

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Μαΐου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 5-5-2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 539/6-5-2019 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία ο προσφεύγων σωρεύει αίτημα αναστολής εκτέλεσης της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 25-4-2019, υπ' αρ. 69/16-4-2019 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ'ο μέρος απέκλεισε τον ίδιο από την Ομάδα 7 (.....) της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας αγαθών άνω των ορίων για την «..... – (.....), περαιτέρω δε ανέδειξε τον οικονομικό φορέα «.....» ως προσωρινό ανάδοχο αντί του προσφεύγοντος, στρέφεται δε και κατά κάθε προγενέστερης ή μεταγενέστερης συναφούς πράξης ή παράλειψης. Η ως άνω διακήρυξη με αρ. πρωτ. με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ συνολικής αξίας 1.555.013,77 ευρώ και επιμέρους αξίας της Ομάδας 7 που αφορά η προσφυγή, 666.794,44 ευρώ άνευ ΦΠΑ, δημοσιεύτηκε στην ΕΕΕΕ την 13-12-2018, στο ΚΗΜΔΗΣ την 13-12-2018 με

Αριθμός Απόφασης: Α216/2019

Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 18-12-2018 με συστημικό α/α
.....

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 5-5-2019 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 25-4-2019 Απόφασης της αναθέτουσας περί περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, αφορά δε το τμήμα 7 της διαδικασίας. Ο δε προσφεύγων που υπέβαλε στο ως άνω τμήμα προσφορά που έγινε δεκτή στα στάδια δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών και υπέβαλε οικονομική προσφορά σε αυτή, συνολικού ύψους (291.299,98+148.219,65=) 439.519,63ευρώ άνευ ΦΠΑ και επομένως τη δεύτερη χαμηλότερη, μετά τον ως άνω νυν προσωρινό ανάδοχο, οικονομική προσφορά επί του τμήματος 7, δια της προσφυγής του στρέφεται κατά της αποδοχής του ως άνω νυν προσωρινού αναδόχου στο οικείο τμήμα. Πάντως, αβασίμως σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων επικαλείται απόρριψη της προσφοράς του, αφού αυτή ουδόλως απερρίφθη, απλώς δια της αποδοχής του ως άνω νυν προσωρινού αναδόχου, ήταν η δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας οικονομική προσφορά και επομένως, μετά την Απόφαση ΑΕΠΠ 357/2019, που επανέφερε τον οικονομικό φορέα, στον διαγωνισμό για το τμήμα 7, δεδομένου ότι ο τελευταίος είχε προσφέρει τη χαμηλότερη προσφορά από τους διαγωνιζόμενους στο τμήμα και αμέσως χαμηλότερη από αυτή του νυν προσφεύγοντος, αυτονόητα υπεισήλθε στη θέση του προσωρινού αναδόχου, έναντι του έως τότε προσωρινού αναδόχου, ήτοι του νυν προσφεύγοντος. Επομένως, το αληθές αντικείμενο της προκείμενης διαφοράς συνίσταται στην αποδοχή της προσφοράς του νυν προσωρινού αναδόχου, η απόρριψη της οποίας θα οδηγήσει στο να καταστεί χαμηλότερη αποδεκτή προσφορά αυτή του νυν προσφεύγοντος και

Αριθμός Απόφασης: Α216/2019

επομένως, να επανέλθει αυτός στη θέση του προσωρινού αναδόχου. Σημειωτέον δε, ότι οι λόγοι που ο προσφεύγων επικαλείται κατά της προσφοράς του νυν προσωρινού αναδόχου και ειδικότερα στρέφονται κατά της τεχνικής προσφοράς αυτού, ουδέποτε κρίθηκαν στην ως άνω προηγούμενη Απόφαση της ΑΕΠΠ, αφού δεν αποτέλεσαν έρεισμα του τότε αποκλεισμού του νυν προσωρινού αναδόχου, που αντίθετα είχε αποκλεισθεί λόγω κατά την αναθέτουσα πλημμέλειας της οικονομικής προσφοράς του. Συγκεκριμένα, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων αιτιάται ότι κατά παράβαση του όρου 12.2 της διακήρυξης, η προσφορά του νυν προσωρινού αναδόχου αποκλίνει από τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές της υπ' αρ. Τεχνικής Μελέτης, αφού πρώτον, στην προσφορά του περιλαμβάνεται και το με α/α 7 και 58 προϊόν "Ζαχαρούχο Γάλα", του οποίου η περιεκτικότητα σε λιπαρά θα είναι 8% και το οποίο θα διατίθεται σε συσκευασία καθαρού βάρους 397 γρ. περίπου σε μεταλλικά κουτιά και με εύκολο άνοιγμα (easy open), παραγόμενο από την εταιρεία «.....» (.....),,, &,, σύμφωνα με την Τεχνική Προσφορά του ως άνω υποψηφίου (βλ. σελ. 7 αυτής), όμως, από την συσκευασία του ως άνω προϊόντος που κυκλοφορεί στο εμπόριο, και στην οποία αναγράφεται και η εταιρεία παραγωγής (.....), το ως άνω προϊόν έχει περιεκτικότητα σε λιπαρά 9%, δεύτερον, όσον αφορά το με α/α προϊόν 4, 6 και 71 "Γάλα πλήρες εβαπορέ κουτί 410 γρ." (βλ. σελ. 5 της Τεχνικής Προσφοράς του), παραγόμενο από την εταιρεία «.....» (.....), όπως προκύπτει από την παρούσα ετικέτα προδιαγραφών του προϊόντος αυτού από την ως άνω εταιρεία παραγωγής, το προϊόν παράγεται και συσκευάζεται σε συσκευασίες των 400 γρ. και όχι των 410 γρ, όπως απαιτεί η διακήρυξη, τρίτον, ως προς το υπ' α/α προϊόν 59 "Μπισκότα τύπου Digestive συσκευασία 250 γρ." (βλ. σελ. 25 της Τεχνικής Προσφοράς του), παραγόμενο από την εταιρεία «.....», όπως προκύπτει από την προσκομιζόμενη ετικέτα της συσκευασίας του προϊόντος αυτού, όπως κυκλοφορεί στο εμπόριο, το προϊόν παράγεται και συσκευάζεται σε συσκευασίες των 220 γρ. και όχι των 250 γρ., όπως απαιτεί η διακήρυξη, τέταρτον, ενώ για το είδος με α/α 85 «Χυμός ατομικός (330ml)», απαιτείται να προσφέρεται σε συσκευασία των 330ml, ο προσωρινός ανάδοχος έχει

Αριθμός Απόφασης: Α216/2019

δηλώσει ως εργοστάσιο επεξεργασίας και τυποποίησης του προϊόντος την εταιρεία «.....», η οποία, όμως, δεν παράγει το προϊόν στην ζητούμενη συσκευασία των 330ml αλλά μόνο σε συσκευασίες των 250ml και 1lt, όπως προκύπτει από την προσκομιζόμενη απάντηση της ίδιας παραγωγού εταιρείας, πέμπτον, ως προς τα είδη με α/α 50 «μαυροκούκι συσκευασία 50γρ.», α/α 51 «Μαχλέπι συσκευασία 20γρ», α/α 10 «Δάφνη (συσκευασία 100γρ)», α/α 11 «Δεντρολίβανο ξερό (συσκευασία 50γρ)», α/α 64 «παπαρουνόσπορο (συσκευασία 100γρ)» και α/α 126 «Μπέικιν πάουντερ συσκευασία 3*20γρ.», υφίσταται απόκλιση της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου από τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, αφού έχει δηλώσει ως εργοστάσιο επεξεργασίας και τυποποίησης την εταιρεία «.....», η οποία, όπως προκύπτει από την προσκομιζόμενη επιστολή - email της δεν διαθέτει τα προϊόντα «μαχλέπι», «δάφνη», «δεντρολίβανο ξερό», «παπαρουνόσπορο», «μπέικιν πάουντερ» στις ζητούμενες συσκευασίες, αλλά σε εντελώς διαφορετικές (μαχλέπι σε συσκευασία 5γρ αντι 20γρ., Δάφνη σε συσκευασίες των 15γρ., 14γρ. και 10 γρ. αντί των 100γρ., Δενδρολίβανο σε συσκευασίες των 35γρ., 57γρ. και 30γρ. αντί 50γρ., παπαρουνόσπορο σε συσκευασία 1000γρ. αντί των 100γρ., μπέικιν πάουντερ σε συσκευασία 1x20, αντί για 3 x 20), ενώ δεν διαθέτει καν το είδος «μαυροκούκι» ως προϊόν. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση του άρ. 5 παρ. γ' και δ' της διακήρυξης και όσον αφορά τα προϊόντα με α/α 1, 35 και 62 «Αλεύρι για όλες τις χρήσεις 1 kg», α/α 3 «Αλεύρι 55αρι (συσκευασία 25 κιλών)» και α/α 36 «Αλεύρι μαλακό» της ίδιας Ομάδας 7 -, αναφέρεται από τον προσωρινό ανάδοχο ως εταιρεία παραγωγής η εταιρεία «.....» (βλ. σελ. 4 της Τεχνικής Προσφοράς του), όμως για την ως άνω εταιρεία προσκομίζεται το Πιστοποιητικό ISO 22000:2005 από το περιεχόμενο του οποίου προκύπτει ότι η ως άνω εταιρεία δεν είναι εταιρεία παραγωγής αλλά εμπορική εταιρεία, της οποίας η πιστοποίηση καλύπτει μόνο τη συσκευασία ζάχαρης και ζάχαρης άχνης και την αποθήκευση και διανομή ειδών διατροφής, όχι όμως και τη συσκευασία ειδών αλεύρου, συγχρόνως δε στο με α/α 2 και 28 προϊόν «Αλεύρι Φαρίνα 500 γρ.» της ίδιας Ομάδας, έχει δηλωθεί ως εταιρεία παραγωγής η «.....» με τη σημείωση ότι το προϊόν είναι εγχώριο (βλ. σελ. 4 της Τεχνικής Προσφοράς του), όμως στην

Αριθμός Απόφασης: Α216/2019

προσκομιζόμενη ετικέτα της συσκευασίας του προϊόντος αυτού, όπως κυκλοφορεί στο εμπόριο αναγράφεται ότι το προϊόν παράγεται στην Ε.Ε. για λογαριασμό της και όχι από τη, επιπλέον δε, το προσκομιζόμενο Πιστοποιητικό HACCP για την ως άνω εταιρεία αναφέρεται στην «παραλαβή, αποθήκευση και εμπορία ειδών διατροφής» και όχι στην παραγωγή αυτών, με αποτέλεσμα κατά τον προσφεύγοντα να έχει αναληθώς δηλωθεί από την υποψήφια εταιρεία ως εταιρεία παραγωγής η και ως χώρα παραγωγής η Ελλάδα και συνακολούθως να μην έχει υποβληθεί το ορθό πιστοποιητικό που να αφορά την παραγωγή των ανωτέρω προϊόντων, ενώ επιπλέον αυτών για τα είδη με α/α 8 “Ζυμαρικά – πάστες συσκευασία 500γρ.”, α/α 9 “Ζυμαρικά βίδες συσκευασία 500 γρ.” και α/α 10 “Ζυμαρικά αστεράκι συσκευασία 500 γρ.” προϊόντα της ίδιας Ομάδας, έχει δηλωθεί ως εταιρεία παραγωγής η «.....» ή η εταιρεία «.....» (βλ. σελ. 5 της Τεχνικής Προσφοράς του), ενώ όμως κατά τον προσφεύγοντα οι ως άνω εταιρείες είναι προμηθεύτριες/διανομείς και όχι εταιρείες όπου γίνεται η επεξεργασία και η διαδικασία τυποποίησης – συσκευασίας των προϊόντων, όπως απαιτείται από την παράγραφο Α.2 του όρου 8 της Διακήρυξης και ούτως, κατά τον προσφεύγοντα, και για αυτά τα είδη δεν έχουν προσκομισθεί τα απαιτούμενα πιστοποιητικά για τις εταιρείες στις οποίες γίνεται η επεξεργασία και η διαδικασία τυποποίησης – συσκευασίας των προϊόντων. Με τον δε τρίτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων επικαλείται ότι ο νυν προσωρινός ανάδοχος για τα προϊόντα με α/α 8 “Ζυμαρικά – πάστες συσκευασία 500γρ.”, α/α 9 “Ζυμαρικά βίδες συσκευασία 500 γρ.”, α/α 10 “Ζυμαρικά αστεράκι συσκευασία 500 γρ.” και με α/α προϊόν 4, 6 και 71 “Γάλα πλήρες εβαπορέ κουτί 410 γρ.” αναφέρεται στο εργοστάσιο παραγωγής με διατύπωση διαζευκτική., συγκεκριμένα μάλιστα για τα μεν με α/α 8, 9 και 10 δηλώνει ως εργοστάσιο παραγωγής «.....» ή η εταιρεία «.....», για το δε με α/α 4, 6 και 71 δηλώνει ως εργοστάσιο την «.....» ή την «.....», πράγμα που καθιστά εναλλακτική την προσφορά του κατά τον προσφεύγοντα, κατά παράβαση του άρ. 57 παρ. 1 Ν. 4412/2016, δεδομένου και ότι η Διακήρυξη δεν αναφέρει σε σχετικό της όρο ότι επιτρέπονται οι εναλλακτικές προσφορές.

Αριθμός Απόφασης: Α216/2019

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 άρ. 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 άρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του άρ. 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

Αριθμός Απόφασης: Α216/2019

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 3.334,00 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ». Περαιτέρω, η Προσφυγή αφορά διαδικασία άνω των ορίων, που υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 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 25-4-2019 και χρόνος ασκήσεως της προσφυγής η 5-5-2019), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού στρέφεται κατά της αποδοχής του ως άνω νυν προσωρινού αναδόχου, η ακύρωση της οποίας κατά την ανωτέρω σκ. 1, θα καταστήσει τον προσφεύγοντα πρώτο αποδεκτό μειοδότη και άρα εκ νέου προσωρινό ανάδοχο. Εξάλλου, δεδομένου ότι πριν την ως άνω νυν προσβαλλομένη, ο νυν προσωρινός ανάδοχος δεν είχε επανέλθει στον διαγωνισμό, αλλά τελούσε σε αποκλεισμό λόγω άλλου και άσχετου με τα νυν επικαλούμενα από τον προσφεύγοντα ως προς την τεχνική προσφορά του, ζητήματος επί της οικονομικής προσφοράς του (που είχε οδηγήσει σε ακυρωθέντα από την ΑΕΠΠ αποκλεισμό του), ο προσφεύγων δεν δύνατο ούτως ή άλλως να στραφεί κατά της προσφοράς αυτού (αφού αυτή ήταν ήδη απορριπτέα) και να προβάλει τους νυν ισχυρισμούς του, πράγμα που κατέστη δυνατό, αλλά και περί του οποίου απέκτησε έννομο συμφέρον ο προσφεύγων, μόλις δια της εκδόσεως της νυν προσβαλλομένης, δια της οποίας ο ως άνω οικονομικός φορέας επανήλθε στον διαγωνισμό και

Αριθμός Απόφασης: Α216/2019

συνεπεία της επαναφοράς του, ως πρώτος αποδεκτός μειοδότης, κατέστη προσωρινός ανάδοχος. 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 αντιπαράβολή των εγγράφων που κατέθεσε, τις οικείες όποιες τυχόν Απόψεις καταθέσει η αναθέτουσα ως και την τυχόν παρέμβαση που ενδέχεται να ασκηθεί, και ερμηνεία ως και υπαγωγή των ως άνω ως προς τους όρους της διακήρυξης σε αντιπαράβολή δε και με οικεία ερμηνεία του νόμου. Επομένως, δεν χωρεί άρση αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης κατ' άρ. 15 παρ. 3, αλλά αντίθετα χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 38/2017.

4. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, 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 επιλοχωρήσει 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

Αριθμός Απόφασης: Α216/2019

συμμετοχής στο στάδιο τεχνικών και κατ' αποτέλεσμα και οικονομικών προσφορών του νυν προσωρινού αναδόχου, βάσει της εξέτασης επί της προκειμένης 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 αποφάσεως 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 της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 666/2019 Πράξεως Προέδρου 1ου Κλιμακίου για την 20-5-2019, αλλά και του αποκλειστικού διαστήματος στο οποίο η εξέταση μπορεί να λάβει χώρα κατ' άρ. 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 της 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

Αριθμός Απόφασης: Α216/2019

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.

5. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο, σύμφωνα και με όσα αναφέρθηκαν στη σκ. 2 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 συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας ως προς το τμήμα της διαδικασίας που αφορά η προσφυγή, και συγκεκριμένα η ειδικώς επί της Ομάδας 7, 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).

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

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αριθμός Απόφασης: Α216/2019

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 επί της Ομάδας 7 της διαδικασίας, 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, επί της Ομάδας 7 της διαδικασίας.

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 14 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

ΜΙΧΟΠΟΥΛΟΥ ΜΑΡΙΑ

