

Αριθμός απόφασης: Α 111, 112 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 08 Μαρτίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Αργυρώ Τσουλούφα – Εισηγήτρια - δυνάμει των με αρ. 344 και 345/2019 Πράξεων της Προέδρου του Κλιμακίου και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στις Προδικαστικές Προσφυγές α) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 271/28-02-2019 τηςμε την επωνυμία «.....» που εδρεύει στον, επί της οδού, αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενης (εφεξής «πρώτη προσφεύγουσα» ή «πρώτος προσφεύγων» ή «.....») και β) της με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 278/01-03-2019 επιχείρησης με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενης (εφεξής «δεύτερη προσφεύγουσα» ή «δεύτερος προσφεύγων» ή «.....»), δοθέντος ότι και οι δύο ως άνω προσφυγές στρέφονται κατά της ίδιας αναθέτουσας αρχής και της ίδιας εκτελεστής πράξης αυτής, στο πλαίσιο της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας, συνεπώς προσήκει να συνεξεταστούν, ήτοι και οι δύο στρέφονται

Κατά του «.....», που εδρεύει στην,, (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ» ή «.....») και κατά της με αρ. πρωτ. 2771/14.02.2019 απόφασης του Διοικητή του «.....», με την οποία κατακυρώνεται στην εταιρία “.....” το είδος με α/α 4 «.....», στο πλαίσιο ανοικτού, ηλεκτρονικού, κάτω των ορίων διαγωνισμού με αρ.

Αριθμός απόφασης: Α 111, 112 / 2019

διακήρυξης, με αντικείμενο την «..... (1. «.....» (CPV:.....), 2. «.....» (CPV:.....), 3. «.....»(CPV:.....), 4. «.....» (CPV:.....) και 5. «..... (CPV:.....)»), για τις ανάγκες του, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η οποία προσδιορίζεται βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή) και συνολικής εκτιμώμενης αξίας 150.806,42€ χωρίς ΦΠΑ και 186.999,95€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.(24%), για τους λόγους που αναφέρονται σε κάθε μία από τις υπό εξέταση δύο προσφυγές.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Αργυρώ Τσουλούφα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, το«.....» με την υπ' αρ. διακήρυξη στις 17-10-2018 προκήρυξε διαγωνισμό (με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ), με θέμα «.....(1.«.....» (CPV:.....), 2.«.....» (CPV:.....), 3.«.....» (CPV:.....), 4.«.....» (CPV:.....) και 5.«..... (CPV:.....)»), για τις ανάγκες του, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η οποία προσδιορίζεται βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή) και συνολικής εκτιμώμενης αξίας 150.806,42 € χωρίς ΦΠΑ και 186.999,95€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.(24%)». Για το είδος με α/α 4 «.....» υπέβαλλαν προσφορά οι εταιρίες «.....», «.....», «.....», «.....», «.....» και «.....». Η διαγωνιστική διαδικασία κατέληξε με την υπ' αρ. πρωτ. 2771/14-02-19 απόφαση του διοικητή της ανωτέρω αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αρ. πρωτ. 1638/28-01-19 ΠΡΑΚΤΙΚΟ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ-ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ και το ΠΡΑΚΤΙΚΟ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ της επιτροπής αξιολόγησης του εν λόγω διαγωνισμού και σύμφωνα με την οποία αφενός ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος η εταιρεία «.....» και

Αριθμός απόφασης: Α 111, 112 / 2019

αφετέρου οι υποβληθείσες προσφορές και των δύο προσφευγόντων φορέων απερρίφθησαν ως μη αποδεκτές κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών-τεχνικής προσφοράς. Κατόπιν της ως άνω απόφασης του Διοικητή, οι προσφεύγοντες άσκησαν προδικαστικές προσφυγές στις οποίες αιτούνται αφενός ο πρώτος προσφεύγων α) την ακύρωση ή τροποποίηση των προσβαλλόμενων με την προσφυγή του πράξεων, αποφάσεων, πρακτικών, παραλείψεων, κλπ της αναθέτουσας αρχής, β) να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αρ. πρωτ. 2771/14-02-19 απόφαση του διοικητή του, με την οποία κατακυρώνεται το είδος με α/α 4 «.....» του διαγωνισμού με αρ. διακ. στην εταιρία “.....”, γ) να κατακυρωθεί η προμήθεια του είδους με α/α 4 «.....» στην εταιρία τους, δ) να απορριφθεί η τεχνική και οικονομική προσφορά της εταιρίας “.....”, να ακυρωθεί κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής και αφετέρου η δεύτερη προσφεύγουσα α) να κριθεί αποδεκτή η προσφορά της επιχείρησής τους «.....» στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία, β) να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις για τους λόγους που αναφέρονται στην προσφυγή της επί τω τέλει όπως απορριφθούν οι προσφορές της εταιρείας και της εταιρείας και διαταχτεί ο αποκλεισμός τους από τη διαγωνιστική διαδικασία και την ακύρωση κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής.

2. Επειδή, με τις υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές, που χρεώθηκαν στο 2^ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. με το από 28-02-2019 και από 01-03-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, και οι δύο προσφεύγοντες, πλέον του αιτήματός τους να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, επιδιώκουν την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής τους.

3. Επειδή, και οι δύο (2) υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές έχουν ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων

Αριθμός απόφασης: Α 111, 112 / 2019

361 παρ. 1 περ. α του ν. 441..... και 4 παρ. 1 περ. α του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 441..... και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκαν δε και δεσμεύτηκαν τα νόμιμα παράβολα (για την άσκηση της πρώτης προσφυγής το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ποσού 600,00€) και (για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ποσού 600,00€), σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 και 2 του ν. 441..... και 5 παρ. 1 και 2 του π.δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 441....., 6 παρ.1 ν. 441.....) και του αντικειμένου της (προμήθεια) στο πεδίο εφαρμογής του ν. 441..... και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ 17-10-2018), θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 γ) του Ν. 441....., όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α΄ 116).

5. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα που συμμετείχε στο διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, η οποία κρίθηκε με την προσβαλλόμενη και σύμφωνα με το σκεπτικό του Πρακτικού Αξιολόγησης Δικαιολογητικών-Τεχνικής Προσφοράς ότι πρέπει να απορριφθεί από τη συνέχεια της διαδικασίας, με έννομο συμφέρον, προβάλλει ότι με την προσβαλλόμενη πράξη μη νόμιμα, αορίστως, αναιτιολογήτως και κατά παράβαση της αρχής της ίσης μεταχείρισης κρίθηκε ως μη αποδεκτή η προσφορά της και έγινε αποδεκτή και ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία «.....». Συγκεκριμένα, μεταξύ άλλων λόγων που επικαλείται, ισχυρίζεται ότι: «Με το υπ' αρ. πρωτ. 1638/28-01-19 ΠΡΑΚΤΙΚΟ ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗΣ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΩΝ-ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ η επιτροπή αξιολόγησης του εν λόγω διαγωνισμού έκρινε ότι "Η εταιρεία στο κατατιθέμενο Φύλλο (Πίνακας) Συμμόρφωσης αναφέρει ότι προσφέρεται κλίβανος με εξωτερικές

Αριθμός απόφασης: Α 111, 112 / 2019

διαστάσεις 1175 mm (πλάτος), ωστόσο στην υποβληθείσα δήλωση του οίκου - Declaration (αρχείο 4), δηλώνει Offered model:H (MDMversion). Στο υποβαλλόμενο prospectus (αρχείο 3) υποδεικνύει τοH με διαστάσεις 1424 mm (πλάτος) (Όχι το MDMversion). Για το προσφερόμενο μοντέλο δεν υπάρχει κανένα επίσημο έγγραφο που αποδεικνύει την ύπαρξη του, αφού και το CE πιστοποιητικό (αρχείο 36) που υποβάλλεται δεν αναφέρει ούτε και συνοδεύεται από Δήλωση Συμμόρφωσης για το «προσφερόμενο» μοντέλο, για τον λόγο αυτό η επιτροπή προτείνει ότι πρέπει να απορριφθεί από την συνέχεια της διαδικασίας”. Κατά τον προσφεύγοντα το εν λόγω μηχάνημα που προσφέρει, με αυτό το πλάτος των 1175mm, είναι υπαρκτό και έχει εγκατασταθεί από την εταιρία τους σε διάφορα νοσοκομεία κατά τα τελευταία χρόνια (όπως φαίνεται αναλυτικά σε πίνακα που παραθέτει). Όλες οι προαναφερόμενες πωλήσεις / εγκαταστάσεις, ήταν αποτέλεσμα συμμετοχής τους σε αντίστοιχους δημόσιους διαγωνισμούς, στους οποίους αναδείχθηκαν ανάδοχοι και οι αντίστοιχες επιτροπές αξιολόγησης δεν τους απέρριψαν εκ μόνου του λόγου που προβάλλεται με την προσβαλλόμενη, παρότι το υποβληθέν εκ μέρους τους prospectus ήταν πάντοτε αυτό που απεικονίζει το βασικό μοντέλο κλιβάνου με πλάτος 1424mm, όπως και στον εδώ διαγωνισμό. Ενδεικτικά, επισυνάπτει ο προσφεύγων το prospectus (έκδοσης 2015) που υπέβαλε η εταιρεία τους στον διαγωνισμό του με αρ. διακ. (και συστημικό αριθμό) και τη σχετική δήλωση του οίκου αναφορικά με το πλάτος στα 1175mm, για τα οποία έγγραφα η εν λόγω αναθέτουσα αρχή δεν έθεσε ποτέ ζήτημα αμφισβήτησης, έγιναν πλήρως αποδεκτά και ο κλιβάνος κατακυρώθηκε στην εταιρία τους και προφανέστατα παραδόθηκε και εγκαταστάθηκε και διαθέτει πλάτος 1175mm. Ομοίως συνέβη και με τους υπόλοιπους διαγωνισμούς στους οποίους, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, κατακυρώθηκε το εν λόγω μοντέλο κλιβάνου. Περαιτέρω, σχετικά με το prospectus του οίκου τονίζει ο προσφεύγων ότι προφανώς και γνωρίζει ότι σε αυτό αναγράφεται η βασική έκδοση κλιβάνου με πλάτος 1424mm, πλην όμως (και σε αντίθεση με άλλους προμηθευτές) εκείνοι έχουν επιλέξει να υποβάλλουν πάντοτε ΠΡΑΓΜΑΤΙΚΑ

Αριθμός απόφασης: Α 111, 112 / 2019

έγγραφα. Ο οίκος δραστηριοποιείται σχεδόν σε όλο τον κόσμο (.....). Είναι τεχνικώς αδύνατον να δημιουργήσει ένα prospectus στο οποίο θα αναφέρεται και η παραμικρή λεπτομέρεια που ενδιαφέρει το εκάστοτε κράτος, τον εκάστοτε πελάτη [...]. Στο υποβληθέν εκ μέρους τους φύλλο συμμόρφωσης στην σελ.1, στον υπ' αρ. 4.2.1 όρο των τεχνικών προδιαγραφών, απαντούν στο ερώτημα «Οι διαστάσεις του θαλάμου καθώς και οι εξωτερικές διαστάσεις του κλιβάνου ν' αναφερθούν» ως εξής: «Ο θάλαμος έχει ωφέλιμη χωρητικότητα οκτώ (8) αποστειρωτικών μονάδων (STU). Οι διαστάσεις του θαλάμου είναι 660 x 600 x 1280mm (Π x Υ x Β) και οι εξωτερικές διαστάσεις του κλιβάνου είναι 1175 x 1850 x 1588mm (Π x Υ x Β)». Δηλαδή, κατά τον προσφεύγοντα, περιγράφουν τον κλίβανο που έχουν σκοπό να παραδώσουν στην περίπτωση κατακύρωσης. Προς απόδειξη αυτών, παραπέμπουν σε δύο σημεία: στο prospectus και στην πρωτότυπη δήλωση του οίκου προς το (δηλαδή κατά την πάγια τακτική τους έως σήμερα). Η παραπομπή υπ' αρ. 4.2.1 στο prospectus βρίσκεται στην σελ. 22 αυτού. Εκεί αναφέρονται οι διαστάσεις του θαλάμου, ο όγκος του θαλάμου, το ύψος και το βάθος του κλιβάνου, κλπ. Στο ίδιο σημείο αναφέρεται και το πλάτος του βασικού μοντέλου το οποίο είναι 1424mm. Από την μεριά τους, κατά τους ισχυρισμούς του δεν μπορούσαν να μην παραπέμπουν εκεί καθώς όλες οι υπόλοιπες πληροφορίες (πλην του πλάτους) είναι οι ίδιες με το προσφερόμενο μοντέλο και είναι αυτές που αναφέρονται εκεί. Όλες οι υπόλοιπες διαστάσεις, παραμένουν ως έχουν. Η μόνη διαφοροποίηση αφορά στο πλάτος και μόνον σε αυτό, για την οποία παραπέμπουν στην σελ.1 της δήλωσης του οίκου, όπου ρητά αναφέρεται «Offered sterilizer has width of 1175mm (MDM version)». Άλλωστε, η ίδια η διακήρυξη, στην σελ. 46, αναφέρει στον υπ' αρ. 4.6.20 όρο «...Για κάθε απάντηση που αφορά στα τεχνικά χαρακτηριστικά θα υπάρχει παραπομπή στα manuals ή επίσημα φυλλάδια (brochures) του κατασκευαστή και όπου αυτό δεν είναι εφικτό σε πρωτότυπη δήλωση του κατασκευαστή» και άρα ορθώς, για το συγκεκριμένο τεχνικό χαρακτηριστικό που δεν είναι εφικτό να το καταδείξουν σε κάποιο από τα υπόλοιπα υποβληθέντα έγγραφά τους,

Αριθμός απόφασης: Α 111, 112 / 2019

παρέπεμψαν στην πρωτότυπη δήλωση του οίκου. Περαιτέρω, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα εταιρία ότι από το πνεύμα του υπ' αρ. 4.2.1 όρου των τεχνικών προδιαγραφών όπου αναφέρεται ότι «Ο θάλαμος να έχει ωφέλιμη χωρητικότητα οκτώ (8) αποστειρωτικών μονάδων (STU). Οι διαστάσεις του θαλάμου καθώς και οι εξωτερικές διαστάσεις του κλιβάνου ν' αναφερθούν» προκύπτει μία «χαλαρότητα» σχετικά με τις εν γένει διαστάσεις του κλιβάνου, καθώς ζητείται απλώς «να αναφερθούν». Δεν τίθενται συγκεκριμένες διαστάσεις, όρια, περιορισμοί, κλπ. Δηλαδή, θα μπορούσαν κάλλιστα να είχαν προσφέρει την βασική έκδοση με πλάτος 1424mm. Κατά τον προσφεύγοντα, δεν θα μπορούσε να αποκλειστεί η προσφορά τους για τον ως άνω και μόνο λόγο των διαστάσεων ή και εν πάσει περιπτώσει θα όφειλε η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει διευκρινίσεις [...]. Τέλος, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η εταιρία τους έχει υποβάλλει πλήρη και εμπειριστατωμένο φάκελο με όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, δίχως σφάλματα, ασάφειες και ελλείψεις και θεωρεί ότι δεν υπάρχει επαρκής τεκμηρίωση σχετικά με το ποιος ακριβώς είναι ο λόγος για τον οποίο απορρίφθηκε η προσφορά τους, καθώς αυτός δεν αναφέρεται ρητά στο πρακτικό. Επειδή η διακήρυξη δεσμεύει τόσο τους συμμετέχοντες όσο και την αναθέτουσα αρχή, η προσφορά τους θα έπρεπε να απορριφθεί για έναν από τους λόγους που αναφέρονται στο άρθρο 2.4.6 στην σελ. 21 της διακήρυξης. Στο σκεπτικό της απόφασης με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά τους, δεν αναφέρεται ρητά ποιος είναι ο λόγος απόρριψης.

6. Επειδή, εξάλλου, και η δεύτερη προσφεύγουσα που όπως και η πρώτη συμμετείχε στο διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, η οποία απορρίφθηκε διότι σύμφωνα με την προσβαλλόμενη παρουσίαζε αποκλίσεις από τις απαιτήσεις της διακήρυξης, με έννομο συμφέρον, προβάλλει ότι με την προσβαλλόμενη πράξη, κατά παράβαση του νόμου και της διακήρυξης και με εσφαλμένη αιτιολογία, μεταξύ των άλλων, Α) απορρίπτεται η προσφορά της επιχείρησής τους «.....» και Β) έγιναν αποδεκτές οι προσφορές των εταιριών και και η ως άνω απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της

Αριθμός απόφασης: Α 111, 112 / 2019

αναθέτουσας αρχής, η οποία υιοθέτησε το συμπροσβαλλόμενο ενιαίο πρακτικό αξιολόγησης των Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνικών Προσφορών και πρακτικό αξιολόγησης των Οικονομικών Προσφορών, τυγχάνει ακυρωτέα για τους λόγους που αναφέρει στην προσφυγή του. Συγκεκριμένα, η δεύτερη προσφεύγουσα, σχετικά αφενός με τον αποκλεισμό της από το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού επισημαίνει ότι η αιτιολογία της αναθέτουσας, ήτοι ο αποκλεισμός της εταιρείας τους λόγω μη συμπλήρωσης ή/και μη ορθής συμπλήρωσης ενός ή περισσότερων πεδίων του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, είναι πλημμελής και τυγχάνει θεραπείας διότι, όπως αναφέρει στην προσφυγή της :[...] Στις περιπτώσεις που επίκειται αποκλεισμός του προσφέροντα ή του υποψηφίου από τη διαδικασία, όπως στις περιπτώσεις μη συμπλήρωσης ή/ και μη ορθής συμπλήρωσης ενός ή περισσότερων πεδίων τον ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ, εκ μέρους των οικονομικών φορέων, αναφερόμενοι πάντα στο ΤΕΥΔ της επιχείρησής μας «.....», η Αναθέτουσα Αρχή δεν εξέτασε την περίπτωση για επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλων τυπικών σφαλμάτων που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση στις σελίδες 5, 6, 15 του κατατιθέμενου ΤΕΥΔ της επιχείρησής μας «.....» με το οποίο προτίθεται να αναθέσει σε τρίτους τμήμα της σύμβασης όσο αφορά την επικύρωση του κλιβάνου και μη ορθώς συμπληρώθηκε στην σελ. 5 του ΤΕΥΔ μας, η ενότητα Γ με πεδίο Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων αντί να συμπληρωθεί στην σελ. 6 του ΤΕΥΔ μας, η ενότητα Δ με πεδίο Υπεργολαβική ανάθεση, όπως πράγματι προτίθεται η επιχείρησή μας «.....» να αναθέσει σε τρίτους υπό μορφή υπεργολαβίας με ποσοστό χαμηλότερο του 30% για την επικύρωση του κλιβάνου, μη στηριζόμενη στην Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα τρίτων όπως ορίζεται στην σελ 14, παρ. 2.2.6 Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της υπ' αριθ./17-10-2018 Διακήρυξης της Αναθέτουσας Αρχής. Σύμφωνα με τα παραπάνω η Αναθέτουσα Αρχή υποχρεούται να καλέσει τον οικονομικό φορέα δηλ. την επιχείρησή μας «.....» προκειμένου να παράσχουμε σχετικές διευκρινίσεις, κάνοντας χρήση της παρ. 4 του άρθρου 102 του Ν. 441....., ήτοι «Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους

Αριθμός απόφασης: Α 111, 112 / 2019

προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές.». Περαιτέρω, η δεύτερη προσφεύγουσα βάλλει και κατά της αποδοχής της προσωρινής αναδόχου, εταιρία «.....», διότι κατά τους ισχυρισμούς της ο προσφερόμενος εκ μέρους της κλίβανος «.....» δεν πληροί ορισμένες σύμφωνα με τη διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές. Στρέφεται και κατά της αποδοχής της εταιρείας «.....», διότι ούτε εκείνης το προσφερόμενο είδος καλύπτει τις τεχνικές σύμφωνα με τη διακήρυξη προδιαγραφές, όπως αναλύει στους λόγους της προσφυγής του, και ως εκ τούτων οι προσφορές των ως άνω δύο εταιρειών θα έπρεπε να απορριφθούν και να αποκλειστούν αυτές από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

7. Επειδή, μετά ταύτα, και οι δύο προσφεύγοντες επιδιώκουν την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του ο καθένας.

8. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και κατόπιν επισκόπησης των εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης, καταρχάς η πρώτη προσφυγή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, κατά το σκέλος της τουλάχιστον που βάλλει κατά της αοριστίας, ασάφειας και μη τεκμηρίωσης της προσβαλλόμενης απόφασης (σκ. 5) και του άνευ ετέρου αποκλεισμού της χωρίς την κλήση της προσφεύγουσας εταιρείας σύμφωνα με το άρθρο 102 παρ.5 Ν.4412/16 για παροχή διευκρινίσεων σχετικά με την προσφορά της, δεν είναι προδήλως απαράδεκτη ούτε προδήλως αβάσιμη. Τούτο, δε, διότι, αφενός στον υπ' αρ. 4.2.1 όρο των τεχνικών προδιαγραφών όπου αναφέρεται ότι «Ο θάλαμος να έχει ωφέλιμη χωρητικότητα οκτώ (8) αποστειρωτικών

Αριθμός απόφασης: Α 111, 112 / 2019

μονάδων (STU). Οι διαστάσεις του θαλάμου καθώς και οι εξωτερικές διαστάσεις του κλιβάνου ν' αναφερθούν», δεν τίθενται συγκεκριμένες διαστάσεις, όρια, περιορισμοί, κλπ. δηλαδή, θα μπορούσαν κάλλιστα να είχαν προσφέρει κλίβανο διαφορετικών διαστάσεων και αφετέρου η προσκόμιση διαφορετικού prospectus (ενδεχομένως άλλης έκδοσης) ή συμπλήρωση του υπάρχοντος δεν δύναται να έχει ως συνέπεια την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς ούτε να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. Οριστική κρίση, ωστόσο, επί της ουσίας των ισχυρισμών του πρώτου 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.

9. Επειδή, εφόσον εικάζεται ζημία του πρώτου 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.

10. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, κατά την οποία έχει ολοκληρωθεί η αξιολόγηση και των οικονομικών προσφορών και θα κληθεί ο αναδειχθείς για το τμήμα/είδος 4 της διακήρυξης προσωρινός ανάδοχος.

11. Επειδή, η ζημία της πρώτης προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής, αλλά ακόμη και του έτερου οικονομικού φορέα, του οποίου η προσφορά αποκλείστηκε εκ της συνέχισης του διαγωνισμού, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη 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

Αριθμός απόφασης: Α 111, 112 / 2019

υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την πράξη έγκρισης του πρακτικού αξιολόγησης τεχνικών προσφορών - δικαιολογητικών συμμετοχής και την με την ίδια πράξη έγκριση του πρακτικού αξιολόγησης οικονομικών προσφορών και προσωρινής κατακύρωσης, οδηγώντας τοιουτοτρόπως, 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 με αρ. 344/2019 Πράξης της Προέδρου του 2^{ου} για την 21^η-03-2019, η όποια επίπτωση από την αναστολή προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στο ή στους έτερους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν 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.

12. Επειδή, εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ το με αρ.πρωτ. 3927/06.03.2019 έγγραφό του Προϊσταμένου Υποδιεύθυνσης Οικονομικού σχετικά με τα αιτήματα αναστολής των δύο προσφευγόντων, στο οποίο αναφέρονται τα εξής: «Σας γνωρίζουμε ότι, επειδή η διαγωνιστική διαδικασία βρίσκεται στο στάδιο όπου ολοκληρώθηκε η αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών και θα κληθούν οι προσωρινοί ανάδοχοι να υποβάλλουν τα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου, κρίνουμε σκόπιμη τη χορήγηση προσωρινών μέτρων για το διαγωνισμό “..... (1.«.....»

Αριθμός απόφασης: Α 111, 112 / 2019

(CPV:.....), 2.«.....» (CPV:.....), 3.«.....» (CPV:.....), 4.«.....» (CPV:.....) και 5.«.....» (CPV:.....)», για τις ανάγκες του (αρ. διακ./17-10-2018, α/α συστ. ΕΣΗΔΗΣ), προκειμένου να εξεταστούν οι προδικαστικές προσφυγές των εταιρειών και Λόγω του ότι η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, εκτός αν διαταχθούν προσωρινά μέτρα, αιτούμαστε τη λήψη προσωρινών μέτρων για τον ανωτέρω διαγωνισμό, ώστε να μην δημιουργηθούν καταστάσεις που δύσκολα θα ανατραπούν». Σε κάθε δε 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).

13. 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 υποβληθούν τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου. 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....., χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

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

15. Επειδή, μετά ταύτα, παρέλκει η κρίση επί του παραδεκτού ή και η πιθανολόγηση της βασιμότητας των αιτημάτων και των ισχυρισμών του δεύτερου προσφεύγοντος, διότι οι έννομες συνέπειες από την αποδοχή του αιτήματος περί αναστολής της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής

Αριθμός απόφασης: Α 111, 112 / 2019

διαδικασίας έως ότου εκδοθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της πρώτης υπό εξέταση προσφυγής καταλαμβάνουν, κατ' αποτέλεσμα, και το δικό του συμφέρον. Και τούτο, διότι και το δικό του αίτημα περί προσωρινών μέτρων σκοπούσε στην αναστολή της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας, στο αυτό στάδιο του υπό κρίση διαγωνισμού, μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της προσφυγής του, απόφαση που θα εκδοθεί μαζί με αυτήν για την πρώτη προσφυγή, αφού, δυνάμει των με αρ. 344 και 345/2019 Πράξεων της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., το οποίο ανέλαβε να τις εξετάσει, και οι δύο οι υπό κρίση προσφυγές θα εξεταστούν την ίδια μέρα και από κοινού. Σε κάθε περίπτωση και προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της δεύτερης προσφεύγουσας, σε περίπτωση που για οποιονδήποτε λόγο αρθεί η προσωρινή προστασία στο πρόσωπο του πρώτου προσφεύγοντα, το αίτημα προσωρινής προστασίας και του δεύτερου προσφεύγοντα πρέπει να γίνει και ρητώς δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται και στις δύο υπό εξέταση Προδικαστικές Προσφυγές.

Αναστέλλει την πρόοδο του ανοιχτού διαγωνισμού του «.....», για την ανάδειξη αναδόχου συγκεκριμένα για το Τμήμα 4 («.....,- CPV:.....-»), εκτιμώμενης αξίας 100.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%), για το οποίο ασκήθηκαν οι προσφυγές, στο πλαίσιο της «Διακήρυξης Ανοικτής Ηλεκτρονικής Διαδικασίας κάτω των ορίων για την (1.«.....» (CPV:.....), 2.«.....» (CPV:.....), 3.«.....» (CPV:.....), 4.«.....» (CPV:.....) και 5.«..... (CPV:.....)»), για τις ανάγκες του, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η οποία προσδιορίζεται βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή) και συνολικής εκτιμώμενης

Αριθμός απόφασης: Α 111, 112 / 2019

αξίας 150.806,42 € χωρίς ΦΠΑ και 186.999,95€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.(24%)» και δη αναστέλλει την υλοποίηση του σταδίου υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και την ολοκλήρωση της διαδικασίας ανάδειξης αναδόχου για το Τμήμα 4 του εν λόγω διαγωνισμού, μέχρις εκδόσεως απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί των δύο (2) υπό εξέταση προσφυγών.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 08 Μαρτίου 2019, συντάχθηκε δε από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης