

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12-6-2019 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και
Μαρία Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από 3-6-2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 672/4-6-2019 του οικονομικού φορέα «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

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

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αρ. Φ.917/ΑΔ.2029/Σ.437 από 17-5-2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής «.....» και τον αποκλεισμό της εταιρίας «.....» για την ανάθεση της σύμβασης «.....». Περαιτέρω, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. διακήρυξη προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός για την ανάθεση της ως άνω σύμβασης «.....», προϋπολογισθείσας αξίας 417.736,03€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον

Αριθμός απόφασης: Α 264/2019

συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνον βάσει τιμής. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίσθηκε η 18-4-2019 και ώρα 09.00 πμ. Η εν λόγω διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 19-3-2019 με ΑΔΑΜ και καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Συστημικό Αριθμό α/α Αντικείμενο του έργου, κατά τον όρο 11.3 της διακήρυξης, είναι η εκτέλεση των απαιτούμενων εργασιών για την κατασκευή της απαιτούμενης υποδομής και την εγκατάσταση δύο (2) νέων προκατασκευασμένων οικίσκων Στον εν λόγω διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά η προσφεύγουσα εταιρία «.....» και «.....» με προσφερόμενη έκπτωση 3,03% και η εταιρία «.....» με προσφερόμενη έκπτωση 24,18%. Η Επιτροπή Διενέργειας του διαγωνισμού προέβη, κατά σειρά μειοδοσίας, σε έλεγχο δικαιολογητικών συμμετοχής χωρίς να διαπιστώσει έλλειψη ή απόκλιση σε σχέση με τους τεθέντες όρους της διακήρυξης και συνέταξε το με αρ. 1/18-4-2019 Πρακτικό της. Η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. Φ.917/ΑΔ.2029/Σ.437 από 17-5-2019 απόφασή της ενέκρινε το εν λόγω Πρακτικό και ανέδειξε το συμμετέχοντα οικονομικό φορέα «.....» προσωρινό ανάδοχο. Η σχετική αυτή απόφαση αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 23-5-2019.

3. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων βάλλει κατά της προαναφερθείσας υπ' αρ. Φ.917/ΑΔ.2029/Σ.437 από 17-5-2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, επικαλούμενος ειδικότερα τα ακόλουθα: 1) Στο ΤΕΥΔ του προσωρινού αναδόχου, Μέρος VI :Τελικές Δηλώσεις, δεν προσδιορίζεται η αναθέτουσα αρχή, δεν αναγράφει σε ποια σημεία έχει πρόσβαση η Υπηρεσία, αφού, κατά τον προσφεύγοντα, θα έπρεπε να δίνει τη δυνατότητα στην Αναθέτουσα Αρχή να αποκτήσει πληροφορίες για όλη την ΤΕΥΔ που υπογράφει και δεν συμπλήρωσε πληροφορίες για την παραπάνω διακήρυξη του έργου. Η μη συμπλήρωση των Τελικών Δηλώσεων με τα στοιχεία της αναθέτουσας αρχής, των μερών της ΤΕΥΔ, που αφορούν τις πληροφορίες των υποβληθέντων δικαιολογητικών και των στοιχείων της διακήρυξης, παραβιάζει, κατά τον προσφεύγοντα, τη διακήρυξη και το νόμο, προσκρούει δε στην αρχή της

Αριθμός απόφασης: Α 264/2019

διαφάνειας και την αρχή της ισότητας μεταξύ των διαγωνιζομένων, διότι, επειδή ακριβώς δεν έχει συμπληρώσει τα στοιχεία της αναθέτουσας αρχής και των σχετικών υποβληθέντων δικαιολογητικών με προσδιορισμό των οικείων μερών/ ενοτήτων και σημείων της ΤΕΥΔ, δεν έχει χορηγήσει την απαιτούμενη επί ποινή απαραδέκτου συγκατάθεσή του για πρόσβαση της αναθέτουσας αρχής σε δικαιολογητικά των πληροφοριών τις οποίες έχει υποβάλει συμμετέχοντας στον διαγωνισμό, σε αντίθεση με τον προσφεύγοντα και, συνεπώς, δεν μπορεί να γίνει έλεγχος των δικαιολογητικών του. Κατά τον προσφεύγοντα, ο οικονομικός φορέας «.....» διαγωνίζεται και ανακηρύσσεται προσωρινός μειοδότης χωρίς η αναθέτουσα αρχή να μπορεί να ασκήσει την αρμοδιότητα του ελέγχου και διασταύρωσης των πληροφοριών που αφορούν τα δικαιολογητικά συμμετοχής του και, συνεπώς, η προσφορά του έπρεπε να απορριφθεί ως απαράδεκτη λόγω παραβίασεως ουσιώδους όρου της διακήρυξης που τίθεται επί ποινή αποκλεισμού, η δε προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί για τον λόγο αυτό. II) Η εγγυητική συμμετοχής του οικονομικού φορέα «.....» απευθύνεται λανθασμένα προς τη Διευθύνουσα Υπηρεσία : /....., ενώ έπρεπε να απευθύνεται προς την Αναθέτουσα Αρχή : ή προς τον κύριο του έργου: ή προς το φορέα κατασκευής :/, σύμφωνα με το Ν.4412/2016 άρθρο 72 & 4. III) Στην ίδια εγγυητική συμμετοχής δεν αναγράφονται στοιχεία διακήρυξης όπως ο αριθμός της διακήρυξης ή ΑΔΑΜ 2019-03-19, αλλά αναγράφεται ο αριθμός πρωτοκόλλου της Περίληψης της Διακήρυξης, που έχει άλλο ΑΔΑΜ, ήτοι 2019-03-19.

1. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή μέχρι την ημέρα εξέτασης του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων δεν είχε διατυπώσει απόψεις επί του αιτήματος αυτού.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 2.089,00 €.

Αριθμός απόφασης: Α 264/2019

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την 23-5-2019 και ο προσφεύγων άσκησε την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή του την 3-6-2019, ημέρα Δευτέρα, η οποία τυγχάνει η επόμενη εργάσιμη ημέρα της παρεκταθείσας καταληκτικής ημερομηνίας της 2-6-2019, ημέρας Κυριακής.

5. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017 και την με αρ. 554/2019 Πράξη της Προέδρου του Κλιμακίου.

6. Επειδή, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι υπέβαλε τεχνικά αποδεκτή προσφορά στον υπόψη διαγωνισμό, επομένως εύλογα προσδοκά ότι εάν απορριφθεί η προσφορά της εταιρίας «.....», τότε τούτη θα αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος της υπόψη σύμβασης.

7. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως αβάσιμη, διότι σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης, ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία του προσφεύγοντος από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

8. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων της σκέψης 5 της παρούσας και δη: α) εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας και της δυνατότητας υποβολής σχετικού αιτήματος από τον προσφεύγοντα, β) της διατύπωσης του όρου “*κατάλληλα μέτρα*”, όπως αυτός περιλαμβάνεται στις

Αριθμός απόφασης: Α 264/2019

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 του προσφεύγοντος, 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.

9. Επειδή, 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 ανεπανάρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης του προσφεύγοντος, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων 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.

10. Επειδή, αν τυχόν η προσφυγή 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

Αριθμός απόφασης: Α 264/2019

της αναθέτουσας αρχής, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμη απόφαση 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 συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του συγκεκριμένου σταδίου της προκηρυχθείσας διαδικασίας.

11. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της υπ' αρ. 825/2019 Πράξης της Προέδρου του 3ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 1-7-2019, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής για εύλογο χρόνο της προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή ή τρίτους.

12. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, δυνάμει του άρθρου 364 Ν.4412/2016 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας.

13. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή της περαιτέρω διαδικασίας του διαγωνισμού όσον αφορά την κατακύρωση της υπό ανάθεση δημόσιας σύμβασης έως και την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής. Η παράταση αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής 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 αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την ενδιάμεση και εντός του χρόνου της χορηγούμενης παρατάσεως, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής, που σωρεύεται στην συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, πρέπει να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού της υπό ανάθεση δημόσιας σύμβασης έως την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, με την επιφύλαξη έκδοσης απόφασης επί της προσφυγής ενδιαμέσως, οπότε αίρεται αυτοδίκαια οποιοδήποτε προσωρινό μέτρο.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 12-6-2019 και εκδόθηκε την 13-6-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΖΕΡΒΟΥ ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ