αξιολόγηση δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού και έκδοση πράξης οριστικής κατακύρωσης και ανακήρυξης οριστικού αναδόχου,.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως άμεσα διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω παρατάσεως και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, καθώς και όπως ενημερώσει πάραυτα την προσωρινή ανάδοχο για την αναστολή που δια της παρούσας χορηγήθηκε ως προς τη διαδικασία οριστικής κατακύρωσης σε αυτήν και ως προς την υποχρέωση της για προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18 Οκτωβρίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝ/ΝΟΣ