

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 30 Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου-Εισηγήτρια και
Μαρία- Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 18/1/2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 68/21.1.2019 της εταιρείας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Τμήματος Γ': και της υπ' αριθμ. Φ.478.6/9/3129/Α2/9-1-2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής η οποία εκδόθηκε στα πλαίσια διενέργειας του υπ' αρ. πρωτ. (ΑΔΑΜ: 2018- 06-08) ηλεκτρονικού, διεθνή, ανοικτού διαγωνισμού (αρ. διακήρυξης), για την για την «.....» (Τμήμα 2:, εκτιμώμενης αξίας 1.958.900,00€ προ ΦΠΑ (2.429.036,00€ με ΦΠΑ) Συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.:) κατά το μέρος που απερρίφθη η προσφορά της και αποκλείστηκε από τη περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης :Α 41 / 2019

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή, η οποία κατετέθη την 18/1/2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και αυθημερόν η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η με αριθ. Φ.478.6/9/3129/Α2/9-1-2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος αυτής που απέρριψε την προσφορά της προκειμένου να γίνει δεκτή η προσφορά της για το τμήμα 2 του διαγωνισμού. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

2. Επειδή το Τμήμα Γ΄:, ως αναθέτουσα αρχή, με τη με αρ. διακήρυξή του (αρ. πρωτ.) προκήρυξε ηλεκτρονικό, διεθνή, ανοικτό διαγωνισμό για την «.....» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 4.437.447,58€ προ ΦΠΑ (5.502.435,00 € με ΦΠΑ (24%)). Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται σε 3 τμήματα, με δικαίωμα των διαγωνιζομένων να υποβάλλουν Προσφορές για ένα ή περισσότερα τμήματα, αλλά για το σύνολο των ζητούμενων ειδών και ποσοτήτων κάθε τμήματος. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης εστάλη για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 5/7/2018, αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων / ΚΗΜΔΗΣ στις 6/6/2018 λαμβάνοντας ΑΔΑΜ: 2018- 06-08 και την 9/6/2018 καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. όπου έλαβε τους εξής συστημικούς αριθμούς: Τμήμα 1: (προϋπολογισμός: 2.062.323,39€ προ ΦΠΑ (2.557.281,00€ με ΦΠΑ (24%)) (συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. Τμήμα 2: (προϋπολογισμός: 1.958.900,00€ προ ΦΠΑ (2.429.036,00€ με ΦΠΑ (24%)) (συστημικός αριθμός Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.). Τμήμα 3: (προϋπολογισμός: 416.224,19€ προ ΦΠΑ (516.118,00€ με ΦΠΑ (24%))(συστημικός αριθμός

Αριθμός Απόφασης :Α 41 / 2019

Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.). Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η Τετάρτη 11/7/2018 και ώρα 15:00. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών η Τρίτη 17/7/2018 και ώρα 12:30 μ.μ Στον εν λόγω διαγωνισμό και συγκεκριμένα για το Τμήμα 2: για το οποίο ασκείται η παρούσα προδικαστική προσφυγή, υπέβαλλε προσφορά η προσφεύγουσα και οι εταιρείες και

3. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Φ.478.6/9/3129/A2/9-1-2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία επικυρώθηκαν τα πρακτικά 1/LOT1-2/17.7.2018, 2/LOT2/26.11.2018, 3/LOT2/29.11.2018 και 4/LOT2/10.12.2018 της επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης αποτελεσμάτων του διαγωνισμού τα οποία αφορούν την αποσφράγιση και τεχνική αξιολόγηση των προσφορών του διαγωνισμού, αποφασίστηκε για το τμήμα 2 του διαγωνισμού (με συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), η απόρριψη για τους λόγους που αναλυτικά αναφέρονται στα ανωτέρω πρακτικά, ήτοι επειδή «[...]η εταιρεία, έχει συμπεριλάβει στην προσφορά που κατέθεσε πρακτικό Δ.Σ. για έγκριση συμμετοχής στο διαγωνισμό (ψηφιακό αρχείο «1. Πρακτικό ΔΣ.pdf») το οποίο δεν είναι ψηφιακά υπογεγραμμένο, όπως ορίζει ρητά σύμφωνα με τα ανωτέρω η διακήρυξη του διαγωνισμού[...]», της προσφοράς της προσφεύγουσας εταιρείας (α/α προσφοράς συστήματος 103805) και η αποδοχή των προσφορών των εταιρειών: (α/α προσφοράς συστήματος 102745), (α/α προσφοράς συστήματος 101449), (α/α προσφοράς συστήματος 100174).

4. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, σύμφωνα με το άρθρο 5παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363παρ. 2 του Ν. 4412/2016, ποσού εννιά χιλιάδων επτακοσίων ενενήντα πέντε ευρώ (9.795,00€).

5. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του

άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

6. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 11.1.2019.

7. Επειδή η Προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, έχει δε υποβάλει προσφορά στο πλαίσιο της διενεργούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, με συνέπεια να υφίσταται βλάβη, κατά τα άρθρα 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη, λόγω της απόρριψης της προσφοράς της κατά το στάδιο αξιολόγησης των Δικαιολογητικών συμμετοχής και των Τεχνικών προσφορών.

8. Επειδή η Προσφεύγουσα μετά ταύτα αιτείται να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής.

9. 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»*.

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

11. 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).

12. 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».

13. 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.

14. Επειδή με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι εσφαλμένα και κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας και των όρων της διακήρυξης απερρίφθη η προσφορά της , ισχυριζόμενη ότι «[...]πέραν του γεγονότος ότι η εκπροσώπηση της εταιρίας μας από την προέκυπτε ευθέως από το συνυποβληθέν Αναλυτικό Πιστοποιητικό Εκπροσώπησης του ΓΕΜΗ (βλ. σε ηλεκτρονικά αρχεία «5. Αναλυτικό Πιστοποιητικό Εκπροσώπησης .pdf» ,ιδίως παραγρ. 8), σε κάθε περίπτωση το επίμαχο από 3-7- 2018 Πρακτικό του Δ.Σ. που δήλωσε, μεταξύ άλλων, η εταιρία μας με το ΕΕΕΣ ως ένα εκ των αποδεικτικών της εκπροσώπησής της, αποτελεί δικαιολογητικό (όπως άλλωστε και όλα τα υπόλοιπα κατατεθέντα νομιμοποιητικά έγγραφα), το οποίο απαιτείται να υποβληθεί κατά το στάδιο της κατακύρωσης και εφ' όσον αναδειχθεί η εταιρία μας προσωρινή ανάδοχος, συνεπώς όχι κατά την υποβολή της Προσφοράς της, όπως εσφαλμένα υπολαμβάνει η προσβαλλόμενη απόφαση και, ως εκ τούτου, η δήθεν μη έγκυρη κατά τον όρο 2.4.2.5 της Διακήρυξης ηλεκτρονική υποβολή του, ήτοι η υποβολή αυτού χωρίς ψηφιακή υπογραφή, δεν μπορεί να αποτελέσει λόγο αποκλεισμού της Προσφοράς μας[...]»

15. Επειδή ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή περί παραβίασης των όρων της διακήρυξης που συνετελέσθη με την προσβαλλομένη, οι οποίες δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμες, πλην χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του

διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, εκκρεμούντων και των σχετικών απόψεων της αναθέτουσας αρχής επί των αιτιάσεων της προσφεύγουσας, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

16. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας εκ της προόδου της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποσφράγιση και τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα καθώς θα διασφαλιστεί ότι θα συναγωνιστούν ως προς την οικονομική προσφορά, μόνο οι οικονομικοί φορείς των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής και το τεχνικό σκέλος της προσφοράς έχει κριθεί απολύτως νόμιμο ενώ παράλληλα καθιστά αλυσιτελή την αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

17. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη του αιτούντος από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι της υπό κρίση Προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της Προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αριθμός Απόφασης :Α 41 / 2019

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας για το ΤΜΗΜΑ 2: (με συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), του ηλεκτρονικού, διεθνή, ανοικτού διαγωνισμού (αρ. διακήρυξης- (ΑΔΑΜ: 2018- 06-08) του Τμήματος Γ': για την «.....», μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 30 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ ΚΟΥΡΗ

ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΙΔΟΥ