

Η

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

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Φεβρουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 8-2-2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 187/13-2-2019 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου

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

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση κατά το προσβαλλόμενο μέρος της με αρ.απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά του κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών για την ανάθεση της σύμβασης «.....» δυνάμει της με αρ.πρωτ.διακήρυξης. Περαιτέρω, ο προσφεύγων αιτείται όπως ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της ως άνω προδικαστικής προσφυγής.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την προαναφερθείσα με αρ.διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διεθνή διαγωνισμό, για

Αριθμός απόφασης: Α62/2019

την ανάθεση της σύμβασης «.....», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής ανά τμήμα, με CPV και, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 490.290,00€, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 12-7-2018 και ώρα 15.00. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε έντεκα (11), όπως αυτά περιγράφονται στο Παράρτημα Ι-1.2 της διακήρυξης. Η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 6-6-2018, δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 8-6-2018 με ΑΔΑΜκαι στο ΕΣΗΔΗΣ με α/α Ο προσφεύγων υπέβαλε μόνον αυτός προσφορά για το σύνολο των ειδών και ποσοτήτων του Τμήματος 2. Ακολούθως, η Επιτροπή Αποσφράγισης και Αξιολόγησης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού με το Πρακτικό 2/17-7-2018 εισηγήθηκε την απόρριψη της κατατεθείσας προσφοράς, λόγω μη πλήρωσης του με α/α 1 όρου των ειδικών χαρακτηριστικών που περιλαμβάνονται στις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, καθώς η εταιρία δεν υπέβαλε την απαιτούμενη βεβαίωση των κατασκευαστή των προσφερόμενων αναλωσίμων, και για όσα είδη περιέχουν γραφίτη και μελάνι (laser toners και ink cartridges) ότι θα διαθέτει και θα συνοδεύει τα προς παράδοση είδη με Φύλλα δεδομένων Ασφαλείας-MSDS (Material Safety Data Sheet), όπως περιγράφεται στην Οδηγία 67/548/EEC της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τις επικίνδυνες ουσίες. Αντί αυτού προσκόμισε με την προσφορά της βεβαίωση της εταιρίας, η οποία δηλώνει ότι είναι επίσημος και εξουσιοδοτημένος αντιπρόσωπος στην Ελλάδα των προϊόντων και νόμιμος εκπρόσωπος του κατασκευαστή και του εργοστασίου κατασκευής των προϊόντων, που δεν μπορεί να αντικαταστήσει την απαιτούμενη από τη διακήρυξη βεβαίωση. Ακολούθως η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη με αρ.πρωτ.απόφασή της ενέκρινε τη γνωμοδότηση της Επιτροπής Αποσφράγισης και Αξιολόγησης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, όπως αυτή διατυπώθηκε στα Πρακτικά 1 έως και 4 αυτής και απέρριψε την προσφορά του.

3. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή ο προσφεύγων επικαλείται τα εξής: Η αιτιολογία για την απόρριψη της προσφοράς του είναι αβάσιμη και παράνομη, δεδομένου ότι προσκόμισε στο διαγωνισμό α) βεβαίωση από 10/7/2018 της εταιρίας, η οποία είναι επίσημος και αποκλειστικά εξουσιοδοτημένος διανομέας των προϊόντων της

Αριθμός απόφασης: Α62/2019

..... στην Ελλάδα και εκπρόσωπος του κατασκευαστή, με την οποία βεβαιώνει ότι ο κατασκευαστής των προσφερόμενων προϊόντων διαθέτει τα Φύλλα Δεδομένων Ασφαλείας MSDS όπως περιγράφεται στην οδηγία 67/548/EFC της Ευρωπαϊκής Ένωσης και β) την από 12/4/2018 βεβαίωση του κατασκευαστή, από την οποία προκύπτει ότι η εταιρία, αποκλειστικός διανομέας των προϊόντων της στην Ελλάδα, έχει την εξουσιοδότηση να εκδίδει έγγραφα τα οποία απαιτούνται στα πλαίσια διαγωνισμών στη χώρα. Την ανωτέρω έγγραφη εξουσιοδότηση κατασκευαστή (.....) την οποία υπέβαλε κατά την διαγωνιστική διαδικασία, η Επιτροπή, κατά τον προσφεύγοντα, παρανόμως δεν την έλαβε υπόψη της και δεν την αναφέρει στο σχετικό πρακτικό της, με το οποίο απορρίπτει την προσφορά της. Εξάλλου οι προσβαλλόμενες πράξεις αγνοούν, κατά τον προσφεύγοντα, και το υπ' αρ.πρωτ. έγγραφο της ίδιας της αναθέτουσας αρχής με την οποία καλείται η Επιτροπή του Διαγωνισμού να προσκαλέσει, σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν.4412/2016 τους προσφέροντες να διευκρινίσουν ή και να συμπληρώσουν τα έγγραφα ή και δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει μέσα σε εύλογη προθεσμία, επισημαίνοντας ότι η υποχρέωση αυτή της Επιτροπής προκύπτει σαφώς από την παράγραφο 5 του ως άνω άρθρου, όταν επίκειται αποκλεισμός συμμετεχόντων στο διαγωνισμό. Η μη λήψη υπόψη από την Επιτροπή του ανωτέρω εγγράφου της Αναθέτουσας Αρχής καθιστά παράνομο τον αποκλεισμό της προσφοράς της προσφεύγουσας. Κατά συνέπεια, κατά τον προσφεύγοντα, η προσβαλλόμενη απόφαση και το Πρακτικό 2/25-10-2018 της Επιτροπής Αποσφράγισης και Αξιολόγησης των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού ερείδονται σε παράνομη και πεπλανημένη αιτιολογία, η οποία δεν λαμβάνει υπόψη της τα νομίμως υποβληθέντα από τον προσφεύγοντα έγγραφα, χωρίς καν να τον καλέσει για παροχή συμπληρώσεων ή διευκρινήσεων, όπως απαιτεί ο νόμος και γι' αυτό πρέπει να ανακληθούν πλήρως και να εξαφανιστούν κατά το προσβαλλόμενο μέρος.

4. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 1.300,00 €, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του, καθ' ότι η προσφυγή στρέφεται κατά συγκεκριμένου τμήματος της προσβαλλόμενης διακήρυξης και

Αριθμός απόφασης: Α62/2019

δη του Τμήματος 2, συνολικής εκτιμώμενης αξίας του συγκεκριμένου Τμήματος της σύμβασης 260.000€, εμπρόθεσμα και παραδεκτά ασκείται κατά τα λοιπά.

5. Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως εμπορική εταιρία προμήθειας των ζητούμενων με το Τμήμα 2 της διακήρυξης ειδών, μόνον αυτός κατέθεσε προσφορά για το εν λόγω Τμήμα στο διαγωνισμό συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν του ως άνω Τμήματος της συγκεκριμένης σύμβασης. Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

6. Επειδή, έως την ημέρα εξέτασης του αιτήματος του προσφεύγοντος, περί λήψης προσωρινών μέτρων, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε καταθέσει απόψεις περί αυτού.

7. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας υπ' αρ.231/13-2-2019 Πράξης της Προέδρου του σε εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω προσφυγής.

8. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων και δη: α) εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, αλλά και του σχετικού υποβληθέντος αιτήματος, β) της διατύπωσης του όρου “*κατάλληλα μέτρα*”, όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την “*καταλληλότητά*” τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, γ) της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες αφενός ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της “*καταλληλότητας*”, την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και αφετέρου αναφέρουν ότι τα “*μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή*” “*συμπεριλαμβάνονται*” στην έννοια των “*καταλλήλων μέτρων*”, προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα

Αριθμός απόφασης: Α62/2019

όποια προσωρινά μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων των προσφευγόντων, συμπεριλαμβανομένων, εξάλλου, των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης, όπως εν προκειμένω), όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

9. Επομένως, όσον αφορά στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου ή της ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης της προσφεύγουσας, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκομένων μερών. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

10. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία του προσφεύγοντος από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

11. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της 231/2019 Πράξεως της Προέδρου 3ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 18-3-2019, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής για εύλογο χρόνο της προόδου της διαδικασίας για το συγκεκριμένο Τμήμα 2 της διακήρυξης έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα ή τρίτους.

Αριθμός απόφασης: Α62/2019

12. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας για το Τμήμα 2 του εν προκειμένω διαγωνισμού έως και την έκδοση απόφασης επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής. Η αναστολή αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά 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. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την ενδιάμεση και εντός του χρόνου της χορηγούμενης αναστολής, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Διατάσσει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας για το Τμήμα 2 της διακήρυξης έως και την έκδοση απόφασης επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 14-2-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Αριθμός απόφασης: Α62/2019

ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ ΚΟΥΡΗ

ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΪΔΟΥ