

προσφυγή 149.286,11 ευρώ, η οποία διαδικασία προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ./20-6-2019 διακήρυξη διεθνή ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, που απεστάλη για δημοσίευση στην την 6-6-2019 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 7-6-2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 8-6-2019 με συστημικό α/α

Με το συνημμένο στην προσφυγή του αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων αιτείται την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ., ποσού 930,00 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της εμπροθέσμως κατατεθείσας την 25-11-2019 Προσφυγής κατά της από 15-11-2019 κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα, εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών, στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης υπηρεσιών που λόγω εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Δια της προσφυγής του, ο προσφεύγων, που μετείχε μεταξύ άλλων στο τμήμα 6 της διαδικασίας και απεκλείσθη δια της προσβαλλομένης με την εξής αιτιολογία «γ) Η εταιρεία στον πρώτο έλεγχο που ζητήθηκε (επίδειξη Μαζικής Υπογραφής, λειτουρ-γικότητα συμβατή με τις απαιτήσεις 17 και 23 του Σχετικό με το Τμήμα 6 του διαγωνισμού Φύλλου Συμμόρφωσης) δεν μπόρεσε να επιδείξει την εν λόγω

λειτουργικότητα, αναφέροντας ότι: 1) Η υφιστάμενη υλοποίηση του λογισμικού της δεν υποστηρίζει μαζικές υπογραφές από token λόγω τεχνικής απαίτησης για πολλαπλή εισαγωγή του PIN, η οποία καθιστούσε τη λειτουργία μη πρακτική. 2) Η υφιστάμενη υλοποίηση του λογισμικού της υποστηρίζει μαζικές υπογραφές μόνο μέσω cloud signing, αλλά η επίδειξη ήταν αδύνατη λόγω της έλλειψης τέτοιας δυνατότητας στην ίδια την εταιρεία και στο demo περιβάλλον το οποίο χρησιμοποιούσε για την επίδειξη. Η Επιτροπή Αξιολόγησης Προσφορών ανέφερε στην εταιρεία ότι σύμφωνα με την προκήρυξη (Τμήμα 2.4.3.2, Τεχνική Προσφορά) η επίδειξη λειτουργικότητας πρέπει να γίνει κατά την ημερο-μηνία επίδειξης και αποτελεί κριτήριο πλήρωσης της τεχνικής ικανότητας του Οικονομικού Φορέα. Παράλληλα, ρώτησε την εταιρεία αν θα χρειαστεί κάποιο πρόσθετο χρόνο για την επίδειξη της λειτουργίας σε κάποιο άλλο, παραγωγικό περιβάλλον στο οποίο είχε ή θα αποκτούσε πρόσβαση. Μετά από ολιγόλεπτη διακοπή η εταιρεία ζήτησε να προχωρήσει με την επίδειξη των υπολοίπων λειτουργιών, έτσι ώστε στο ενδιάμεσο χρονικό διάστημα να μπορέσει να διασφαλίσει την επίδειξη της συγκεκριμένης λειτουργίας σε κάποιο άλλο παραγωγικό σύστημα. Μετά την επίδειξη των υπολοίπων λειτουργιών, και την ολοκλήρωση του προβλεπόμενου χρόνου (13:30) αλλά και την πάροδο επιπλέον χρονικής παράτασης (30 λεπτών), η εταιρεία δήλωσε στην Επιτροπή Αξιολόγησης Προσφορών ότι δε θα ήταν σε θέση να προχωρήσει στην επίδειξη της συγκεκριμένης λειτουργικότητας στο πλαίσιο της διαδικασίας αξιολόγησης την ίδια ημέρα, οπότε και η Επιτροπή Αξιολόγησης Προσφορών ενημέρωσε την εταιρεία ότι η μη συμμόρφωση οδηγεί στην απόρριψη της προσφοράς του Οικονομικού Φορέα. Κατά τη διάρκεια της παρουσίασης η εταιρεία απάντησε σε ερωτήσεις της Επιτροπής Αξιολόγησης Προσφορών, και των τεχνικών συμβούλων του που είχαν προσκληθεί. Επισημαίνεται ότι η Επιτροπής Αξιολόγησης Προσφορών εξέφρασε επιφυλάξεις για τη μη πλήρη συμμόρφωση του λογισμικού που επιδείχθηκε από την εταιρεία σε σχέση με ορισμένες άλλες λειτουργίες, οι οποίες δεν αναφέρονται στον παρόν πρακτικό λόγω της αδυναμίας συμμόρφωσης της εταιρείας με την πρώτη στη σειρά απαίτηση

λειτουργικότητας (επίδειξη Μαζικής Υπογραφής, λειτουργικότητα συμβατή με τις απαιτήσεις 17 και 23 του Σχετικό με το Τμήμα 6 του διαγωνισμού Φύλλου Συμμόρφωσης).», μετ' εννόμου συμφέροντος βάλλει κατά του ως άνω αποκλεισμού του, επικαλούμενος ότι κατά παράβαση του άρ. 102 Ν. 4412/2016 δεν αποδέχθηκε το αίτημα του κατά την παρουσίαση του εξ αυτού προσφερόμενου λογισμικού να παρασχεθεί σε αυτόν εύλογος χρόνος για την παραμετροποίηση του λογισμικού και προέβη στον αποκλεισμό του, επιδεικνύοντας δε και εις βάρος του μεροληψία. Περαιτέρω, μετ' εννόμου συμφέροντος στρέφεται και κατά το δεύτερο σκέλος της προσφυγής του κατά της αποδοχής του μόνου αποδεκτού διαγωνιζόμενου στο ίδιο τμήμα, ήτοι της ένωσης, επικαλούμενος ότι πρώτον, η τεχνική προσφορά του δεν εξηγεί ή σε κάθε περίπτωση δεν εξηγεί επαρκώς πώς καλύπτονται οι απαιτήσεις υπ' άρ. 17 και 23 και δεύτερον, παραβιάζει την απαίτηση 34 του ΠΙΝΑΚΑ ΣΥΜΜΟΡΦΩΣΗΣ, αφού αυτή ορίζει την υποχρέωση πλήρωσης συγκεκριμένου διεθνούς προτύπου, ήτοι του 2.0 που δεν καλύπτεται. Επιπλέον, το έννομο συμφέρον του προς αμφισβήτηση της αποδοχής του, όπως ορθώς ο προσφεύγων επικαλείται είναι ανεξάρτητο της αποδοχής του πρώτου ως άνω σκέλους κατά του αποκλεισμού του, αφού αν το πρώτο αυτό σκέλος γίνει δεκτό και επανέλθει ούτως στη διαδικασία προδήλως θα ευνοείται από τον αποκλεισμό του μόνου έτερου αποδεκτού μετέχοντος, ενώ αν απορριφθεί και παραμείνει ούτως αποκλεισμένος, πλην όμως όχι εισέτι οριστικώς αποκλεισμένος και πάλι θα ευνοείται από τον αποκλεισμό του μόνου αποδεκτού μετέχοντος και άρα τη ματαίωση του διαγωνισμού, σύμφωνα με την παγία πλέον σχετική νομολογία του ΣτΕ και της ΑΕΠΠ. Επομένως, η προσφυγή δεν προκύπτει ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη και συνεπώς δεν τυγχάνει εφαρμογής η περίπτωση του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, αλλά είναι εξεταστέα περαιτέρω η τυχόν επιβολή προσωρινών μέτρων, της περίπτωσης του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017.

3. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και του προσωρινού αναδόχου εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη

της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι της κατακύρωσης, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α19 και Α101/2017). Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας αποδοχής του προσωρινού αναδόχου ή του προσφεύγοντος στο στάδιο ήδη των προηγούμενων σταδίων, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου κατακύρωσης τίθενται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της πρώτης, άρα και κρίση του παρανόμου της αποδοχής της προσφοράς του νυν προσωρινού αναδόχου ή του αποκλεισμού του προσφεύγοντος, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης στον τελευταίο, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, εκθέτοντας εξάλλου αυτήν σε κίνδυνο άσκησης εκ μέρους της τελευταίας και αποζημιωτικών αιτημάτων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 16/2017). Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της συμμετοχής στα προηγούμενα στάδια του νυν προσωρινού αναδόχου και η νομιμότητα του αποκλεισμού του προσφεύγοντος, βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει η προσφυγή, ο νυν ανακηρυχθείς προσωρινός ανάδοχος θα έχει υποβληθεί ασκόπως στον φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή του αυτή θα ακυρωθεί δια της εκδοθησόμενης αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. ή και θα ανακληθεί από την αναθέτουσα. Υπενθυμίζεται δε ότι σε περίπτωση οριστικοποίησης της κατακύρωσης, ναι μεν η Α.Ε.Π.Π. δεν εμποδίζεται να προβεί σε ακύρωση αυτής, ο δε προσφεύγων να την προσβάλει, πλην όμως ο ακυρωθείς οριστικός ανάδοχος ενδέχεται να αποκτήσει πιθανά αγωγικά δικαιώματα αποκλειστικά κατά της ίδιας της αναθέτουσας, καθώς σε τέτοια περίπτωση θα έχει προβεί σε

αφιέρωση πόρων και πιθανώς απώλεια επιχειρηματικών ευκαιριών προς τον σκοπό και με την εύλογη προσδοκία της υπό σύναψη συμβάσεώς του με την τελευταία, η οποία όμως θα ήταν εξαρχής αδύνατη εάν τελικώς γίνει δεκτή η προσφυγή, και απλώς παρέστη ως πιθανή και λίαν υλοποιήσιμη, ακριβώς λόγω των μη νομίμων πράξεων της αναθέτουσας που μεσολάβησαν μεταξύ των προσβαλλομένων και την έκδοση της απόφασης. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1814/2019 Πράξεως Προέδρου 1ου Κλιμακίου για την 18-12-2019, αλλά και του αποκλειστικού διαστήματος στο οποίο η εξέταση μπορεί να λάβει χώρα κατ' άρ. 365 παρ. 4 και 8 Ν. 4412/2016, ήτοι εντός 40 ημερών από την άσκηση της προσφυγής, σε κάθε περίπτωση και ακόμη και αν αναβληθεί ή ματαιωθεί η ως άνω εξέταση, 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 αρχή, στον νυν προσωρινή ανάδοχο, τον προσφεύγοντα 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. Σε κάθε περίπτωση, η εν προκειμένω χορήγηση προσωρινού μέτρου ανασταλτικού χαρακτήρα, η οποία, δεδομένων των παραπάνω, θα καλύπτει το διάστημα από την έκδοση της παρούσας έως και την έκδοση απόφασης, παρίσταται ως σκόπιμη, προεχόντως προς προστασία των ιδίων των συμφερόντων της αναθέτουσας, ιδίως δε από ακούσια πρόκληση ζημίας στην ίδια ή τον προσωρινό ανάδοχο από τυχόν κατακύρωση, η οποία πιθανόν να καταστεί μη νόμιμη δια της ακυρώσεως των προσβαλλόμενων πράξεων.

4. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο, έχει και αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων. Ούτως, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία 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 όσον αφορά το τμήμα 6 του διαγωνισμού και συγκεκριμένα, ειδικώς για το τμήμα αυτό, η αναστολή του σταδίου συλλογής δικαιολογητικών κατακύρωσης και οριστικής κατακύρωσης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση ή ανάκληση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης πρακτικού, έκδοσης πράξης για προσκόμιση δικαιολογητικών ή αξιολόγηση ή έγκριση αυτών, σχετικώς με το στάδιο αυτό και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί αποδοχής της προσφοράς του νυν προσωρινού αναδόχου, πράξεις, θα καταστούν αυτοδικαίως μη νόμιμες (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α95/2017).

5. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να διαταχθούν προσωρινά μέτρα με το περιεχόμενο της αμέσως προηγούμενης σκέψης.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη του σταδίου κατακύρωσης, ως και της διαδικασίας προσκόμισης-παραλαβής από την προσωρινή ανάδοχο, αξιολόγησης και έγκρισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, όσον αφορά το τμήμα 6 του διαγωνισμού, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή και όλα τα σχετιζόμενα με τη διαγωνιστική διαδικασία όργανα αυτής, όπως όσον αφορά το τμήμα 6 του διαγωνισμού, άμεσα ανακαλέσουν και ματαιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφαση και εν γένει ενέργειά τους περι

τη συλλογή από την προσωρινή ανάδοχο και την αξιολόγηση δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού και έκδοση πράξης οριστικής κατακύρωσης και ανακήρυξης οριστικού αναδόχου.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως άμεσα διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω παρατάσεως και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, καθώς και όπως ενημερώσει πάραυτα την προσωρινή ανάδοχο για την αναστολή που δια της παρούσας χορηγήθηκε ως προς τη διαδικασία οριστικής κατακύρωσης σε αυτήν και ως προς την υποχρέωση της για προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2-12-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΙΩΤΗ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ