

Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2020

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 12 Αυγούστου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αρ. 1286/2020 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1073/07-08-2020 της ένωσης εταιρειών «...» και των εταιρειών μελών της: 1) ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» που εδρεύει στη «...», επί της οδού «...», αρ. «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης, 2) ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο «...», επί της οδού «...», αρ. «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης και 3) εταιρείας περιορισμένης ευθύνης με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην «...», επί της οδού «...», αρ. «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά του «...» (...), που εδρεύει στην «...», επί της οδού «...», αρ. «...», όπως νόμιμα εκπροσωπείται

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί η με αριθμό 8028/1/182 – μδ'/25-07-2020 απόφαση του Προϊσταμένου του «...», με την οποία περατώνονται τα αποτελέσματα του Α' σταδίου (αξιολόγησης και αποδοχής αιτήσεων για συμμετοχή στο Β' στάδιο υποβολής προσφορών) του κλειστού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «...» («...»/2020 Διακήρυξης «...»). Με την ως άνω προσφυγή, επιπλέον, ζητείται και η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2020

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό «...»), ποσού 12.147,58€, το οποίο αναλογεί σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης (2.429.516,13€).

2. Επειδή, η προσφυγή με ΓΑΚ – ΑΕΠΠ 1073/2020, συναφώς και η εξέταση του κρινόμενου αιτήματος προσωρινής προστασίας, ανατέθηκε στο επιληφθέν 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 07-08-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

3. Επειδή, το «...» (εφεξής καλούμενο στην παρούσα «αναθέτουσα αρχή» ή «...»), με τη με αριθμό «...»/2020 διακήρυξή του προκήρυξε δημόσιο κλειστό ηλεκτρονικό διαγωνισμό δύο (2) σταδίων (Α' και Β'), για την υλοποίηση της κεντρικής υποδομής του «...», όπως περιγράφεται στην παράγραφο 1.3 «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της Σύμβασης» της επίμαχης διακήρυξης και στο Παράρτημα Ι «Τεύχος τεχνικών προδιαγραφών για την υλοποίηση κεντρικής υποδομής και μηχανογραφικής εφαρμογής του «...», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφοράς, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής (αφορά Β' στάδιο), για τη σύναψη σύμβασης εκτιμώμενης αξίας 2.429.516,13€, άνευ Φ.Π.Α., συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων και δαπανών, πλέον του αναλογούντος Φ.Π.Α. που αντιστοιχεί στο ποσό των 583.083,87€, ήτοι συνολική αξία σύμβασης 3.012.600,00 ευρώ, συμπεριλαμβανομένων Φ.Π.Α., κρατήσεων και δαπανών (εφεξής «διαγωνισμός»). Η προκήρυξη και το πλήρες κείμενο του τεύχους Α' της διακήρυξης που αφορά στο Α' Στάδιο της Κλειστής Διαγωνιστικής Διαδικασίας

Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2020

αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 15-05-2020. Ο διαγωνισμός διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, υπό τον συστημικό αριθμό «...». Καταληκτική ημερομηνία υποβολής αιτήσεων συμμετοχής στο Α΄ στάδιο του διαγωνισμού ορίστηκε η 15-06-2020, κατά την οποία υπέβαλαν αιτήσεις συμμετοχής συνολικά έξι (6) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα ένωση. Μετά την αποσφράγιση των φακέλων των αιτήσεων των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, τον έλεγχο και την αξιολόγηση των περιεχόμενων σε αυτούς εγγράφων και στοιχείων, τις διευκρινίσεις που ζητηθήκαν και δόθηκαν επ' αυτών με το με αριθμό 8028/1/183/25-λε' από 22-7-2020 Πρακτικό της η Επιτροπή Προμηθειών και Σύναψης Δημοσίων Συμβάσεων Υπηρεσιών / «...» («...»), εισηγήθηκε την αποδοχή των αιτήσεων συμμετοχής των οικονομικών φορέων 1) «...» και «...» με συνολική βαθμολογία 75 βαθμούς, 2) «...» με συνολική βαθμολογία 60 βαθμούς, 3) «...» με συνολική βαθμολογία 63,75 βαθμούς, 4) «...» με συνολική βαθμολογία 67,50 βαθμούς και την απόρριψη των αιτήσεων συμμετοχής της εταιρείας «...», με την αιτιολογία ότι υπέβαλε αποδεικτικά μέσα για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, σύμφωνα με τα οποία ο μέσος όρος ιδίων κεφαλαίων κατά τις τρεις (3) τελευταίες χρήσεις είναι μικρότερος από το όριο των τριών εκατομμυρίων ευρώ (3.000.000€) που απαιτείται από την παράγραφο 2.2 του Τεύχους Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης και της προσφεύγουσας ένωσης, με την αιτιολογία ότι υπέβαλε αποδεικτικά μέσα για την απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, σύμφωνα με τα οποία δεν έχει εκτελεστεί σύμβαση υλοποίησης πληροφοριακού συστήματος, το οποίο βρίσκεται κατά την ημερομηνία δημοσίευσης της εν λόγω διακήρυξης σε επιχειρησιακή λειτουργία και στο οποίο πραγματοποιείται λήψη, διαχείριση και αποστολή βιομετρικών και αλφαριθμητικών δεδομένων μέσω μηχανισμού web service σε έτερο σύστημα, σύμφωνα με την από 27.06.2020 έντυπη αναφορά των τεχνικών συμβούλων και την παράγραφο 2.3 του Τεύχους Τεχνικών Προδιαγραφών της διακήρυξης. Με τη με αριθμό 8028/1/182 – μδ'/25-07-2020 απόφασή του,

Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2020

τέλος, (στο εξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη»), ο Προϊστάμενος του «...» ενέκρινε το ανωτέρω πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, το οποίο και συμπεριέλαβε στην απόφασή του και, μεταξύ άλλων απέρριψε την αίτηση συμμετοχής της προσφεύγουσας ένωσης ως απαράδεκτη. Κατά της απόφασης αυτής του Προϊσταμένου του «...» κατά το μέρος με το οποίο απορρίπτεται η αίτηση συμμετοχής της προσφεύγουσας ένωσης στο διαγωνισμό στρέφεται η προσφεύγουσα, για τους λόγους και κατά τα ειδικά αιτήματα που αναπτύσσονται στη με ΓΑΚ 1073/2020 προσφυγή της.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, του αντικειμένου της και της δραστηριότητας που το «...» που διενεργεί το διαγωνισμό ασκεί, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως και στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (αποστολή για δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 12-05-2020), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή και υποβάλλεται και το κρινόμενο αίτημα αναστολής είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

5. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, πιθανολογείται δε και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α΄ του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α΄ του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 27-07-2020 και η προσφυγή ασκήθηκε στις 06-08-2020.

Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2020

6. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι η προσφεύγουσα συμμετείχε στο διαγωνισμό και υπέβαλε αίτηση συμμετοχής στο Α΄ στάδιο αυτού, κατά συνέπεια με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει κατά της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής. Και τούτο, διότι μη νομίμως κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή στερείται της δυνατότητας να υποβάλει προσφορά κατά το Β΄στάδιο του διαγωνισμού και να αναδειχθεί ανάδοχος της σύμβασης.

7. Επειδή, ειδικότερα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από τις βεβαιώσεις που προσκόμισε προκύπτει με σαφήνεια ότι τα πληροφοριακά συστήματα που υλοποίησε το μέλος της «...» πραγματοποιούν λήψη και διαχείριση βιομετρικών και αλφαριθμητικών δεδομένων μέσω μηχανισμού web service σε έτερο σύστημα. Παρά ταύτα, και εφόσον παρά των υποβολή των βεβαιώσεων από τις οποίες προέκυπτε η πλήρωση του άρθρου 2.3 των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης, η επιτροπή του διαγωνισμού διατηρούσε αμφιβολίες και ειδικότερα ως προς το εάν τα δύο ως άνω επικληθέντα έργα του μέλους της προσφεύγουσας ένωσης «...» πληρούν την ειδικότερη απαίτηση της αποστολής δεδομένων σε έτερο σύστημα μέσω μηχανισμού web service, όφειλε σύμφωνα με το άρθρο 18 παρ.1 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 102 παρ. 5 του ίδιου νόμου να ζητήσει από την εταιρία μας διευκρίνιση, την οποία ασφαλώς και θα της παρείχαμε. Τούτο δε, ιδίως λαμβανομένου υπόψη ότι η προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα έγινε αποδεκτή αφού προηγουμένως κλήθηκε «να διευκρινίσει με συμπληρωματική υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου του ή του ειδικώς εξουσιοδοτηθέντος για τον ως άνω διαγωνισμό για τα τέσσερα (4) έργα του που έχει δηλώσει για τα κριτήρια του πίνακα Β1: - Τα αλφαριθμητικά και βιομετρικά δεδομένα αποστέλλονται μέσω μηχανισμού web service σε έτερο σύστημα».

8. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα ένωση επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας ιδίως της υποβολής προσφορών των

Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2020

διαγωνιζομένων για το Β΄ στάδιο του διαγωνισμού, προκειμένου να μη δημιουργηθούν μη ανατρέψιμες καταστάσεις.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει μέχρι σήμερα κοινοποιήσει τις απόψεις της. Σε κάθε περίπτωση, από το φάκελο της υπόθεσης δεν προκύπτουν επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος για τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας στο Β΄ στάδιο, χωρίς καμία καθυστέρηση, παρά την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής που αφορά το Α΄ στάδιο αυτού.

10. Επειδή, από μίαν απλή επισκόπηση της προσφυγής και των εγγράφων και στοιχείων που ευρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, πιθανολογείται ότι η προσφυγή δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη. Σε κάθε περίπτωση, περιέχει συγκεκριμένους λόγους και αιτιάσεις, με τις οποίες αποδίδονται στην προσβαλλόμενη πράξη πλημμέλειες που χρήζουν επισταμένης αξιολόγησης. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσον επί του παραδεκτού της προσφυγής όσο και επί της ουσίας των σχετικών ισχυρισμών της προσφεύγουσας δεν είναι δυνατόν να διαλάβει η παρούσα σύνθεση στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9, 10, 20, 41, 46/2015), επιφυλασσόμενη να αποφανθεί περί τούτων με την οριστική απόφασή της. Τούτο δε, διότι, απαιτείται προηγουμένως ενδελεχής μελέτη του συνόλου των εγγράφων της σύμβασης, καθώς επίσης και συνεκτίμηση των απόψεων και των πορισμάτων της επιστήμης και της νομολογίας, απαιτείται δε και τεχνική κρίση.

11. Επειδή, περαιτέρω, από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο περάτωσης του Α΄ σταδίου του διαγωνισμού, αξιολόγησης δηλαδή και αποδοχής των αιτήσεων για συμμετοχή στο Β΄ στάδιο του διαγωνισμού, αυτό δηλαδή της υποβολής προσφορών για την ανάθεση της επίμαχης σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2020

12. Επειδή, ενόψει των όσων πιθανολογούνται στη 10^η σκέψη της παρούσας, δεν μπορεί να αποκλειστεί ζημία της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής, κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

13. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προσφυγής, από την πρόοδο της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του ν. 4412/2016 και 15 του π.δ. 39/2017, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της προσφυγής της ότι μη νόμιμα δεν έγινε δεκτή και δεν αξιολογήθηκε και η δική της προσφορά και ότι μη νόμιμα δεν συμμετείχε στο Β΄ στάδιο του διαγωνισμού, υποβάλλοντας προσφορά, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της με αριθμό 1286/2020 Πράξης του Προέδρου της Α.Ε.Π.Π. για τις 10-09-2020, η όποια επίπτωση από την αναστολή προόδου της διαδικασίας στην αναθέτουσα αρχή ή στους λοιπούς ήδη προεπιλεγέντες υποψηφίους κρίνεται ως αμελητέα. Αντίθετα, η χορήγηση αναστολής προόδου του διαγωνισμού θα εξασφαλίσει, κατά τα ως άνω, τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επόμενων σταδίων της διαδικασίας προ της έκδοσης απόφασης της ΑΕΠΠ επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς.

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας. Το πλέον πρόσφορο δε μέτρο και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει στο επόμενο στάδιο και να μην κληθούν οι προεπιλεγέντες υποψήφιοι του διαγωνισμού να συμμετάσχουν στο Β΄ στάδιο του διαγωνισμού και να μην υποβάλουν οριστική προσφορά, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής. Η αναστολή

Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2020

αυτή, προς το σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν έχει αόριστη, αλλά βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία. Το μέτρο αυτό, σε κάθε περίπτωση, αίρεται αυτοδίκαια με την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1073/2020 προδικαστική προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του με α/α ΕΣΗΔΗΣ ... δημόσιου, κλειστού, ηλεκτρονικού, διεθνούς διαγωνισμού, τον οποίο το «...» διενεργεί σε δύο στάδια για την υλοποίηση κεντρικής υποδομής και μηχανογραφικής εφαρμογής του «...» με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής (αφορά Β΄ στάδιο), εκτιμώμενης αξίας 2.429.516,13€, άνευ Φ.Π.Α., συμπεριλαμβανομένων κρατήσεων και δαπανών, και ιδίως αναστέλλει την υποβολή κλήσης στους επιλεγέντες υποψηφίους για συμμετοχή στο Β΄ στάδιο του διαγωνισμού, αυτό της υποβολής προσφοράς και αν έχουν ήδη κληθεί αναστέλλει την προθεσμία για την υποβολή προσφοράς, μέχρι την έκδοση απόφασης από την Α.Ε.Π.Π. επί της με ΓΑΚ 1073/2020 προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 12 Αυγούστου 2020, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2020

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Αλεξάνδρα Παπαχρήστου