

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 23.05.2019 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.05.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 598/20.05.2019 του οικονομικού φορέα

Κατά της και της με αριθ. 33097/2.5.2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής με την οποία εγκρίθηκαν τα Πρακτικά αποσφράγισης/αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν, κατά το στάδιο αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων, απορρίφθηκε η τεχνική της προσφορά και έγινε αποδεκτή η προσφορά του συνδιαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα «.....».

Αριθμός απόφασης: Α 228/2019

2. Επειδή, με τη με αριθ. Διακήρυξη της προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός, ανοικτός, δημόσιος διαγωνισμός κάτω των ορίων με αντικείμενο την, προϋπολογισθείσας αξίας 129.032,26 € (χωρίς ΦΠΑ) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 08.03.2019 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ομοίως στις 08.03.2019 , όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

3. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, ποσού 646,00 €, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 129.032,26 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ.α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 02.05.2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 12.05.2019, ήτοι εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας.

Αριθμός απόφασης: Α 228/2019

6. Επειδή, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά του, η οποία απορρίφθηκε κατά το στάδιο αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών. Περαιτέρω, ο προσφεύγων, ως μη οριστικώς αποκλεισθείς, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπόψη Προσφυγής και κατά το μέρος που με αυτήν αιτείται την απόρριψη της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας «.....», η οποία κατά το ως άνω στάδιο έγινε αποδεκτή.

7. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή του, ο προσφεύγων βάλλει κατά της με αριθ. 33097/2.5.2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής τόσο κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά του για την ανάθεση της σύμβασης όσο και κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας «.....». Ειδικότερα, αναφορικά με την προσφορά της εταιρίας «.....», ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση των τιθέμενων επί ποινή αποκλεισμού όρων της διακήρυξης με τους οποίους ορίζεται ότι : *«Οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό υποχρεούνται να υποβάλλουν μαζί με την προσφορά τους επί ποινή αποκλεισμού τα εξής : {...} 11. Ο Ανάδοχος θα πρέπει να διαθέτει στο μόνιμο προσωπικό του τουλάχιστον δύο τεχνικούς με άδεια ηλεκτρολόγου εγκαταστάτη (υποβολή βεβαιώσεων αναγγελίας & κατάστασης προσωπικού από την Επιθεώρηση Εργασίας) 12. Βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης από τρεις παρόμοιες συμβάσεις (συντήρηση – εγκατάσταση φωτισμού από τον Δημόσιο ή Ιδιωτικό τομέα (τουλάχιστον μία εξ αυτών να αφορά συνεργασία με τον Δημόσιο Τομέα) συνοδευόμενες από τις αντίστοιχες συμβάσεις ή οποιοδήποτε άλλο νόμιμο παραστατικό (π.χ. τιμολόγιο, αποφάσεις, κτλ.) από τις οποίες θα προκύπτει επακριβώς το είδος των εργασιών»*, η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία δεν κατέθεσε τα ζητούμενα κατά τις παραγράφους 11 και 12 της διακήρυξης έγγραφα (καταστάσεις μόνιμου προσωπικού, επαγγελματικές άδειες μόνιμου προσωπικού, βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης, αντίστοιχες συμβάσεις, νόμιμα παραστατικά κλπ.) με τρόπο που να

Αριθμός απόφασης: Α 228/2019

μπορούν να λάβουν γνώση οι υπόλοιποι διαγωνιζόμενοι. Ειδικότερα, όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, από το αρχείο «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΣΥΣΤΗΜΑΤΟΣ» της προσφοράς της εταιρείας «.....» ένας πλήθος αρχείων (οκτώ στον αριθμό) που υποτίθεται απαντούν στις απαιτήσεις των παραγράφων 11 και 12 της διακήρυξης χαρακτηρίζονται αυθαίρετα ως «εμπιστευτικά» ώστε να μην μπορούν να λάβουν γνώση του περιεχομένου τους οι υπόλοιποι διαγωνιζόμενοι. Εκ του πλήθους των αρχείων (οκτώ) και από το περιεχόμενό τους συνάγεται σκόπιμη αλλά και αδικαιολόγητη απόκρυψη, αφού το περιεχόμενο τους δεν έχει κανένα χαρακτήρα εμπιστευτικότητας (π.χ. οι επαγγελματικές άδειες των ηλεκτρολόγων να είναι «εμπιστευτικές» ενώ των μηχανικών «μη εμπιστευτικές»). Ως εκ τούτου, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, για λόγους ισότητας και διαφάνειας, αλλά και για να μην δημιουργηθεί δεδικασμένο, τα «εμπιστευτικά» αρχεία, όταν μάλιστα αφορούν σε «επί ποινή αποκλεισμού» ζητούμενα της διακήρυξης, θα πρέπει να θεωρηθούν ως μη υποβληθέντα, άλλως ο κάθε συμμετέχων θα έχει κατά την κρίση του το δικαίωμα να αποκρύπτει από τους υπόλοιπους συμμετέχοντες ακόμα και το σύνολο της προσφοράς του, χαρακτηρίζοντάς την αυθαίρετα ως «εμπιστευτική». Αναφορικά με την απόρριψη της δικής του προσφοράς με την αιτιολογία ότι δεν κατέθεσε μαζί με την προσφορά του ασφαλιστήριο συμβόλαιο παρότι στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης – Απαιτήσεις και Τεχνικές Προδιαγραφές αναφέρεται ότι « ... Οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό υποχρεούνται να υποβάλλουν μαζί με την προσφορά τους επί ποινή αποκλεισμού τα εξής : {...} Ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης με συνολική κάλυψη κατ' ελάχιστο 1.000.000 ευρώ.....», ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι στην τεχνική του προσφορά αναφέρεται ότι : «ΑΣΦΑΛΙΣΤΗΡΙΟ ΣΥΜΒΟΛΑΙΟ ΑΣΤΙΚΗΣ ΕΥΘΥΝΗΣ ΜΕ ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΚΑΛΥΨΗ ΚΑΤ' ΕΛΑΧΙΣΤΟ 1.000.000 € ΘΑ ΚΑΤΑΤΕΘΕΙ ΜΕ ΤΑ ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΚΑΤΑΚΥΡΩΣΗΣ». Ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο όρος της διακήρυξης περί ασφαλιστηρίου συμβολαίου αστικής ευθύνης είναι ασαφής τόσο ως προς το περιεχόμενο του συμβολαίου όσο και ως προς τον χρόνο ισχύος του, σε κάθε δε περίπτωση η απαίτηση αυτή ουδόλως σχετίζεται με την τεχνική ικανότητα και

Αριθμός απόφασης: Α 228/2019

την οικονομική επάρκεια των συμμετεχόντων, έρχεται δε σε αντίθεση με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016, όπου προβλέπεται αφενός μεν συγκεκριμένος τρόπος απόδειξης της τεχνικής ικανότητας και αφετέρου απλοποίηση της συμμετοχής των οικονομικών φορέων με την υποβολή των κυριότερων αποδεικτικών εγγράφων της προσφοράς κατά το στάδιο της κατακύρωσης. Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι όπως προκύπτει και από το ασφαλιστήριο συμβόλαιο που κατέθεσε η εταιρία «.....», αυτό έχει ως έναρξη ισχύος την 08.04.2019, ήτοι την ημέρα υποβολής της προσφοράς της και έχει συναφθεί προκειμένου να κατατεθεί στον διαγωνισμό.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

9. 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».*

10. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : *«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*

Αριθμός απόφασης: Α 228/2019

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 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».

11. Επειδή, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, 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.

12. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση αναστολής –λήψης προσωρινών μέτρων, κατόπιν αιτήματος ή αυτεπαγγέλτως, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Ωστόσο, δε 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 την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης αναστολής-λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

13. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος

Αριθμός απόφασης: Α 228/2019

νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, 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.

14. Επειδή, για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας ένωσης κατά της προσβαλλόμενης πράξης απαιτείται ενδελεχής εξέταση των σχηματισθέντων φακέλων προσφορών σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία όπως και τους όρους της οικείας διακήρυξης καθώς και, ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων.

15. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη του αιτούντος από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας και τυχόν αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι της υπό κρίση Προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της Προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να ανασταλεί αυτεπάγγελα, σύμφωνα με το άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, έως την έκδοση κύριας απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 228/2019

Για τους λόγους αυτούς

Αναστέλλει τη διαγωνιστική διαδικασία που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. Διακήρυξη της με αντικείμενο την προμήθεια υπηρεσιών αναβάθμισης του συστήματος φωτισμού των δομών της, έως την έκδοση κύριας απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 23 Μαΐου 2019, συντάχθηκε από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σταυρούλα Κουρή

Αικατερίνη Ζερβού