

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 31 Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Πουλοπούλου Αγγελική, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Διαθεσόπουλος Μιχαήλ και Τσουλούφα Αργυρώ, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 28.12.2018 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1399/28-12-2018 Προδικαστικής Προσφυγής του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή, στην οποία επισυνήφθη αίτημα αναστολής της προσβαλλομένης ως και της διαγωνιστικής διαδικασίας ως την έκδοση Απόφασης από το Κλιμάκιο, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της κοινοποιηθείσας από 19-12-2018 Απόφασης της 33^{ης} Συνεδρίασης του ΔΣ, Θέμα 8^ο, που κατ' έγκριση του από 19-11-2018 Πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού απέρριψε την προσφορά του από τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης που προκηρύχθηκε με τη διακήρυξη για, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 145.000 ευρώ, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 24-10-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 29-10-2018 με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας από 28-12-2018 προσφυγής κατά της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 19-12-2018 εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς, καθ' ο μέρος απεκλείσθη ο προσφεύγων με την αιτιολογία ότι *«Στην Τεχνική Προσφορά της η εταιρεία, προσκόμισε το αντίγραφο αποδεικτικού υποβολής ΑΠΔ 8/2018 το οποίο έχει απόκλιση με το αποδεικτικό τραπέζης της αντίστοιχης πληρωμής, που αφορά τον ίδιο μήνα. Αυτό αποτελεί λόγο αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 7 παρ.Α2 του Παραρτήματος Β της διακήρυξης. Ως εκ τούτου η εταιρεία απορρίπτεται.»*. Ειδικότερα, ο προσφεύγων αιτιάται ότι η πληρωμή του αναγραφόμενου στο αποδεικτικό υποβολής ποσού εισφορών έλαβε χώρα με δύο πληρωμές στην τράπεζα της ίδιας ημέρας, η μία 35.292,91 ευρώ που αφορούσε εισφορές Αυγούστου, η δεύτερη ποσού 1.4118,05 ευρώ που αφορούσε εισφορές επιδόματος αδείας, εκ προδήλου δε σφάλματος η δεύτερη πληρωμή δεν υπεβλήθη μαζί με την πρώτη με αποτέλεσμα να εξαχθεί εσφαλμένα το συμπέρασμα ότι δεν έχει καλύψει τις ασφαλιστικές της υποχρεώσεις. Ο δε προσφεύγων επιπλέον επικαλείται ότι ο όρος της διακήρυξης βάσει του οποίου αποκλείστηκε αφορά στοιχεία που απαγορεύεται να συνιστούν στοιχεία τεχνικής αξιολόγησης, ενώ αναφέρει στοιχεία απαιτούμενα για τη βαθμολόγηση προσφορών, ενώ δεν υπάρχει αντίστοιχο κριτήριο ανάθεσης και είναι αποκομμένος από την υπόλοιπη διακήρυξη, αφού ο προσφέρων προαποδεικτικώς δεσμεύεται δια του ΤΕΥΔ του ότι καλύπτει τις ασφαλιστικές του υποχρεώσεις και θα υποβάλει και δικαιολογητικά κατακύρωσης προς οριστική απόδειξη τούτου. Άρα, κατά τον προσφεύγοντα, ουδόλως η αναγωγή

του ως άνω όρου ως επί ποινή αποκλεισμού θα έπρεπε να ληφθεί υπόψη ως ειδικής βαρύτητας. Εξάλλου, ο όρος αυτός συνιστά ασάφεια που δεν μπορεί να λειτουργήσει εις βάρος του προσφεύγοντος. Περαιτέρω, επικαλείται ότι η αναθέτουσα όφειλε προ αποκλεισμού του να του ζητήσει διευκρινίσεις, αφού στο ΤΕΥΔ του απάντησε θετικά ότι πληροί τις ασφαλιστικές του υποχρεώσεις και εξάλλου, η κλήση για συμπλήρωση είναι υποχρεωτική ως προς τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και συνεπώς, αφού τούτο προβλέπεται για το δικαιολογητικό απόδειξης της ασφαλιστικής ενημερότητας, θα έπρεπε αναλόγως να εφαρμοστεί για τα έγγραφα για τα οποία αποκλείστηκε.

2. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται ακόμη και σε αυτεπάγγελτη εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω Προσφυγής, βάσει της ρητής οικείας ευχέρειας που απονέμει το άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόν παρεμβαίνοντος ή της αναθέτουσας. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων, όπως κρίθηκε και στην Απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3/2017 (σκέψη 2), προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της Προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια Προσωρινά Μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του Προσφεύγοντος ή οιοδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής. Επειδή δε, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 της ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017 περί του σκοπού των “καταλλήλων” προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του αρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του αρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκόμενων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την έννοια κατά την ως άνω μνημονευθείσα εξάλλου Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017, ότι το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, αναφέρεται στον εντοπισμό μιας απτής και μη

ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια, ήτοι πρώτον την κρίση περί τυχόν προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου της Προσφυγής, με την πιθανολόγηση επί του προδήλως αβασίμου να αφορά την έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία νομικού πλαισίου, δεύτερον την πιθανολόγηση συνδρομής μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των εμπλεκόμενων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, τρίτον τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την όποια ζημία που δύναται να προκληθεί από το προσωρινό μέτρο και τέταρτον την εξέταση του περιεχομένου των μέτρων με πρόκριση εκείνων που είναι κατάλληλα για την αποτροπή της ζημίας και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως με την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (βλ. και Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 3,6 και 8/2017).

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ., ποσού 725,00 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ». Περαιτέρω, η Προσφυγή αφορά διαδικασία κάτω των ορίων του Βιβλίου Ι, που υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' άρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή εμπροθέσμως ασκήθηκε κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 19-12-2018 και χρόνος ασκήσεως της προσφυγής η 28-12-2018), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώζ έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προσφυγής, καθ' ο μέρος βάλλει κατά του αποκλεισμού του.

Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη. Ομοίως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους με αντιπαραβολή των εγγράφων των προσφορών, τις οικείες όποιες τυχόν Απόψεις καταθέσει η αναθέτουσα, ως και την όποια παρέμβαση, και ερμηνεία ως και υπαγωγή των ως άνω ως προς τους όρους της διακήρυξης σε αντιπαραβολή δε και με οικεία ερμηνεία του νόμου. Επομένως, δεν χωρεί άρση αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017.

4. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας, αλλά και κάθε τρίτου συμμετέχοντος, εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι του ανοίγματος οικονομικών προσφορών και επικύρωσης του οικείου όποιου πρακτικού, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας συμμετοχής ή αποκλεισμού από τα επόμενα στάδια προσφοράς διαγωνιζομένου, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου οικονομικών προσφορών τίθεται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της κρίσης περί του παραδεκτού προσφοράς κάποιου προσφέροντος, αν ενδιάμεσως λάβει χώρα, αποσφράγιση οικονομικών προσφορών και ούτως αξιολογηθούν τελικώς οι προσφορές και λάβει χώρα προσωρινή κατακύρωση υπέρ κάποιου, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της έγκρισης πρακτικού οικονομικών προσφορών άρα και προσωρινής κατακύρωσης, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Εξάλλου, τυχόν μη αποσφράγιση οικονομικής προσφοράς μετέχοντος που τελικώς κριθεί ως μη νομίμως αποκλεισθείς σε πρότερο διαγωνιστικό στάδιο διακινδυνεύει την όλη νομιμότητα της διαδικασίας ως και τον διαγωνισμό με ματαίωση. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν

έχουν επιπλοκή σε αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της ίδιας της τεχνικής προσφοράς-δικαιολογητικών του διαγωνιζομένου βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1827/31-12-2018 Πράξεως της Προέδρου 1ου Κλιμακίου για την 11-1-2019, ήτοι εντός λίαν συντόμου διαστήματος, η όποια επίπτωση από τυχόν 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 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.

5. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε της ύπαρξης ή του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο, σύμφωνα και με όσα αναφέρθηκαν στη σκ. 2 έχει και αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της πρώτης 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 συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη, αναστολή του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών και κάθε επόμενου σταδίου, 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 περί αποδοχής ή μη οικονομικών προσφορών 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 μη αποδοχής παράδεκτης προσφοράς, πράξεις, θα καταστούν αυτοδικαίως μη νόμιμες (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α95/2017).

6. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτό το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη του σταδίου ανοίγματος οικονομικών προσφορών και κάθε επόμενου σταδίου, 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 την αποσφράγιση και αξιολόγηση οικονομικών προσφορών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού και έκδοση πράξης επί των οικονομικών προσφορών και επί κάθε επομένου σταδίου.

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.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28 Δεκεμβρίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

ΓΡΥΠΑΡΗΣ ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ