

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Νοεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλουπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων της από 20-11-2017 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/279/22-11-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) VI/45/22-11-2017 της εταιρίας με την επωνυμία «
», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «
»

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά ακυρωθεί η με αριθμό 77/49/9-11-2017 Απόφαση Συγκλήτου του Δημοκριτείου Πανεπιστημίου Θράκης, με την οποία έγιναν δεκτά τα πρακτικά της 1ης (από 01-11-2017) και 2ης (από 07-11-2017) συνεδρίασης της Επιτροπής του Διεθνούς Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού Ανοικτής Διαδικασίας, τα οποία ομοίως ζητά να ακυρωθούν, ως και να απορριφθεί η προσφορά του οικονομικού φορέα , η οποία δεν προσκόμισε τα νόμιμα δικαιολογητικά και έντυπα τεχνικής προσφοράς, όπως αναφέρεται ανωτέρω. Άλλως να επανεκτιμηθεί η συνολική βαθμολογία του ανωτέρω οικονομικού φορέα αφαιρουμένου του με αριθ. κυκλοφορίας

το οποίο δεν πληροί τις ελάχιστες προδιαγραφές της Διακήρυξης, με αντίστοιχη μείωση και των προσόντων της ανωτέρω εταιρίας.

Συγχρόνως, με το συνημμένο στην προδικαστική προσφυγή αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων του, ο αιτών επιδιώκει να ανασταλεί η πρόοδος της διαδικασίας του διαγωνισμού έως και την έκδοση οριστικής

Αριθμός απόφασης: Α55/2017

απόφασης επί της προσφυγής. Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα Σκέψη κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 20-11-2017 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα απόφασης έγκρισης πρακτικού τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών καθ' ο σκέλος αυτό έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του ως άνω έτερου διαγωνιζομένου. Ειδικότερα, ο προσφεύγων, ο οποίος έγινε αποδεκτός στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού δια της παραπάνω προσβαλλομένης, αιτιάται ότι ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος δεν προσκόμισε τα απαιραίτητα έγγραφα που απαιτούνταν επί ποινή απαραδέκτου από τη διακήρυξη του διαγωνισμού για τη στήριξη της τεχνικής προσφοράς και συγκεκριμένα ότι σε αντίθεση με τον ίδιο, ο έτερος διαγωνιζόμενος στη Βεβαίωση AMEA και το με αρ. πρωτ. έγγραφο Τεχνικού

Τμήματος Διεύθυνσης Μεταφορών και Επικοινωνιών ΠΕ Ξάνθης, γίνεται μόνο γενική αναφορά περί ύπαρξης ράμπας AMEA όσον αφορά τα προσφερόμενα λεωφορεία, χωρίς να αναφέρεται η δυνατότητα μεταφοράς δύο (2) τουλάχιστον αναπηρικών αμαξιδίων, όπως ρητά προβλέπει η Διακήρυξη και χωρίς να αναφέρεται εάν η ράμπες AMEA είναι σύμφωνες με τις κείμενες εσωτερικές διατάξεις, αλλά και με την Οδηγία 2001/85/EK του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, όπως ομοίως ρητά απαιτούσε το διευκρινιστικό έγγραφο που ανήρτησε εγκαίρως η Αναθέτουσα Αρχή και του οποίου έλαβε ή όφειλε να λάβει γνώση η ανωτέρω εταιρία. Τούτο καθόσον η ύπαρξη μία απλής ράμπας AMEA δεν σημαίνει αυτοδικαίως ότι αυτή έχει τις απαιτούμενες προδιαγραφές ασφαλείας που προβλέπει η εσωτερική και ευρωπαϊκή νομοθεσία. Γι αυτό άλλωστε η Αναθέτουσα Αρχή φρόντισε εγκαίρως να ζητήσει επιπλέον στοιχεία, τα οποία όμως δεν παρείχε η ανωτέρω εταιρία, σε αντίθεση με τον προσφεύγοντα και έτσι ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος μη νομίμως έγινε αποδεκτός, παρότι δεν καλύπτει η προσφορά του τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Περαιτέρω, ο προσφεύγων, επικουρικά, αιτιάται ότι το προσφερθέν από τον έτερο διαγωνιζόμενο με αρ.

λεωφορεία έπρεπε να εξαιρεθεί, διότι έχει δυνατότητα μεταφοράς 32 καθήμενων επιβατών, άρα λιγότερων από το ελάχιστο όριο των 35, που καθιερώνει η διακήρυξη. Επομένως, η προσβαλλόμενη θα έπρεπε να μη λάβει υπόψη της το ως άνω λεωφορείο και να καθορίσει χαμηλότερη συνολική βαθμολογία για τον έτερο διαγωνιζόμενο τόσο στο πεδίο του αριθμού λεωφορείου που θα δρομολογηθούν (A2), όσο και σε αυτό του τεχνικού εξοπλισμού που διαθέτει η επιχείρηση (B2). Αιτείται ούτως ο προσφεύγων, ότι σε κάθε περίπτωση θα πρέπει η προσβαλλόμενη να ακυρωθεί κατά το σκέλος της που κατά τα παραπάνω εσφαλμένα έλαβε υπόψη της το παραπάνω όχημα για τη διαμόρφωση βαθμολογίας του έτερο διαγωνιζόμενου και ειδικότερα κατά το μέρος της βαθμολογίας αυτού, στο οποίο αντιστοιχεί η υπερβάλλουσα του δέοντος κατά τα παραπάνω βαθμολογία που ο έτερος διαγωνιζόμενος έλαβε.

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 οιουδήποτε 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) εμπλεκομένων 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 εμπλεκομένων 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 εμπλεκομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, τρίτον τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την οποία ζημία που δύναται να προκληθεί από την αναστολή 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 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία .
και ποσού ευρώ 700,00 ευρώ, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του παραβόλου μέσω Τράπεζας Πειραιώς, η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου. Περαιτέρω, η Προσφυγή αφορά διαδικασία που προκηρύχθηκε βάσει της διακήρυξης ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων με συνολική εκτιμώμενη αξία 542.064,52 ευρώ άνευ ΦΠΑ και με εκτιμώμενη αξία τμήματος που αφορά η προσφυγή 122.122,16 ευρώ άνευ ΦΠΑ (Αντικείμενο 2: Ξάνθη), CPV , με ημ/νια αποστολής στην ΕΕΕΕ την 1-9-2017, δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 5-9-2017 με αρ. και στο ΚΗΜΔΗΣ την 6-9-2017 με μοναδικό ΑΔΑΜ Επομένως, υπάγεται βάσει

Αριθμός απόφασης: Α55/2017

της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση προς την ΕΕΕΕ, ο οποίος κατ' άρ. 61 Ν. 4412/2016 συνιστά και τον κρίσιμο χρόνο για την κατάγνωση έναρξης του διαγωνισμού, 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 παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 10-11-2017), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τη διαχειρίστρια-νόμιμο εκπρόσωπο του νομικού προσώπου, όπως προκύπτει και από το από 23-10-2017 και με αρ. πρωτ.

Πιστοποιητικό Ισχύουσας Εκπροσώπησης της ομόρρυθμης εταιρίας από το ΓΕΜΗ. Ο δε Προσφεύγων, παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού μετείχε στον διαγωνισμό με δικαιολογητικά-τεχνική προσφορά που κρίθηκε ως δεκτή για τα επόμενα στάδια, επομένως προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό έτερου ομοίως προκριθέντος στα επόμενα στάδια για το ίδιο Τμήμα διαγωνιζομένου. Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη. Ομοίως, δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους αντίθεσης της προσφοράς του έτερου διαγωνιζόμενου, με τη διακήρυξη, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους με αντιπαραβολή των εγγράφων του διαγωνισμού και των προσφορών των διαγωνιζομένων, εκτίμηση του περιεχομένου τους και ερμηνεία των σχετικών όρων της διακήρυξης προς υπαγωγή των ως άνω εγγράφων σε αυτούς. Επομένως, δεν πληρούνται οι όροι του αρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 38/2017 και συνεπώς δεν δύναται να αρθεί η αυτοδίκαιη εκ του νόμου αναστολή σύναψης σύμβασης, ενώ περαιτέρω χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 38/2017.

4. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας, αλλά και του έτερου διαγωνιζομένου, εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι του ανοίγματος οικονομικών προσφορών

Αριθμός απόφασης: Α55/2017

και επικύρωσης του οικείου όποιου πρακτικού, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας συμμετοχής στα επόμενα στάδια προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου ανοίγματος οικονομικών προσφορών τίθεται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της τεχνικής προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου, κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου της προσφυγής, αν ενδιαμέσως αυτός έχει τυχόν μειοδοτήσει και λάβει χώρα προσωρινή κατακύρωση υπέρ του, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της έγκρισης πρακτικού οικονομικών προσφορών άρα και προσωρινής κατακύρωσης, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, ενώ επιπλέον στην περίπτωση αυτή θα έχει μη νομίμως και ατελεσφόρως μεσολαβήσει και δημοσιοποίηση της οικονομικής προσφοράς του (η οποία θα αποφευγόταν, κατ' άρ. 100 παρ. 2 εδ. γ' Ν. 4412/2016, αν είχε κριθεί εξαρχής αποκλειστέος ή κριθεί με τυχόν Απόφαση της ΑΕΠΠ). Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της ίδιας της τεχνικής προσφοράς του βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, δεδομένου ότι το προκείμενο κριτήριο ανάθεσης είναι η συμφερότερη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας/τιμής, ακόμη και η τυχόν αποδοχή εν μέρει ή εν όλω του επικουρικού λόγου της προσφυγής και η συνακόλουθη κρίση περί μη νομίμου βαθμολόγησης της τεχνικής προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου, θα καταστήσει αυτόθροα μη νόμιμη την όποια τελική βαθμολόγηση της βάσει του λόγου Λ της σελ. 20 της διακήρυξης (Λ=Προσφερθείσα Τιμή/Βαθμολογία Τεχνικής Προσφοράς) προσφοράς αυτού, αφού θα οδηγήσει σε ακύρωση και συνακόλουθα τροποποίηση του παρονομαστή του ως άνω λόγου και έτσι θα καταστήσει μη νόμιμη και έωλη και την ίδια τη σύγκριση της βαθμολογίας των προσφορών, άρα και την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 51/24-11-2017

Πράξεως του Προέδρου δου Κλιμακίου για την 4-12-2017, ήτοι εντός λίαν συντόμου διαστήματος, 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 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.

5. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του ειδικοτέρου περιεχομένου του δευτέρου αιτήματος του προσφεύγοντος δεδομένης της κατά την ως άνω σκ. 2, αυτεπάγγελτης εξουσίας του Κλιμακίου επί της απόφασης διαταγής ως και της διαμόρφωσης του περιεχομένου του ανά περίπτωση προσωρινού μέτρου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοίᾳ αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφέροντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών και τελικής βαθμολόγησης προσφορών, ως και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και κατακύρωσης επ' αυτής, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης ή απεύθυνσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με το στάδιο αυτό και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου, επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα καταστούν αυτοδικαίως άκυρες.

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

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας διατάσσοντας ειδικότερα την αναστολή του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών ως και τελικής εξαγωγής βαθμολογίας προσφορών και μεταξύ τους κατάταξης, ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, πρόσκλησης σε προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατακύρωσης έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα και όλα τα σχετιζόμενα με τη Διαγωνιστική Διαδικασία όργανα αυτής, ως και τη Σύγκλητό της, όπως άμεσα ματαιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφασή και εν γένει ενέργειά τους περί την αξιολόγηση οικονομικών προσφορών και προσωρινή κατακύρωση, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού ή πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και αξιολόγηση ή και έγκρισή τους.

Διατάσσει την αναθέτουσα 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 στις 28-11-2017 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ/ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ