

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

Λεωφόρος Θηβών 198,

Αγ. Ιωάννης Ρέντης Πειραιώς,

ΤΚ 18233,

Κτίριο Κεράνη 5^{ος} όροφος

ΚΛΙΜΑΚΙΟ ΣΤ'

Αριθμός Απόφασης 91/2017

Το Στ' Κλιμάκιο της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, συνεδρίασε στην έδρα της Αρχής, την 8η Σεπτεμβρίου 2017, παρουσία όλων των μελών του και συγκεκριμένα με την εξής σύνθεση: Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Κουρή Σταυρούλα και Πουλοπούλου Αγγελική, μέλη, προκειμένου να εξετάσει αυτεπαγγέλτως κατ' άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 το ενδεχόμενο λήψης προσωρινών μέτρων των άρ. 15 παρ. 1 και 3 ΠΔ 39/2017 κατόπιν άσκησης της από 29-8-2017 Προδικαστικής Προσφυγής (Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 54/29.08.2017 και Ειδ. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. VI/9/29.08.2017) του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία

Η εν λόγω προσφυγή στρέφεται κατά της Αναθέτουσας Αρχής και της από 25.08.2017 κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα με αρ. 1853/2017 Απόφασης της 32ης/2017 Συνεδρίασης Οικονομικής Επιτροπής αυτής (Θέμα 101ο) της 22.08.2017, την Αξιολόγηση Δικαιολογητικών Συμμετοχής-Τεχνικών Προσφορών του Δημόσιου Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με υπ' αρ πρωτ. και αρ. Διακήρυξης , δημοσιευθείσας στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την 11.07.2017 με συστημικό α/α και στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. την 11.07.2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ για την «Προμήθεια 60 τόνων λευκού ακρυλικού χρώματος διαγράμμισης οδών και 50 τόνων γυάλινων αντανακλαστικών σφαιριδίων για τις ανάγκες της Περιφερειακής Ενότητας » (CPV), συνολικού προϋπολογισμού 160.322,59 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, καθώς και κάθε άλλης διοικητικής πράξης ή παράλειψης, εκδοθείσας συναφώς ή στο πλαίσιο σύνθετης διοικητικής ενέργειας. Έως την ημερομηνία εξέτασης περί αυτεπάγγελτης λήψης προσωρινών μέτρων δεν κατατέθηκαν απόψεις από την αναθέτουσα αρχή παρότι

εκλήθη σχετικώς σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στη διάταξη του αρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017.

**ΤΟ ΚΛΙΜΑΚΙΟ ΑΦΟΥ ΜΕΛΕΤΗΣΕ ΤΟΝ ΦΑΚΕΛΟ ΤΗΣ ΥΠΟΘΕΣΗΣ
ΚΑΙ ΕΛΑΒΕ ΥΠΟΨΗ ΤΗΝ ΕΙΣΗΓΗΣΗ
ΣΚΕΦΤΗΚΕ ΚΑΤΑ ΝΟΜΟ**

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας ως άνω προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της με αρ. 1853/2017 Απόφασης της 32ης/2017 Συνεδρίασης Οικονομικής Επιτροπής της

(Θέμα 101ο) της 22.08.2017 που επικύρωσε την Αξιολόγηση Δικαιολογητικών Συμμετοχής-Τεχνικών Προσφορών του Δημόσιου Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με υπ' αρ πρωτ. και αρ. Διακήρυξης η οποία δημοσιεύτηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την 11.07.2017 με συστημικό α/α και στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. την 11.07.2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ

2. Επειδή ο προσφεύγων, ο οποίος μετείχε στον διαγωνισμό αποκλείστηκε από αυτόν δια της ως άνω προσβαλλόμενης, με την οποία εγκρίθηκε η συνέχιση στα επόμενα στάδια των προσφορών των εταιριών ; και

Συγκεκριμένα, ο προσφεύγων επικαλείται ότι παρανόμως η αναθέτουσα αρχή έκρινε ότι η εγγυητική επιστολή συμμετοχής του δεν ανταποκρινόταν στους όρους διακήρυξης και νομοθεσίας με την αιτιολογία ότι στο σώμα αυτής δεν αναφερόταν η ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού σύμφωνα με την παρ. 2.1.5. της διακήρυξης και τη διάταξη του αρ. 72 παρ.4 ν. 4412/2016. Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η αναφορά στην ημερομηνία του διαγωνισμού αφενός δεν υπάρχει στο υπόδειγμα/παράρτημα εγγυητικής που επισυνάπτεται στη διακήρυξη, αφετέρου δεν απαιτείτο δεδομένου ότι από τα λοιπά αναφερόμενα στην εγγυητική στοιχεία διευκρινίζεται πλήρως σε ποιον διαγωνισμό αυτή αφορά.

3. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται 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 αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος.

4. Επειδή, από τις ως άνω διατάξεις και δη (α) εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, (β) της διατύπωσης του όρου "κατάλληλα μέτρα" όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο

ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την “καταλληλότητά” τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, (γ) την επανόρθωση της εικαζόμενης παραβάσεως και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων σε συνδυασμό με την πρόβλεψη ότι τα “μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται” στην έννοια των “καταλλήλων μέτρων”, 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 αίτημα του προσφεύγοντος (βλ. και Απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3/2017).

5. Επειδή, τα αναφερόμενα στην ανωτέρω σκέψη περί “καταλληλότητας” των 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 των συμφερόντων όλων των εμπλεκόμενων μερών όπως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την ακόλουθη έννοια: Το Κλιμάκιο κατά την κρίση του, δεν λαμβάνει υπόψη του μόνο την τυχόν επαπειλούμενη βλάβη του προσφεύγοντος, αλλά συνεκτιμά τις απόψεις και το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, τα συμφέροντα εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία όπως και το εν γένει και εν ευρεία δημόσιο συμφέρον, ενώ αντιπαραβάλλει και σταθμίζει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις της λήψης προσωρινών μέτρων. Επομένως, όσον αφορά την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, η εξέταση περί επιβολής προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη του προσφεύγοντος, αλλά επικεντρώνεται στον εντοπισμό μιας απτής και μη αμελλητέας αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών.

6. Επειδή η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια, ήτοι: (α) 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, (β) την πιθανολόγηση συνδρομής μη αμελλητέας ζημίας επί του συνόλου των εμπλεκόμενων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, (γ) τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την όποια ζημία που δύναται να προκληθεί από την αναστολή και (δ) 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).

7. Επειδή, κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. 20200.20200.20200) ποσού 801.62 ευρώ, το οποίο ελέγχθηκε και δεσμεύθηκε από την αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π.

8. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου δημοσίευσης αυτής στο ΚΗΜΔΗΣ 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.

9. Επειδή η προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ενώ υπογράφεται από το νόμιμο εκπρόσωπο του οικονομικού φορέα.

10. Επειδή ο προσφεύγων, παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού μετείχε στον διαγωνισμό με προσφορά που κρίθηκε ως απαράδεκτη για τα επόμενα στάδια λόγω ελλείψεων των αναφερόμενων στην εγγυητική επιστολή στοιχείων, επομένως προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη και τη συνέχιση του επίμαχου διαγωνισμού στα επόμενα στάδια.

11. Επειδή σύμφωνα με τα ανωτέρω η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη. Ομοίως, δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η εγγυητική επιστολή συμμετοχής που προσκόμισε παρίσταται καθ'όλα νόμιμη, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους. Επομένως, κατά τούτο 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.

12. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας, αλλά και των λοιπών διαγωνιζομένων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στα επόμενα στάδια είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα, ενώ σε περίπτωση μη χορήγησης προσωρινών μέτρων η αναθέτουσα αρχή δύναται να προχωρήσει άμεσα στην αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών μη λαμβάνοντας υπόψη την προσφορά του προσφεύγοντος. Εξάλλου, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας του αποκλεισμού από τα επόμενα στάδια της προσφοράς του προσφεύγοντος, η συνολική νομιμότητα της διαδικασίας τίθεται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη

κάθε μελλοντική πράξη της αναθέτουσας αρχής. Οι ανωτέρω επιπλοκές δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της προσβαλλόμενης βάσει της εξέτασης της ίδιας της προσφυγής. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί για την 18.09.2017, 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.

13. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, 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 σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών 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 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 προσβαλλόμενης πράξεις θα κηρυχθούν αυτοδικαίως άκυρες.

Επομένως, το Κλιμάκιο ομόφωνα δέχεται την Εισήγηση και

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Διατάσσει την Αναστολή της προόδου της Διαγωνιστικής Διαδικασίας και δη του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών ως και προσωρινής κατακύρωσης και πρόσκλησης σε προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης 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 αξιολόγησης 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 αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη Πειραιώς, την 8η Σεπτεμβρίου 2017, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια και δημοσιεύθηκε αυθημερόν.

Παραγγέλλεται ο Γραμματέας της Α.Ε.Π.Π. όπως, σύμφωνα με τα αρ. 11 και 19 ΠΔ 39/2017, παραχρήμα καταχωρίσει το διατακτικό της Απόφασης στο Βιβλίο Αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π., κοινοποιήσει την παρούσα Απόφαση στους ενδιαφερομένους, ήτοι τον προσφεύγοντα, την αναθέτουσα αρχή και τον παρεμβαίνοντα και προβεί σε κάθε περαιτέρω νόμιμη ενέργεια.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ



Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΒΑΣΙΛΙΚΗ ΜΠΑΚΟΥ

Κ.Α.Α

