

Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 13 Μαρτίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 288/04-03-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο, οδός αρ. Η εν λόγω προσφυγή ασκήθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθ.:, με κωδικό αριθμό συστήματος, διακήρυξη ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων του Ν. 4412/2016 της αναθέτουσας αρχής «.....», που αφορά τη σύναψη Συμφωνίας-Πλαίσιο για την «.....» συνολικής εκτιμώμενης αξίας 5.908.347,72€ χωρίς ΦΠΑ για τοκαι για το Η ως άνω προσφυγή ασκείται κατά της διακήρυξης του διαγωνισμού και αφορά στο σύνολο των τμημάτων της προσβαλλόμενης διακήρυξης.

Με την ανωτέρω προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης διακήρυξης.

Στην ανωτέρω προσφυγή σωρεύεται και αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας με αίτημα την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης διακήρυξης μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2019

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 15.000,00€ (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου), το οποίο αποτελεί το ανώτερο ποσό νομίμου παραβόλου κι έχει υπολογιστεί δυνάμει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, ποσού ύψους 5.908.347,72€ χωρίς ΦΠΑ.

2. Επειδή, η ανωτέρω προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχουν δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η ανωτέρω προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 γ' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 γ' του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. τις 04-02-2019 και η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε στις 01-03-2019, ήτοι εντός δεκαημέρου από την τεκμαιρόμενη γνώση αυτής κατά τα ανωτέρω (19-02-2019).

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε ποσό 5.908.347,72€ χωρίς ΦΠΑ. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της (προμήθεια), της ημερομηνίας δημοσίευσης της διακήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, την 31-01-2019, ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν.

Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2019

4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, με την ανωτέρω προσφυγή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο όρος 2.2.2.1 της διακήρυξης για την κατάθεση εγγυητικής επιστολής είναι παράνομος στο μέτρο αφενός μεν που βάση υπολογισμού αυτής αποτελεί η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης με το δικαίωμα προαίρεσης κι αφετέρου ουδεμία αιτιολογία υπάρχει γι' αυτήν αφού αντικείμενο της σύμβασης είναι η σύναψη συμφωνίας – πλαίσιο. Περαιτέρω, σύμφωνα με την προσφεύγουσα ο όρος 2.2.5 (β) της διακήρυξης, ο οποίος αναφέρεται στη «διαχειριστική χρήση του 2018» είναι ασαφής στο μέτρο που η χρήση αυτή δεν έχει ακόμη δημοσιευθεί. Συναφώς ασάφεια δημιουργεί και ο όρος 2.2.9 Β.3 της διακήρυξης, ο οποίος αναφέρεται σε «ισολογισμούς 2018», στο μέτρο που οι εν λόγω ισολογισμοί δεν έχουν ακόμη δημοσιευθεί. Έτι περαιτέρω από τον όρο 2.2.6. της διακήρυξης δεν προκύπτει εάν ο συμμετέχων θα πρέπει ν' αποδείξει ότι και οι πέντε συμβάσεις θα πρέπει να είναι συνολικού ύψους 500.000 ευρώ ή κάθε μία αυτές θα πρέπει ν' αντιστοιχεί στο ανωτέρω ποσό. Το άρθρο 2.4.5. της διακήρυξης για τη διάρκεια ισχύος των προσφορών αναφέρεται σε έξι μήνες ολογράφως και 12 αριθμητικώς κ, επομένως προκύπτει ασάφεια ως προς το αληθές νόημα της διακήρυξης. Στις τεχνικές προδιαγραφές, παρ. 4 σελ. 88 η διακήρυξη αναφέρεται σε «άριστο και συχνό service», χωρίς να καθιστά σαφές σε τί αυτό συνίσταται. Ακόμη, η προσφεύγουσα προσβάλλει τους ακόλουθους όρους της διακήρυξης ως φωτογραφικούς: α) Πίνακας 2, Παράρτημα Ι για την εξέταση Anti-HAV Ig β) άρθρο 14, Παράρτημα Ι για τον Αναλυτή 1. Επίσης, με την υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα προσβάλλει ως αόριστο και ασαφές το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης.

6. Επειδή, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο

Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2019

προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11ης-1-2005, C-26/03, Stadt Halle, σκέψη 40, ΑΕΠΠ 848/2018). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα, η οποία ως ισχυρίζεται δραστηριοποιείται σε αντικείμενο συναφές με αυτό της διακήρυξης και σκοπεύει να συμμετάσχει στο διαγωνισμό για το σύνολο των 26 τμημάτων αυτού, πλην, όμως, εμποδίζεται / δυσχεραίνεται ουσιωδώς προς τούτο λόγω των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης και για τις αναφερόμενες στους επιμέρους λόγους της προσφυγής της αιτίες, έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής.

7. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».*

8. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: *«1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να*

Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2019

μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων»

9. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

10. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «*Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας*».

11. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

12. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν

Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2019

προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

13. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε κριθεί από την ΑΕΠΠ, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προκειμένης προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντος φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

14. Επειδή, σε ό,τι αφορά την ασάφεια του υπ' αριθ. 2.4.5. όρου της διακήρυξης, όπως προβάλλεται από την προσφεύγουσα σημειώνεται ότι σύμφωνα με τον εν λόγω όρο «2.4.5. Χρόνος ισχύος των προσφορών Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς ήτοι για χρονικό διάστημα έξι (12) μηνών από την επόμενη της διενέργειας του διαγωνισμού (άρθρο 97 ν. 4412/2016) Προσφορά που ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ανωτέρω προβλεπόμενο απορρίπτεται». Από τη

Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2019

διατύπωση του ανωτέρω όρου της διακήρυξης πιθανολογείται βάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η προσφυγή δεν πιθανολογείται προδήλως απαράδεκτη ούτε αβάσιμη, τουλάχιστον κατά τον ανωτέρω λόγο, παρέλκει δε στο παρόν στάδιο για την έκδοση απόφασης επί του αιτήματος αναστολής η εξέταση των λοιπών λόγων.

16. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη έχει οριστεί για την υποβολή των προσφορών το χρονικό διάστημα από 15-02-2019 έως 13-03-2019 ενώ, ως ημερομηνία αποσφράγισης αυτών έχει οριστεί η 20^η-3-2019.

17. Επειδή, με απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου τουκαι του διασυνδεδόμενου σε αυτό(εκ της υπ' αριθμ. 03/8.03.2019 έκτακτης συνεδρίασης του), η οποία και αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την 08-03-2019, προς γνώση όλων των εν δυνάμει συμμετεχόντων, εγκρίθηκε η παράταση του χρόνου υποβολής των προσφορών του με αριθμ. πρωτ. (ΑΔΑΜ:) ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (.....) για την «.....», με νέα καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών την 10η Απριλίου 2019, ημέρα Τετάρτη και ώρα 23:59 και εγκρίθηκε η μετάθεση της ημερομηνίας διενέργειας (ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών) του με αριθμ.πρωτ. (ΑΔΑΜ:) ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (.....) για την «.....», με νέα καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών την 16η Απριλίου 2019, ημέρα Τρίτη και ώρα 11:00π.μ.

18. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, ανεξαρτήτως του εν γένει παραδεκτού, της ύπαρξης βλάβης και εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, αλλά και της βασιμότητας των λόγων και των αιτημάτων της, για τα οποία το επιληφθέν Κλιμάκιο επιφυλάσσεται να αποφανθεί κατά την οριστική κρίση του, ειδικώς το αίτημα της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής για αναστολή της

Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2019

διαγωνιστικής διαδικασίας έχει καταστεί μερικώς άνευ αντικειμένου, καθώς αυτή έχει ήδη ανασταλεί, με την ως άνω απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Η εξέταση ωστόσο της εν λόγω Προσφυγής έχει οριστεί για την 04.04.2019, δυνάμει της με αρ. 366/2019 Πράξης της Προέδρου του επιληφθέντος Κλιμακίου ΑΕΠΠ, επομένως ο χρόνος μέχρι την έκδοση Απόφασης επί της προσφυγής βάσιμα προβλέπεται ότι θα λάβει χώρα μετά την ορισθείσα νέα ως άνω (βλ. προηγούμενη σκέψη) καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών της 10ης Απριλίου 2019, κατ' ακολουθίαν, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 13 Μαρτίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης

Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2019