

H

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6° KAIMAKIO

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Δεκεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση: Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Κουρή Σταυρούλα και Πουλοπούλου Αγγελική, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από
15-12-2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής
Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 362/15-12-2017 και Ειδικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) VI/64/15-12-2017 του προσφεύγοντος με την
επωνυμία « » με δ.τ. « »

Κατά της

Με την Προδικαστική Προσφυγή ο αιτών επιδιώκει την ακύρωση της της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 5-12-2017 υπ' αριθμ. 2379/28-11-2017 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής αυτής, με την οποία εγκρίθηκαν τα συμπροσβαλλόμενα πρακτικά της 13-10-2017, 20-10-2017 και 7-11-2017 της Επιτροπής Διαγωνισμού, σχετικά με το στάδιο τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών, κατά το σκέλος της με το οποίο απέρριψε την προσφορά του όσον αφορά τις Ομάδες Α και Β του ανοικτού ηλεκτρονικού δημόσιου διεθνή διαγωνισμού με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας/τιμής για την επιλογή αναδόχου όσον αφορά την «Πραγματοποίηση εκδηλώσεων της Δ/σης

Τουρισμού της Περιφέρειας Κεντρικής Μακεδονίας στο εσωτερικό και το εξωτερικό». Περαιτέρω, ζητά την αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη του σταδίου αποσφράγισης οικονομικών προσφορών και σε κάθε περίπτωση της έγκρισης τυχόν οικείου πρακτικού, έως την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής. Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέψη κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 15-12-2017 και κοινοποιηθείσας στην ΑΕΠΠ την ίδια ημέρα, Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 5-12-2017 με αρ. 2379/28-11-2017 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας περί περάτωσης σταδίου τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών, ο δε προσφεύγων στρέφεται κατά της καθ' ο μέρος αυτή τον απέκλεισε από τις Ομάδες Α και Β του ανοικτού ηλεκτρονικού δημόσιου διεθνή διαγωνισμού με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας/τιμής για την επιλογή αναδόχου όσον αφορά την «Πραγματοποίηση εκδηλώσεων της Δ/σης Τουρισμού της Περιφέρειας Κεντρικής Μακεδονίας στο εσωτερικό και το εξωτερικό», προϋπολογισμού 113.709,68 ευρώ άνευ ΦΠΑ. Ο προϋπολογισμός των Ομάδων Α και Β που αφορά η προσφυγή ανέρχεται σε ευρώ άνευ ΦΠΑ σε 24.193,55 και 10.483,87 αντίστοιχα. Ειδικότερα, ο προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής του στρέφεται κατά του αποκλεισμού του από την Ομάδα Α, επί τη βάσει ότι κατά παράβαση του όρου 2.2.5 της διακήρυξης περί κριτηρίων ποιοτικών επιλογής ως προς την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια, υπέβαλε μη επικυρωμένη υπεύθυνη δήλωση του φωτογράφου . ως προς την εκ μέρους του πνευματική ιδιοκτησία επί του υλικού που προσκομίστηκε για την αξιολόγηση προσφοράς, σφάλμα που κατά την αναθέτουσα δεν ήταν δεκτικό

συμπλήρωσης βάσει του άρ. 102 Ν. 4412/2016. Όμως, κατά τον προσφεύγοντα, ο οποίος συνομολογεί την παραπάνω έλλειψή του ως τυπική, η αναθέτουσα έσφαλε διότι είχε υποβάλει πλήρη δικαιολογητικά και όσον αφορά τον ίδιο ως φωτογράφο, πλην όμως η αναθέτουσα, αφού βρήκε την ως άνω έλλειψη όσον αφορά τον , δεν αξιολόγησε την προσφορά του με βάση τον ίδιο τον προσφεύγοντα ως φωτογράφο. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του, βάλλει κατά του αποκλεισμού του από την Ομάδα Β, ο οποίος ερείδεται στο ότι δεν προσκόμισε δείγμα δουλειάς κατά παράβαση της σελ. 17 της διακήρυξης και του εγγράφου με αρ. πρωτ. /29-9-2017 της αναθέτουσας. Πλην όμως, ο ίδιος αιτιάται ότι είχε υποβάλει τέτοιο δείγμα με το αρχείο “ ” το οποίο η αναθέτουσα δεν έλαβε υπόψη, ενώ περαιτέρω η αναθέτουσα εσφαλμένα εφάρμοσε αναλογικώς τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής περί την τεχνική και επαγγελματική επάρκεια που ίσχυαν για την Ομάδα Α', ενώ όσον αφορά την Ομάδα Β αρκούσε πιστοποίηση παρόμοιας εργασίας. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι δεν αναρτήθηκε ποτέ το ως άνω έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και σε κάθε περίπτωση ουδέποτε έλαβε γνώση αυτού.

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 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 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 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 (με αρ. ποσού 600,00 ευρώ), το οποίο πληρώθηκε από 15-12-2017 μέσω εμβάσματος της Τράπεζας Πειραιώς, η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου. Περαιτέρω, η Προσφυγή αφορά διαδικασία (CPV , , , και) που

διακηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. Διακήρυξη και δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 14-9-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 4-10-2017 με συστημικό α/α.

Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση της διακήρυξης στην 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 κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 5-12-2017), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον προσφεύγοντα-φυσικό πρόσωπο. Ο δε Προσφεύγων, παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό ως προς τις Ομάδες Α και Β με τα προσβαλλόμενα εξ αυτού σκέλη της προσβαλλομένης απόφασης. Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη. Ομοίως, δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους σφάλματος της κρίσης της αναθέτουσας, λόγω εσφαλμένης ερμηνείας των όρων της διακήρυξης, πλάνη περί τα πράγματα και εσφαλμένη αιτιολογία, οι οποίοι λόγοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους με αντιπαραβολή των εγγράφων που κατέθεσε αυτός και ερμηνεία ως και υπαγωγή τους ως προς τους όρους της διακήρυξής. 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 κάθε τρίτου συμμετέχοντος, 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 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 κρίσης περί του απαραδέκτου προσφοράς του προσφεύγοντος αν ενδιαμέσως λάβει χώρα αποσφράγιση οικονομικών προσφορών και ούτως αξιολογηθούν τελικών οι προσφορές και λάβει χώρα προσωρινή κατακύρωση υπέρ τρίτου, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της τελικής βαθμολόγησης, ως και 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. Εξάλλου, ετεροχρονισμένη αποσφράγιση οικονομικής προσφοράς μεμονωμένου μετέχοντος, ήτοι σε χρόνο ύστερο της αποσφράγισης των υπολοίπων δεν είναι δυνατή, άρα κατ' αποτέλεσμα η τυχόν δικαίωση του προσφεύγοντος, αν έχει προχωρήσει η διαδικασία, θα διακινδυνεύσει τον διαγωνισμό με ματαίωση. 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. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 71/2017 Πράξεως του Προέδρου δου Κλιμακίου για την 29-12-2017, ήτοι εντός λίαν συντόμου διαστήματος, η οποία 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 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 όσον αφορά τα Τμήματα που αφορά η Προσφυγή, ήτοι τις Ομάδες Α και Β, και συγκεκριμένα του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, τελικής βαθμολόγησης, ως 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, επικύρωσης 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 κηρυχθούν αυτοδικαίως άκυρες.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το Αίτημα Αναστολής του αιτούντος.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, όσον αφορά τις Ομάδες Α και Β, διατάσσοντας ειδικότερα την αναστολή του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών ως και προσωρινής κατακύρωσης και πρόσκλησης σε προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα και όλα τα σχετιζόμενα με τη Διαγωνιστική Διαδικασία όργανα αυτής, ως και την Οικονομική Επιτροπή 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, τελική βαθμολόγηση 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 τις Ομάδες Α και Β του διαγωνισμού.

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 αποφασίστηκε στις 15 Δεκεμβρίου 2017 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ



Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ

