

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου-Εισηγήτρια και, Σταυρούλα Κουρή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 07-03-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 226/7-3-2018 του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου («πρώτη προσφυγή»)

Και την από 7.3.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 227/8-3-2018 του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «...» νομίμως εκπροσωπούμενου («δεύτερη προσφυγή»)

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

Με την πρώτη προσφυγή ο εκεί προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 26.2.2018 υπ' αρ. 124/2018 (η οποία εκ παραδρομής αναφέρεται από τον προσφεύγοντα ως υπ' αρ. 5/12.2.2018, αριθμός ο οποίος αντιστοιχεί στο απόσπασμα πρακτικού της από 12.2.2018 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής) Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, κατά το μέρος που αποκλείει την προσφορά του για τα δρομολόγια α/α 46. ...(εκτιμώμενη αξία χωρίς ΦΠΑ 40.271,91 ευρώ), α/α 52. ...(εκτιμώμενη αξία χωρίς ΦΠΑ 50.722,56 ευρώ) και α/α 53. ...(εκτιμώμενη αξία χωρίς ΦΠΑ 33.107,97 ευρώ) (συνολική εκτιμώμενη αξία των τριών ως άνω τμημάτων 124.102,44 ευρώ) της ΟΜΑΔΑΣ 3 της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. ... διακήρυξη ανοικτού διεθνή ηλεκτρονικού δημόσιου διαγωνισμού, με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή (χαμηλότερη τιμή - υψηλότερο

Αριθμοί Αποφάσεων ΑΕΠΠ: Α127 ΚΑΙ Α129/2018

ποσοστό έκπτωσης), για την ανάθεση υπηρεσιών «Μεταφοράς μαθητών των δημόσιων σχολικών μονάδων Α΄θμιας και Β΄θμιας Εκπ/σης χωρικής αρμοδιότητας ... για δύο σχολικά έτη 2017–2018 και 2018-2019». Με το συνημμένο στην προσφυγή του αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ζητά να ανασταλεί η προσβαλλόμενη απόφαση και να μην προχωρήσει η διαγωνιστική διαδικασία απέχοντας η αναθέτουσα αρχή από την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών.

Με τη δεύτερη προσφυγή ο εκεί προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της κοινοποιηθείσας και σε αυτόν από 26.2.2018 ίδιας ως άνω προσβαλλομένης κατά το μέρος με το οποίο απέκλεισε την προσφορά του στον ίδιο διαγωνισμό και η οποία αφορούσε τα δρομολόγια: α/α 25. ... της ΟΜΑΔΑΣ 3 (εκτιμώμενη αξία χωρίς ΦΠΑ 36.822,03 ευρώ), α/α 42. ... της ΟΜΑΔΑΣ 3 (εκτιμώμενη αξία χωρίς ΦΠΑ 55.726,44 ευρώ), α/α 47. ... της ΟΜΑΔΑΣ 3 (εκτιμώμενη αξία χωρίς ΦΠΑ 34.695,00 ευρώ) και α/α 48. ... της ΟΜΑΔΑΣ 3 (εκτιμώμενη αξία χωρίς ΦΠΑ 23.379,93 ευρώ), (συνολική εκτιμώμενη αξία των τριών ως άνω τμημάτων 150.623,40 ευρώ). Με το συνημμένο στην προσφυγή του αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ζητά να ανασταλεί η προσβαλλόμενη απόφαση και να μην προχωρήσει η διαγωνιστική διαδικασία απέχοντας η αναθέτουσα αρχή από την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αγγελική Πουλοπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της πρώτης προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (το με στοιχεία ... ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 650,00 €, παραδεκτά δε ασκείται κατά τα λοιπά. Για τη δε άσκηση της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (το με στοιχεία ... ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 760,00 €, παραδεκτά δε ασκείται κατά τα λοιπά και αυτή.

Αριθμοί Αποφάσεων ΑΕΠΠ: Α127 ΚΑΙ Α129/2018

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξη προκήρυξε Ανοικτό διεθνή ηλεκτρονικό δημόσιο διαγωνισμό, με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή (χαμηλότερη τιμή - υψηλότερο ποσοστό έκπτωσης), για την ανάθεση υπηρεσιών «Μεταφοράς μαθητών των δημόσιων σχολικών μονάδων Α΄θμιας και Β΄θμιας Εκπ/σης χωρικής αρμοδιότητας ... για δύο σχολικά έτη 2017–2018 και 2018-2019» συνολικού προϋπολογισμού 5.300.471,55 ΕΥΡΩ συμπεριλαμβανομένων Φ.Π.Α 17% και των δικαιωμάτων προαίρεσης 15%, με εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ και προαιρέσεων αξία 3.939.406,58 ευρώ και αξία δικαιωμάτων προαίρεσης 691.365,86 ευρώ (CPV 60130000-8) που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 24-8-2017 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 24-8-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ την 24-8-2017 με συστημικό α/α

3. Επειδή, ο πρώτος προσφεύγων παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού, αυτονόητα θίγεται από την προσβαλλόμενη η οποία έκρινε την προσφορά του αποκλειστέα ως προς τα τμήματα που αφορά η προσφυγή του. Ομοίως, ο δεύτερος προσφεύγων παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για τους ίδιους λόγους. Επομένως, καμία από τις προσφυγές δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

4. Επειδή, αναλυτικότερα με την πρώτη ως άνω προσφυγή ο εκεί προσφεύγων επικαλείται ότι ο λόγος απόρριψης της προσφυγής του είναι παράνομος. Ειδικότερα ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο λόγος αποκλεισμού της προσφοράς του ήτοι ότι *«τα δρομολόγια για οποία υπέβαλε προσφορά, θα εκτελούνταν με ταξί που δεν ανήκε στην διοικητική περιφέρεια της δημοτικής ενότητας από την οποία θα γινόταν η φόρτωση των επιβατών, κατά παράβαση της παρ. 8 του άρθρ. 82 του Ν. 4070/12 περί προμίσθωσης Ε.Δ.Χ καθώς και του άρθρ. 83 του ίδιου νόμου περί της έδρας των Ε.Δ.Χ. αυτοκινήτων, ήτοι τη διοικητική ή την ενιαία διοικητική μονάδα για την εξυπηρέτηση της οποίας δίνεται το δικαίωμα κυκλοφορίας του Ε.Δ.Χ. αυτοκινήτου»*, αντίκειται στους όρους της διακήρυξης και συνιστά παράνομο «γεωγραφικό» περιορισμό. Επειδή ο

Αριθμοί Αποφάσεων ΑΕΠΠ: Α127 ΚΑΙ Α129/2018

δεύτερος προσφεύγων ομοίως προβάλλει ως παράνομο τον αποκλεισμό του με αντίστοιχη αιτιολογία από την αναθέτουσα.

5. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει των υπ' αριθμ. 282-283/2018 Πράξεων του Προέδρου του σε εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί των ως άνω προσφυγών.

6. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων και δη: **α)** εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, **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 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, 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.

7. 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

Αριθμοί Αποφάσεων ΑΕΠΠ: Α127 ΚΑΙ Α129/2018

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.

8. Επειδή, περαιτέρω, οι προσφυγές δεν πιθανολογούνται ούτε ως προδήλως αβάσιμες. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση αμφότεροι οι προσφεύγοντες προβάλλουν ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία των προσφευγόντων από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

9. Επειδή, αν τυχόν οιαδήποτε εκ των προσφυγών ευδοκιμήσει και οι λόγοι της κριθούν ως νόμιμοι, εκτός του ότι η εκ της αιτίας αυτής μείωση του ανταγωνισμού θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμες αποφάσεις διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής - μετά από περαιτέρω πρόοδο της και προώθηση σε επόμενα στάδια - θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους λοιπούς συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του σταδίου ανοίγματος οικονομικών προσφορών.

10. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση των προσφυγών έχει προσδιοριστεί, δια των ως άνω Πράξεων του Προέδρου του Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 20-03-2018, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής για εύλογο χρόνο προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί των προσφυγών κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα ή τρίτους.

11. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη

Αριθμοί Αποφάσεων ΑΕΠΠ: Α127 ΚΑΙ Α129/2018

θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή του σταδίου αποσφράγισης και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών. Συγκεκριμένα, το προσωρινό αυτό μέτρο πρέπει να συνίσταται όχι μόνο στην αναστολή του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, αλλά αυτονόητα και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου, ως και κατακύρωσης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης, επικύρωσης ή πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση ευδοκίμησης οιασδήποτε από τις υπό κρίση προσφυγές, όλες οι επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα καταστούν άκυρες. Η παράταση αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, της πληροφόρησης των διαδίκων και του προγραμματισμού της αναθέτουσας αρχής διατάσσεται με εύλογη 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 για ταχεία πρόοδο αυτής. Σημειωτέον ότι επειδή εν προκειμένω ο διαγωνισμός διενεργείται με ενιαία διαδικασία αποσφράγισης προσφορών δηλαδή με μόνο ένα κοινό συστημικό αριθμό στο ΕΣΗΔΗΣ για όλες τις ομάδες και τα δρομολόγια του διαγωνισμού το παραπάνω μέτρο πρέπει να επεκταθεί στο σύνολο της διαδικασίας άρα και στα τμήματα στα οποία δεν αφορούν οι προσφυγές. Τούτο διότι η συνέχιση της διαδικασίας για ορισμένα από τα τμήματα ενέχει τον κίνδυνο αποκάλυψης οικονομικών προσφορών και για τα τμήματα στα οποία αφορά κάποια από τις προσφυγές ή την αποκάλυψη προσφορών προσφερόντων οι οποίοι έχουν μετάσχει και στα επίμαχα τμήματα. Τα παραπάνω δεν αίρονται από το γεγονός ότι το παράρτημα IV (έντυπο υποδείγματος οικονομικών προσφορών) της διακήρυξης προβλέπει διαφορετικό έντυπο για τις ομάδες 7-12 και 17-19 και διαφορετικό για τις ομάδες 1-6 και 13-16, αφού οι προσφορές υποβάλλονται ενιαία στο ΕΣΗΔΗΣ και συνεπώς αμφότερα τα έντυπα θα αποσφραγιστούν ταυτόχρονα ενώ εξάλλου οικονομικά

Αριθμοί Αποφάσεων ΑΕΠΠ: Α127 ΚΑΙ Α129/2018

στοιχεία θα περιέχονται και στην οικονομική προσφορά συστήματος. Προς τούτο και προς διασφάλιση των συμφερόντων του συνόλου των διαγωνιζομένων αλλά και της αναθέτουσας αρχής και βάσει της αυτεπάγγελτης αρμοδιότητας του Κλιμακίου όπως διαμορφώσει το περιεχόμενο των κατάλληλων μέτρων, η αναστολή της διαδικασίας πρέπει να αφορά στο σύνολο του διαγωνισμού.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, αμφότερα τα κρινόμενα αιτήματα αναστολής πρέπει να γίνουν δεκτά.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται αμφότερες τις αιτήσεις αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και διατάσσει την αναστολή του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών ως και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, πρόσκλησης σε προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατακύρωσης για το σύνολο της διαδικασίας έως και την έκδοση απόφασης επί των Προσφυγών.

Διατάσσει την αναθέτουσα και όλα τα σχετιζόμενα με τη Διαγωνιστική Διαδικασία όργανα αυτής, όπως άμεσα μταιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί των Προσφυγών, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφασή και εν γένει ενέργειά τους περί την αποσφράγιση και αξιολόγηση οικονομικών προσφορών, ανάδειξη προσωρινού αναδόχου και κατακύρωση, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού ή πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και αξιολόγηση ή και έγκρισή τους, όσον αφορά το σύνολο των τμημάτων της διαδικασίας.

Διατάσσει την αναθέτουσα όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως

Αριθμοί Αποφάσεων ΑΕΠΠ: Α127 ΚΑΙ Α129/2018

αναρτήσουν ηλεκτρονικά τις παρούσες αποφάσεις στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκαν και αποφασίσθηκαν στις 16-03-2018 και εκδόθηκαν αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ