

Αριθμός απόφασης: Α 245 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 06-06-2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή –Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 619/27-05-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, οδός αρ. Η εν λόγω προσφυγή ασκήθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθ., με κωδικό αριθμό συστήματος, διακήρυξη ανοικτού διαγωνισμού για την». Με την ως άνω προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση (α) της απόφασης της 10ης/09.05.2019 Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του με θέμα «Έγκριση πρακτικού της επιτροπής αξιολόγησης και διενέργειας του ηλεκτρονικού διαγωνισμού με αριθμό Διακήρυξης, για τη σύναψη συμφωνίαςπλάσιο, για τέσσερα έτη, με δικαίωμα προαίρεσης δύο επιπλέον ετών, με έναν οικονομικό φορέα, για την, μετά τις υπ αριθ. 58 & 59/2019 αποφάσεις του ΣΤΕ.». (β) Του υπ' αριθ. πρωτ. 3798/09-05-2019 Πρακτικού της επιτροπής αξιολόγησης του διαγωνισμού. (γ) Κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης, με την οποία κρίνεται παραδεκτή η προσφορά της «.....» συμπεριλαμβανομένων των σχετικών τμημάτων των πρακτικών της επιτροπής αξιολόγησης που είχαν εγκριθεί με την από 08.11.2018 απόφαση του ΔΣ τουκαι εγκρίνονται εκ νέου με την εδώ πρώτη προσβαλλόμενη πράξη. (δ) Κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης, δυνάμει της οποίας απορρίπτεται η προσφορά της «.....», κρίνεται παραδεκτή η

Αριθμός απόφασης: Α 245 / 2019

προσφορά της «.....» και ανακηρύσσεται η τελευταία ανάδοχος του Διαγωνισμού. (ε) Της παράλειψης του να ματαιώσει τον παρόντα Διαγωνισμό.

Στην ανωτέρω προσφυγή σωρεύεται και αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας με αίτημα την αναστολή εκτέλεσης των προσβαλλόμενων πράξεων και της εν γένει διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 15.000,00€ (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου), το οποίο έχει υπολογιστεί δυνάμει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 31.941.000,00 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.

2. Επειδή, η ανωτέρω προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η ανωτέρω προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 α' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 α' του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 14-05-2019 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε στις 23-05-2019, ήτοι εντός δεκαημέρου από την πλήρη γνώση αυτής κατά τα ανωτέρω.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης

Αριθμός απόφασης: Α 245 / 2019

αξίας της σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε ποσό 31.941.000,00 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. Επιπροσθέτως, παραδεκτώσ ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της (προμήθεια), της ημερομηνίας δημοσίευσης της διακήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, με την ανωτέρω προσφυγή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η ισχυρίζεται ότι η επιλογή της δικής της προσφοράς, αντί της προσφοράς της, θα επέφερε εξοικονόμηση δαπάνης για το Ελληνικό Δημόσιο μεγαλύτερη του 1,2 εκατομμυρίων Ευρώ σε βάθος εξαετίας. Επίσης, ισχυρίζεται ότι η προσφορά της δεν είναι σύμφωνη με τα άρθρα 2.2.8 και 2.2.9.1 σε συνδυασμό με το άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης, ότι δεν έχει καταθέσει ΕΕΕΣ για όλους τους «τρίτους» στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, ήτοι για όλες τις εταιρείες από τις οποίες θα προμηθευτεί τα προϊόντα του κύριου αναλυτικού έργου και στο όνομα των οποίων έχουν εκδοθεί επιμέρους Πιστοποιητικά Ποιότητας που συγκαταλέγονται μεταξύ των κριτηρίων απόδειξης της τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας και ότι δεν έχει προσκομίσει επίκαιρες επιστολές δέσμευσης. Ακόμη, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η εταιρεία δεν αποδεικνύει ότι εκπληρώνει όλα τα κριτήρια οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.5 της Διακήρυξης. Περαιτέρω, ότι η εταιρεία υπέβαλε έγγραφο στην ιταλική γλώσσα, χωρίς μετάφραση. Ακολούθως η προσφεύγουσα προβάλλει πλημμέλειες της οικονομικής προσφοράς της Στη συνέχεια, ισχυρίζεται ότι οι πιθανές απώλειες γίνονται στατιστικά βέβαιες και κατά πολύ μεγαλύτερες του αριθμού που δηλώνει η Επιπλέον, η δεν έχει υποβάλει σχετική υπεύθυνη δήλωση περί κάλυψης του τυχόν επιπλέον κόστους που

Αριθμός απόφασης: Α 245 / 2019

μπορεί να προκληθεί λ.χ. βλαβών. Η προσφεύγουσα προβάλλει και τον ισχυρισμό ότι η έχει παραλείψει να αναφέρει κωδικό για το προσφερόμενο είδος και για το λόγο αυτό πρέπει να απορριφθεί η προσφορά της. Περαιτέρω, προβάλλονται πλημμέλειες της τεχνικής προσφοράς της και συγκεκριμένα ότι στο Κεφάλαιο «Δ. ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΚΥΡΙΟΥ ΕΞΟΠΛΙΣΜΟΥ» δεν υπάρχουν παραπομπές αναφορικά με τις με α/α 1, 12, 16, 26, 30, 31 προδιαγραφές. Επίσης, η προσφεύγουσα προβάλλει ως προς τις προδιαγραφές που προβλέπονται: Στο Κεφάλαιο «Ζ. ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΠΟΙΟΤΙΚΟΥ ΕΛΕΓΧΟΥ», ότι δεν υπάρχουν παραπομπές αναφορικά με τις με α/α 2 (τελευταίο ερώτημα) προδιαγραφές. Στο Κεφάλαιο «Η. ΣΥΝΔΕΣΗ ΜΕ ΠΛΗΡΟΦΟΡΙΑΚΟ ΣΥΣΤΗΜΑ», ότι δεν υπάρχουν παραπομπές αναφορικά με τις με α/α 1 (δύο πρώτα ερωτήματα) 1β, 1γ, 1δ και 2 προδιαγραφές. Στο Κεφάλαιο «Θ. ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΚΑΙ ΤΕΧΝΙΚΗ ΥΠΟΣΤΗΡΙΞΗ», ότι δεν υπάρχουν παραπομπές αναφορικά με τις με α/α 6, 7, 9, 10 προδιαγραφές. Στο Κεφάλαιο «Ι. ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗ», ότι δεν υπάρχουν παραπομπές αναφορικά με τις με α/α 1, 6 προδιαγραφές. Στο Κεφάλαιο «Κ. ΥΛΟΠΟΙΗΣΗ / ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ», ότι δεν υπάρχουν παραπομπές αναφορικά με τις με α/α 1, 4, 7γ, 7δ, 8 (2ο ερώτημα) προδιαγραφές. Στο Κεφάλαιο «Λ. ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗ ΑΠΟΘΕΜΑΤΩΝ», ότι δεν υπάρχουν παραπομπές αναφορικά με τις με α/α 1, 2, 3, 4 προδιαγραφές. Στο Κεφάλαιο «Μ. ΠΡΟΒΛΕΨΗ ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΩΝ ΕΞΕΛΙΞΕΩΝ», ότι δεν υπάρχουν παραπομπές αναφορικά με τις με α/α 1, 3 προδιαγραφές. Κατόπιν η προσφεύγουσα προβάλλει ότι οι απαντήσεις της στο Φύλλο Συμμόρφωσης είναι ασαφείς, ελλιπείς και κατά περίπτωση αντιφατικές.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις από 03-06-2019 απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής και της προσφυγής στην Α.Ε.Π.Π.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει, καταρχήν, έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής καθώς αυτή συμμετέχει στον υπό κρίση διαγωνισμό κι επιδιώκει ν' αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος της προμήθειας σε περίπτωση που γίνει δεκτή η προσφυγή της. Το εν λόγω ζήτημα θα εξεταστεί ειδικότερα κατά την εξέταση της προσφυγής και δεν μπορεί να

Αριθμός απόφασης: Α 245 / 2019

εξαντληθεί στο παρόν σύντομο στάδιο για την έκδοση απόφασης επί του αιτήματος αναστολής.

8. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

9. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές

Αριθμός απόφασης: Α 245 / 2019

αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων»

10. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

11. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: *«Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».*

12. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

13. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την

Αριθμός απόφασης: Α 245 / 2019

πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

14. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε κριθεί από την ΑΕΠΠ, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προκείμενης προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντος φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

16. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται προδήλως απαράδεκτη ούτε αβάσιμη. Πλην, όμως, ενόψει του σταδίου που ήδη βρίσκεται η διαγωνιστική διαδικασία και της εκ του νόμου απαγόρευσης σύναψης σύμβασης, δεν πιθανολογείται η ύπαρξη βλάβης στο πρόσωπο της

Αριθμός απόφασης: Α 245 / 2019

προσφεύγουσας. Συνεπώς, στη συγκεκριμένη περίπτωση δεν πληρούνται οι όροι χορήγησης αναστολής αφού, ούτως ή άλλως δεν είναι δυνατή η σύναψη σύμβασης έως την έκδοση απόφασης επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων πρέπει ν' απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 6 Ιουνίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αθηνά Μπουζιούρη

Αριθμός απόφασης: Α 245 / 2019