

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου Εισηγήτρια και
Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλο;

Για να εξετάσει αυτεπαγγέλτως το περί προσωρινών μέτρων ζήτημα επί
της από 30-12-2019 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης
(ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1610/31-12-2019
του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «», νομίμως
εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «», νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την
ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 19-12-2019, Απόφασης με αρ.
πρωτ. 2252.1.1/90905/19, καθ' ο μέρος και κατ' έγκριση του
οικείου πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού, απέρριψε την προσφορά του και
έκρινε ως αποδεκτή αυτή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «
.....» για τη δρομολογιακή γραμμή με α/α του Πίνακα
Δρομολογίων του Παραρτήματος IV της με αρ. Προκήρυξης
Αρχικού Μειοδοτικού Διαγωνισμού για την εξυπηρέτηση δρομολογιακών
γραμμών με σύναψη σύμβασης ή συμβάσεων ανάθεσης δημόσιας υπηρεσίας
διάρκειας από 1/11/2019 μέχρι 31/10/2020 για τις συμβάσεις ενός έτους ή μέχρι
31/10/2023 για τις συμβάσεις τετραετούς διάρκειας», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ
αξίας από 50.995.473,99 έως 66.843.889,99 ευρώ, η οποία απεστάλη για

δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 24-9-2019 και δημοσίευθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 26-9-2019.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

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 974,25 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ». Εξάλλου, κατ' άρ. 361 παρ. 1 εδ/ γ' Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «*Αν τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, κατατίθεται παράβολο ύψους εξακοσίων (600) ευρώ.*», εν προκειμένω δε, η εκτιμώμενη αξία του δρομολογίου που αφορά η προσφυγή « και επιστροφή», δεν είναι εκ των προτέρων ορισμένη, αλλά κυμαίνεται αναλόγως κατηγορίας πλοίου (κατηγορία 1 686,19 ευρώ, κατηγορία 2 561,29 ευρώ και κατηγορία 3 249,03 ευρώ), το δε μίσθωμα αναπροσαρμόζεται κατά το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ V της διακήρυξης, ενώ και κατά το Κεφ. V ΔΙΕΞΑΓΩΓΗ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ, η ανώτατη διάρκεια της σύμβασης κυμαίνεται από 1 έως 2 και 4 έτη, αναλόγως κατηγορίας του πλοίου (κατηγορία 3, 2 και 1 αντίστοιχα) και άρα, δεν υπάρχει βεβαία και συγκεκριμένη προϋπολογισθείσα αξία για την υπό ανάθεση σύμβαση που αφορά η προσφυγή. Κατ' αποτέλεσμα, ασχέτως του ότι εν προκειμένω κατεβλήθη μεγαλύτερο παράβολο, το οφειλόμενο ήταν σε κάθε περίπτωση 600,00 ευρώ και άρα, σε κάθε περίπτωση παραδεκτά ως προς το παράβολο, ασκείται η προσφυγή.

2. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της εμπροθέσμως κατατεθείσας την 30-12-2019 (κατά παρέκταση στην αμέσως επόμενη εργάσιμη

ημέρα, από την Κυριακή 29-12-2019) Προσφυγής κατά της από 19-12-2019 κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα, εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης προμήθειας αγαθών, που λόγω εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Δια της προσφυγής του, ο προσφεύγων μετ' εννόμου συμφέροντος βάλλει κατά της αποδοχής του μόνου έτερου διαγωνιζομένου στην ίδια δρομολογιακή γραμμή, επικαλούμενος κατά τον πρώτο λόγο της προσφυγής ότι αφενός κατά παράβαση της παρ. 3Α περ. ι. Κεφ. ΙΙ του Παραρτήματος Ι της διακήρυξης δεν υπέβαλε με την προσφορά του πιστοποιητικό της αρμόδιας αρχής περί του ότι ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού είναι ασφαλιστικά ενήμερος ως προς την κύρια και επικουρική ασφάλιση, αφετέρου κατά την περ. ΙΙ της ίδιας ως άνω παραγράφου υποβλήθηκε σχετικά με τη μη υπαγωγή σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή αναγκαστικής διαχείρισης, πιστοποιητικό αρμόδιας αρχής, αλλά ένορκη βεβαίωση συμβολαιογράφου, χωρίς να προσαρτηθεί εκεί επίσημη βεβαίωση αρμόδιας αρχής περί με εκδόσεως οικείων εγγράφων ή περί μη κάλυψης εξ αυτών των περιπτώσεων της ως άνω περ. ΙΙ της παραπάνω παρ. 3Α, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του ο ως άνω οικονομικός φορέας κλήθηκε από την αναθέτουσα και υπέβαλε διευκρινίσεις, χωρίς να κοινοποιηθεί στον προσφεύγοντα η οικεία πρόσκληση υποβολής των διευκρινίσεων, κατ' αδικαιολόγητα ευνοϊκή μεταχείριση, με τον τρίτο δε λόγο ότι ο ως άνω οικονομικός φορέας δεν ανέφερε στην αίτηση συμμετοχής του τα δύο σκέλη της δρομολογιακής γραμμής κατά παράβαση της παρ. 2 του παραπάνω Κεφ. ΙΙ, κατά τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, ότι κατά παράβαση του Κεφ. V παρ. 18 Παραρτήματος Ι, στον πίνακα της Επιτροπής Διαγωνισμού δεν περιλαμβάνεται βαθμολόγηση των προσόντων των συμμετεχόντων πλοίων και δη, δεν βαθμολογήθηκαν τα προσόντα των πλοίων και, όπως δεν περιλαμβάνονται στο οικείο από 4-12-2019 Πρακτικό Επιτροπής Διαγωνισμού, οι κατηγορίες των πλοίων με τα οποία συμμετείχαν οι διαγωνιζόμενοι, τα έτη της σύμβασης και η ύπαρξη πλοίου αντικατάστασης.

Τέλος, με τον πέμπτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι με αντιφατική, σε κάθε δε περίπτωση ελλιπή αιτιολογία απερρίφθη η προσφορά του, ενώ εξάλλου, χωρίς έρεισμα στη διακήρυξη αυτή εκρίθη ως μη προκριτέα διότι «προηγείται προσφορά έτερου πλοίου ανώτερης κατηγορίας», ενώ η αναθέτουσα όφειλε να προκρίνει στην επόμενη φάση της διαδικασίας, δηλαδή στο άνοιγμα οικονομικών προσφορών όλες τις προσφορές που πληρούν τις προϋποθέσεις της προκήρυξης, μόνο δε κατά το στάδιο αυτό δύναται η τυχόν ύπαρξη πλοίων διαφορετικής κατηγορίας να επηρεάσει τη διαδικασία.

3. 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 αρ. 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 αιτήσεως 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 οιοδήποτε 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 αρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του αρ. 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 εμπλεκόμενων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, τρίτον τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την όποια ζημία που δύναται να προκληθεί από το προσωρινό μέτρο 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).

4. Επειδή, συνεπεία όσων αναφέρθηκαν στη σκ. 2 και σε συνδυασμό με τα μνημονευθέντα στη σκ. 3, η προσφυγή δεν προκύπτει ως προδήλως απαράδεκτη ούτε ως προδήλως αβάσιμη, δεδομένου εξάλλου ότι περιέχει καταρχήν στοιχειοθετημένους και ορισμένους λόγους που χρήζουν περαιτέρω εξέτασης ομού μετά των Απόψεων και της τυχόν παρέμβασης και σε συνδυασμό με τα έγγραφα της διαδικασίας, εξέταση που δεν δύναται να λάβει χώρα στο όλως επιταχυμένο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας. Επομένως, δεν συντρέχει περίπτωση διάγνωσης λόγου προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου, τουλάχιστον στο όλως περιορισμένο πεδίο εξέτασης περί προδήλου λόγου απόρριψης που αφορά το στάδιο της διαδικασίας εξέτασης περί χορήγησης προσωρινών μέτρων από την ΑΕΠΠ. Ούτως, δεν χωρεί επί οιασδήποτε εξ αυτών άρση αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης κατ' άρ. 15 παρ. 3, αλλά αντίθετα χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και του καθ' ου η προσφυγή έτερων διαγωνιζομένου εκ της συνέχισης του

διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι του ανοίγματος οικονομικών προσφορών και επικύρωσης του οικείου όποιου πρακτικού, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας συμμετοχής ή αποκλεισμού από τα επόμενα στάδια προσφοράς διαγωνιζομένου, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου οικονομικών προσφορών τίθεται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της κρίσης περί του παραδεκτού ή απαραδέκτου προσφοράς κάποιου προσφέροντος, αν ενδιάμεσως λάβει χώρα, αποσφράγιση οικονομικών προσφορών και ούτως αξιολογηθούν τελικώς οι προσφορές και λάβει χώρα προσωρινή κατακύρωση υπέρ κάποιου, 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. Περαιτέρω, η τυχόν κρίση περί μη νόμιμης αποδοχής διαγωνιζομένου ήδη κατά το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, εάν μεσολαβήσει τυχόν αποσφράγιση οικονομικής προσφοράς του, διακινδυνεύει τη νομιμότητα της διαδικασίας και τον διαγωνισμό με ματαίωση, αφού το ύψος της οικονομικής προσφοράς αυτόνοητα ενδέχεται να επηρεάσει το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στο προηγούμενο στάδιο, εφόσον κατ' αποδοχή τυχόν της προσφυγής, η διαδικασία επανέλθει σε αυτό. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 5/2020 Πράξεως Προέδρου 1ου Κλιμακίου για την 20-1-2020, 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.

6. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε της ύπαρξης ή μη ή και του ανά περίπτωση ειδικότερου περιεχομένου του αιτήματος του προσφεύγοντος δεδομένης της 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 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 επί της δρομολογιακής γραμμής με α/α ... του διαγωνισμού, την οποία αφορά η προσφυγή και συγκεκριμένα, η επ' αυτής αναστολή του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, ως και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και κατακύρωσης, 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 ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί της αποδοχής εκάστου εκ των ως άνω έτερων διαγωνιζομένων κατά το στάδιο τεχνικών προσφορών, επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα καταστούν άκυρες.

5. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτό το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων και δη με το ως άνω κατά τη σκ. 4 ειδικότερο περιεχόμενο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας διατάσσοντας ειδικότερα την αναστολή του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, πρόσκλησης σε προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατακύρωσης, όσον αφορά τη δρομολογιακή γραμμή με α/α ... της διαδικασίας, έως και την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα και όλα τα σχετιζόμενα με τη Διαγωνιστική Διαδικασία όργανα αυτής, όπως άμεσα μταιώσουν 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 αποσφράγιση και 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, όσον αφορά τη δρομολογιακή γραμμή με α/α ... της διαδικασίας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 3-1-2020 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΙΩΤΗ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ