

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Δεκεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων της από 8-12-2017 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/338/8-12-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) [redacted] της εταιρίας με την επωνυμία «[redacted]», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «[redacted]» («[redacted]»)

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά την ακύρωση της υπ' αριθμ. 14999/430 Συν. 30.11.2017 Απόφασης Δ.Σ. [redacted] και της εξ αυτής αποδοχής των προσφορών των οικονομικών φορέων «[redacted]» και «[redacted]». 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 απόφασης επί της προσφυγής, άλλως τη διαταγή κάθε πρόσφορου μέτρου που διασφαλίζει τη νομιμότητα της διαδικασίας και τη μη επέλευση βλάβης στον ίδιο. Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 8-12-2017 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα απόφασης έγκρισης

Αριθμός Απόφασης: Α74/2017

πρακτικού τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών καθ' ο σκέλος αυτό δια της εγκρίσεως του Πρακτικού 2/28-11-2017 της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού της Κ.Υ. () έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές των ως άνω έτερων δύο διαγωνιζομένων. Ειδικότερα, ο προσφεύγων αιτιάται όσον αφορά την απόρριψη της προσφοράς του πρώτου ως άνω έτερου διαγωνιζόμενου () ότι αυτός παρέλειψε να συμπληρώσει τα κριτήρια του Μέρους III Ενότητα Γ' «Παραβίαση Υποχρεώσεων στον Τομέα του Κοινωνικού Δικαίου» και «Διακανονισμός με Πιστωτές» του ΕΕΕΣ αν και κατά το άρθρο 2 της διακήρυξης η συμπλήρωσή τους ήταν υποχρεωτική, ενώ προβλέπεται και ως υποχρεωτική κατά το άρ. 18 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, όπως το ίδιο το ΕΕΕΣ αναφέρει. Περαιτέρω, παρέλειψε να συμπληρώσει και το Μέρος V «Περιορισμός των πληρούντων τα κριτήρια επιλογής υποψηφίων». Ο δε δεύτερος ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος () προέβη και αυτός στη δεύτερη παραπάνω παράλειψη. Ως εκ τούτου και δεδομένου ότι οι παραλείψεις αυτές ήταν ουσιώδεις, η αναθέτουσα έσφαλε μην προβαίνοντας στον αποκλεισμό τους, κατά παράβαση της αρχής της τυπικότητας και της διαφάνειας, παρότι μάλιστα οι σχετικές ελλείψεις εντοπίστηκαν από την Επιτροπή του Διαγωνισμού κατά το Πρακτικό υπ' αρ. 2 αυτής, ζητήματος που η επικυρωτική του πρακτικού προσβαλλόμενη όμως, δεν απάντησε τίποτα ούτε έκρινε τις παραλείψεις ως τυχόν επουσιώδεις, τελώντας έτσι και σε έλλειψη αιτιολογίας. Ως εκ τούτου ο προσφεύγων αιτείται τον δια της αντίστοιχης ακυρώσεως της προσβαλλομένης, αποκλεισμό των ως άνω έτερων διαγωνιζομένων.

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 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 αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόν παρεμβαίνοντος ή της αναθέτουσας. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων, όπως κρίθηκε και στην

Αριθμός Απόφασης: Α74/2017

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) εμπλεκόμενων 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 εμπλεκόμενων 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 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 [redacted] και ποσού ευρώ 2.000,00 ευρώ, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του παραβόλου μέσω της [redacted] η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου. Περαιτέρω, η Προσφυγή αφορά διαδικασία που προκηρύχθηκε (CPV [redacted]) με τη [redacted] Διακήρυξη διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «Παροχή Υπηρεσιών [redacted]» διάρκειας ενός έτους και προϋπολογισμού 400.000 ευρώ άνευ ΦΠΑ με κριτήριο αξιολόγησης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 18-10-2017 και δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ [redacted] την [redacted] και στο ΕΣΗΔΗΣ την [redacted] με συστημικό α/σ [redacted]. Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση προς την ΕΕΕΕ, 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 την 8-12-2017, κατά το αρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 1-12-2017), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον Διευθύνοντα Σύμβουλο του νομικού προσώπου. 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 κρίθηκαν δια της προσβαλλομένης δκετά και συνεπώς προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό έτερων ομοίως προκριθέντων στα επόμενα στάδια διαγωνιζομένων (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017). Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη. Ομοίως, δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους αντίθεσης της προσφοράς κάθε ενός από τους έτερους διαγωνιζόμενους, με τη διακήρυξη, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη

Αριθμός Απόφασης: Α74/2017

βασιμότητά τους με αντιπαραβολή των εγγράφων του διαγωνισμού και των ΕΕΕΣ των διαγωνιζομένων, εκτίμηση του περιεχομένου τους και ερμηνεία των σχετικών όρων της διακήρυξης, σε συσχέτιση με τις οικείες νομοθετικές διατάξεις, 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 των έτερων διαγωνιζομένων, 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 στα επόμενα στάδια προσφοράς 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 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 εξ αρχής αποκλειστέος ή κριθεί με τυχόν Απόφαση της ΑΕΠΠ). Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφολωρήσει 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

Αριθμός Απόφασης: Α74/2017

βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, δεδομένου ότι το προκείμενο κριτήριο ανάθεσης είναι η συμφερότερη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας/τιμής, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής έστω και κατά ενός από τους δύο έτερους διαγωνιζόμενους θα καταστήσει αυτόθροα μη νόμιμη την όποια τελική βαθμολόγηση όλων των μετεχόντων, αφού εκτός των άλλων, όλες οι τεχνικές προσφορές λαμβάνονται υπόψη για τον υπολογισμό του δείκτη $BTΠ_{max}$, επί του οποίου εξάγεται ο δείκτης σχετικού βαθμού κάθε ενός διαγωνιζόμενου, $\Sigma BTΠ (= 100 * BTΠ/BTΠ_{max})$, ο οποίος με τη σειρά του συνυπολογίζεται στον τελικό αλγόριθμο βαθμολόγησης κάθε ενός διαγωνιζόμενου ($0,75 \times \Sigma BTΠ + 0,25 \times \Sigma ΒΟΠ$), ενώ συγχρόνως και ο δείκτης σχετικού βαθμού οικονομικής προσφοράς κάθε διαγωνιζόμενου ($\Sigma ΒΟΠ$) εξαρτάται από τη συσχέτισή του με τις οικονομικές προσφορές των άλλων διαγωνιζομένων και ειδικά τη μικρότερη οικονομική προσφορά ($\Sigma ΟΠ_{min}$), αφού $\Sigma ΒΟΠ = 100 * \Sigma ΟΠ_{min} / \Sigma ΟΠ$, σύμφωνα με όσα ορίζει το Παράρτημα Β της Διακήρυξης. Έτσι, κινδυνεύει αφενός από το άνοιγμα οικονομικών προσφορών προτού κριθεί η νομιμότητα του σταδίου των τεχνικών προσφορών, αφετέρου από τη λήψη υπόψη κατά την τελική βαθμολόγηση αποκλειστέων τεχνικών προσφορών, να καταστεί μη νόμιμη και έωλη η ίδια η σύγκριση της βαθμολογίας των προσφορών, η εξαγωγή τελικού βαθμού άρα και η ανάδειξη προσωρινού αναδόχου. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 67/13-12-2017 Πράξεως του Προέδρου βου Κλιμακίου για την 22-12-2017, ήτοι εντός λίαν συντόμου διαστήματος (με μόλις εικοσαήμερη αποκλειστική προθεσμία έκδοσης Απόφασης κατ' άρ. 18 παρ. 3 ΠΔ 39/2017), 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 ειδικότερου περιεχομένου του 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 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 και συγκεκριμένα του 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 κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί της αποδοχής της προσφοράς έτερου διαγωνιζομένου, επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα καταστούν αυτοδικαίως άκυρες.

6. 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.

Αριθμός Απόφασης: Α74/2017

Διατάσσει την αναθέτουσα και όλα τα σχετιζόμενα με τη Διαγωνιστική Διαδικασία όργανα αυτής, 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 αποσφράγιση, 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 13-12-2017 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ



Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ

