

Η

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

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Το 2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενο από τον Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη και τα μέλη Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη – Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη, αναπληρώτρια της Γερασιμούλας – Μαρίας Δρακονταειδή, δυνάμει της με αριθμό 23/2018 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, συνεδρίασε σήμερα, 25 Μαΐου 2018, στην έδρα της Αρχής.

Για να εξετάσει το αίτημα για Αναστολή και Λήψη Προσωρινών Μέτρων που σωρεύεται στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 444/15-05-2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής προσφεύγων) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «ΥΠΟΥΡΓΕΙΟ ΥΓΕΙΑΣ» (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει όπως:

- 1) Γίνει δεκτή η κρινόμενη προσφυγή, 2) Ακυρωθούν, ολικά ή μερικά οι προσβαλλόμενες πράξεις, α) Η με Α.Π./ Β3ε΄/Γ.Π./οικ.32481/26.04.2018 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με θέμα «Αποδοχή δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών που κατατέθηκαν στα πλαίσια του διεθνή ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την καταστροφή ληγμένων φαρμάκων με τη μέθοδο της αποτέφρωσης – Ανάδειξη προσωρινού αναδόχου», β) Το πρακτικό 1 της «Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Φαρμακευτικών Σκευασμάτων και συναφών προϊόντων (εμβόλια, ναρκωτικά κ.α) και παροχής σχετικών υπηρεσιών (βιομηχανοποίησης σκόνης κ.α.) και καταστροφή ληγμένων φαρμάκων για τις κατηγορίες των ανωτέρω σκευασμάτων προς κάλυψη των αναγκών του Υπουργείου Υγείας» με ΑΠ/Β3ε΄/ΓΠ/οικ.93861/18-12-2017, γ) Το πρακτικό 2 της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Φαρμακευτικών Σκευασμάτων και συναφών προϊόντων (εμβόλια, ναρκωτικά κ.α) και παροχής σχετικών υπηρεσιών (βιομηχανοποίησης σκόνης κ.α.) και καταστροφή ληγμένων φαρμάκων για της κατηγορίες των ανωτέρω

Αριθμός Απόφασης: Α239 / 2018

σκευασμάτων της κάλυψη των αναγκών του Υπουργείου Υγείας» με ΑΠ/Β3ε'/ΓΠ/οικ.93861/18-12-2017), και δ) Κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη και 3) Να απορριφθούν οι προσφορές των έτερων οικονομικών φορέων και και να κηρυχθεί ο προσφεύγων προσωρινός ανάδοχος, μέσα στα πλαίσια του Διεθνούς Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, με σφραγισμένες προσφορές, σε Ευρώ για την καταστροφή, με αποτέφρωση ληγμένων φαρμάκων και σύμφωνα με τα συνημμένα ΚΕΦΑΛΑΙΑ και ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ της αριθ. 18/2017 Διακήρυξης του Υπουργείου Υγείας. Ο συνολικός προϋπολογισμός για την καταστροφή των ληγμένων φαρμάκων ανέρχεται στο ποσό των διακοσίων σαράντα τεσσάρων χιλιάδων ευρώ (έως 244.000,00€) συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος Φ.Π.Α. 24%, για την κάλυψη της δαπάνης που αφορά την καταστροφή με αποτέφρωση και του κόστους μεταφοράς, ως εξής: α. Διακόσιες δέκα χιλιάδες ευρώ (210.000,00€) των ληγμένων φαρμάκων της «ΧΡΩΠΕΙ» μετέπειτα «ΕΛΒΙΠΥ», συνολικού βάρους περίπου εκατό πέντε (105) τόνων, συμπεριλαμβανομένων του κόστους μεταφοράς τους και του ΦΠΑ 24%, β. Τριάντα τέσσερις χιλιάδες ευρώ (34.000,00€) των ληγμένων αντιϊκών (TAMIFLU και SYMETREL) και ανθελονοσιακών φαρμάκων, συνολικού βάρους περίπου δεκαεπτά (17) τόνων, συμπεριλαμβανομένων του κόστους μεταφοράς τους και του ΦΠΑ 24%. Ο επίδικος Διαγωνισμός φέρει συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 51260.

Στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων σώρευσε και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείται την αναστολή της εκτέλεσης των προσβαλλόμενων πράξεων μέχρι την έκδοση της απόφασης επί της παρούσας προσφυγής και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016.

Στην υπό κρίση προσφυγή άσκησε εμπρόθεσμα την 23/05/2018 και προσηκόντως παρέμβαση ο οικονομικός φορέας «.....», ο οποίος αρνείται αιτιολογημένα, έναν προς έναν τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, οι οποίοι στρέφονται κατά της προσφοράς του.

Αφού άκουσε την εισηγήτρια Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη

και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

1. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 (προσωρινά μέτρα) (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) του ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 του π.δ. 39/2017 (Προσωρινά μέτρα) στο πλαίσιο του νομοθετικού πλαισίου για την παροχή έννομης προστασίας κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων παρέχεται στην ΑΕΠΠ η δυνατότητα να διατάσσει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης ωστόσο αποφανθεί για την προσφυγή καθώς και κάθε πρόσφορο μέτρο προκειμένου να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή εκτέλεσης οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, όπως σαφώς προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4412/2016 σχετικά με το άρθρο 366 του νόμου δίνεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάσσει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας ανάγοντας έτσι το προδήλως παραδεκτό και βάσιμο της υπό κρίση προσφυγής ως ουσιώδη κριτήρια για το αποδεκτό της.

2. Επειδή για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, συνολικού ποσού 984,00 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλων 210687944958 0710 0057 & 210705247958 0710 0005), που αντιστοιχεί στο προβλεπόμενο 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του επίδικου διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 196.774,19 ευρώ μη συμπ/νου ΦΠΑ, τα δε παράβολα πληρώθηκαν σύμφωνα με την προσκομιζόμενη από τον προσφεύγοντα εκτύπωση από την σελίδα της ΓΓΠΣ με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

3. Επειδή η υπό κρίση 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 της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης: Α239 / 2018

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως στις 14-05-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η τελευταία ημέρα της αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας άσκησης της προσφυγής έληγε στις 13-05-2018, ημέρα Κυριακή και άρα εξαιρετικά, δεδομένου ότι ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 03-05-2018, όταν έλαβε μήνυμα μέσω του ΕΣΗΔΗΣ ότι αναρτήθηκε η προσβαλλομένη στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 26-04-2018, όπου διενεργείται (ηλεκτρονικά) ο διαγωνισμός και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερομένους. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

6. Επειδή με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων ζητάει όπως: ακυρωθούν, ολικά ή μερικά οι προσβαλλόμενες πράξεις, α) Η με Α.Π./Β3ε'/Γ.Π./οικ.32481/26.04.2018 απόφαση της Αναθέτουσας Αρχής με θέμα «Αποδοχή δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών που κατατέθηκαν στα πλαίσια του διεθνή ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την καταστροφή ληγμένων φαρμάκων με τη μέθοδο της αποτέφρωσης – Ανάδειξη προσωρινού αναδόχου», β) Το πρακτικό 1 της «Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Φαρμακευτικών Σκευασμάτων και συναφών προϊόντων (εμβόλια, ναρκωτικά κ.α) και παροχής σχετικών υπηρεσιών (βιομηχανοποίησης σκόνης κ.α.) και καταστροφή ληγμένων φαρμάκων για τις κατηγορίες των ανωτέρω σκευασμάτων προς κάλυψη των αναγκών του Υπουργείου Υγείας» με ΑΠ/Β3ε'/ΓΠ/οικ.93861/18-12-2017, γ) Το πρακτικό 2 της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Φαρμακευτικών Σκευασμάτων και συναφών προϊόντων (εμβόλια, ναρκωτικά κ.α) και παροχής σχετικών υπηρεσιών (βιομηχανοποίησης σκόνης κ.α.) και καταστροφή ληγμένων φαρμάκων για τις κατηγορίες των ανωτέρω σκευασμάτων της κάλυψη των αναγκών του Υπουργείου Υγείας» με ΑΠ/Β3ε'/ΓΠ/οικ.93861/18-12-2017), και δ) να απορριφθούν οι προσφορές των άλλων οικονομικών φορέων και και να κηρυχθεί ο προσφεύγων προσωρινός ανάδοχος,

Αριθμός Απόφασης: Α239 / 2018

ισχυριζόμενος ότι: είναι απαράδεκτη η προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» και προσωρινού μειοδότη, γιατί: 1) κατά παράβαση της επίδικης Διακήρυξης δεν πληροί τις ελάχιστες προϋποθέσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, καθόσον η προσκομισθείσα του βεβαίωση περί πιστοληπτικής ικανότητας δεν καλύπτει τα απαιτούμενα της Διακήρυξης, 2) γιατί δεν πληροί τις προϋποθέσεις συμμετοχής σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική του ικανότητα, καθόσον, με δεδομένο ότι στηρίζεται στις ικανότητες της εταιρείας, δεν προσκομίζεται σχετικό και ειδικό συμφωνητικό των φορέων αυτών, από το οποίο να προκύπτει με σαφήνεια και συγκεκριμένα ποια ή ποιες από τις απαιτούμενες από τη Διακήρυξη ικανότητες - προϋποθέσεις συμμετοχής και ανάθεσης της Σύμβασης καλύπτονται από τους τρίτους αυτούς φορείς και ποιοι είναι οι πόροι που διατίθενται από τους εν λόγω φορείς στον προσωρινό μειοδότη, 3) κατά παράβαση των οριζόμενων στο Άρθρο 1 «Τεχνική Προσφορά» του ΚΕΦΑΛΑΙΟΥ Β «ΣΥΝΤΑΞΗ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» της επίδικης Διακήρυξης και στο άρθρο 4 «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» του Παραρτήματος Β' αυτής, έχουν υποβληθεί μόνο οι τροποποιήσεις της ΑΕΠΟ, της άδειας εγκατάστασης και της άδειας λειτουργίας της εταιρείας και όχι οι αρχικές άδειες, 4) κατά παράβαση της επίδικης διακήρυξης ο προσωρινός μειοδότης προτίθεται να αναθέσει μέρος της Σύμβασης στην τρίτη εταιρεία «.....», υπό μορφή υπεργολαβίας, 5) κατά παράβαση της επίδικης διακήρυξης η τρίτη εταιρεία «.....», θα έπρεπε να προσκομίσει τα απαιτούμενα έγγραφα για την εγγραφή της ως άνω εταιρείας στα σχετικά μητρώα του κράτους - μέλους της εγκατάστασής της, καθώς επίσης και τα απαιτούμενα κατά το Άρθρο 1 «Τεχνική Προσφορά» του ΚΕΦΑΛΑΙΟΥ Β «ΣΥΝΤΑΞΗ ΤΕΧΝΙΚΗΣ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» (σελ. 60 της Διακήρυξης) και Άρθρο 4 «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» του Παραρτήματος Β' της Διακήρυξης (σελ. 67 της Διακήρυξης) σχετικά αποδεικτικά έγγραφα, και 6) κατά παράβαση της επίδικης διακήρυξης ο προσωρινός μειοδότης δεν αποδεικνύει ότι διαθέτει μονάδα προσωρινής αποθήκευσης για τα ληγμένα φάρμακα της Αναθέτουσας Αρχής, ούτε μονάδα αποτέφρωσης για την καταστροφή τους και ακολούθως ούτε τις σχετιζόμενες με τις ανωτέρω εγκαταστάσεις απαιτούμενες από τη Διακήρυξη άδειες, τόσο για τη συμμετοχή της στο Διαγωνισμό όσο και για την ανάθεση της Σύμβασης. Περαιτέρω και αναφορικά με την συμμετοχή του οικονομικού φορέα και δεύτερου μειοδότη με

την επωνυμία «.....», ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι είναι απαράδεκτη η προσφορά του καθόσον η υποβληθείσα Άδεια Λειτουργίας και η υποβληθείσα Απόφαση Έγκρισης Περιβαλλοντικών Όρων αφορούν την μονάδα διαχείρισης και αξιοποίησης αποβλήτων της, η οποία όμως δεν είναι μονάδα τελικής διάθεσης των αποβλήτων αυτών. Ως εκ τούτου, στην υποθετική περίπτωση που η Σύμβαση ανατίθετο στην, για την εκτέλεση του αντικειμένου της Σύμβασης, θα έπρεπε ο δεύτερος μειοδότης να μεταφέρει τα φάρμακα σε άλλη μονάδα, πλην της προαναφερόμενης στην οποία και αφορούν οι υποβληθείσες άδειες, για την οποία δεν προσκομίζονται οι απαιτούμενες άδειες και αποφάσεις.

7. Επειδή ο προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής και της αίτησης αναστολής, καθώς έχει ήδη – κατά τα προαναφερθέντα - συμμετάσχει στον επίδικο Διαγωνισμό καταθέτοντας προσφορά. Περαιτέρω, εκκρεμεί η αμφισβήτηση της νομιμότητας συμμετοχής των έτερων οικονομικών φορέων και τίθεται αυτή εν αμφιβόλω, με δεδομένο μάλιστα ότι το κριτήριο ανάθεσης του παρόντος διαγωνισμού είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής.

8. 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»*.

9. 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*

Αριθμός Απόφασης: Α239 / 2018

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 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».

10. 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).

11. 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».

12. 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.

13. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γεγόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν 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. 14. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η επίκληση βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της προσφυγής 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.

14. Επειδή στην επίδικη Διακήρυξη ορίζονται τα εξής: «... Άρθρο 9. Ελάχιστες Προϋποθέσεις Συμμετοχής Ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να πληροί και να τεκμηριώνει επαρκώς, επί ποινή αποκλεισμού, τις παρακάτω ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό. Ο υποψήφιος ανάδοχος οφείλει να αποδείξει την ελάχιστη προϋπόθεση συμμετοχής, καταθέτοντας με την προσφορά του (εντός του φακέλου Α) των δικαιολογητικών συμμετοχής την αναλυτική παρουσίαση των κάτωθι στοιχείων τεκμηρίωσης. Οι ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής είναι: Α. Καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, απαιτείται από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα ΧΙ του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016 ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό. □ Πρέπει να διαθέτουν ειδική έγκριση ή να είναι μέλη

Αριθμός Απόφασης: Α239 / 2018

συγκεκριμένου οργανισμού για να μπορούν να παράσχουν τη σχετική υπηρεσία στη χώρα καταγωγής τους, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να τους ζητεί να αποδείξουν ότι διαθέτουν την έγκριση αυτή ή ότι είναι μέλη του εν λόγω οργανισμού. Β. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα, σύμφωνα με το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 αποδεικνύεται με τα ακόλουθα δικαιολογητικά: 1. Βεβαίωση αναγνωρισμένου πιστωτικού ιδρύματος για την πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης με ημερομηνία έκδοσης εντός των τελευταίων 30 ημερολογιακών ημερών προ της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, σύμφωνα με το Υπόδειγμα. Ο Υποψήφιος Ανάδοχος θα πρέπει να διαθέτει πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με το 100% του προϋπολογισμού αθροιστικά, χωρίς τον ΦΠΑ. 2. Οι υποψήφιοι ανάδοχοι οφείλουν, να καταθέσουν δημοσιευμένους Ισολογισμούς ή αποσπάσματα δημοσιευμένων ισολογισμών των τελευταίων τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων ή για όσο χρόνο δραστηριοποιούνται, εφόσον είναι μικρότερος, σε περίπτωση που υποχρεούνται στην έκδοση Ισολογισμών ή υπεύθυνη δήλωση περί του συνολικού ύψους του ετήσιου κύκλου εργασιών των τριών (3) προηγούμενων ετών, σε περίπτωση που δεν υποχρεούνται στην έκδοση Ισολογισμών. 2α. Στην περίπτωση κατά την οποία ο ισολογισμός του 2017 δεν έχει δημοσιευθεί, οι Προσφέροντες υποβάλουν, επικυρωμένο φωτοαντίγραφο θεωρημένου από την Εφορία ισοζυγίου μηνός Δεκεμβρίου 2017. Το ισοζύγιο αυτό πρέπει να συνοδεύεται από κατάσταση στην οποία θα εμφανίζεται ο Συνολικός Κύκλος Εργασιών για τη χρήση 2017 και από ποιους λογαριασμούς του ισοζυγίου αποτελείται αυτός. 2.β. Εφόσον ο προσφέρων δεν είναι Ανώνυμη Εταιρεία υποχρεούται να προσκομίσει αντίγραφα, θεωρημένα από την αρμόδια υπηρεσία, των φορολογικών δηλώσεων ή των εκκαθαριστικών σημειωμάτων ή των εντύπων Ε3 και Ε5 για το χρονικό διάστημα που αντιστοιχεί στις τρεις (3) χρήσεις ή για όσο διάστημα ασκεί την επιχειρησιακή του δράση εφόσον αυτό είναι μικρότερο. 2.γ. Υπεύθυνη δήλωση, ψηφιακά υπογεγραμμένη, όπου θα δηλώνεται ότι, ο ετήσιος μέσος όρος του κύκλου εργασιών του προσφέροντος που αφορά στην εκτέλεση έργων συναφών προς το αντικείμενο της παρούσας προκήρυξης κατά τις τρεις (3) προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις ή για όσο διάστημα ασκεί την επιχειρησιακή του δράση εφόσον αυτό είναι μικρότερο, είναι τουλάχιστον ίσο με το 100% του προϋπολογισμού προ Φ.Π.Α. 3. Ο υποψήφιος ανάδοχος δε θα πρέπει να έχει εμφανίσει ζημίες στις τρεις (3) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις. 4.

Αριθμός Απόφασης: Α239 / 2018

Ως τελευταία χρήση νοείται αυτή του έτους 2017 και θα πρέπει να προσκομιστούν τα απαραίτητα δικαιολογητικά σύμφωνα με τη διακήρυξη. Αν ο προσφέρων συμμετέχει σε περισσότερες ομάδες, το ποσό υπολογίζεται αθροιστικά. Σε περίπτωση δε Ένωσης εταιρειών/Κοινοπραξίας η συγκεκριμένη ελάχιστη προϋπόθεση μπορεί να καλύπτεται αθροιστικά από όλα τα μέλη της Ένωσης- Κοινοπραξίας.

15. Επειδή λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, και σε σχέση με τον πρώτο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής που αφορά την προσφορά του προσωρινού μειοδότη του διαγωνισμού οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», μετά από απλή επισκόπηση των περιεχομένων στην προσφορά του εγγράφων και εν γένει του ηλεκτρονικού φακέλου του επίδικου Διαγωνισμού, εικάζεται ότι δεν καλύπτει με βεβαιότητα την ζητούμενη κατά τα άνω πιστοληπτική ικανότητα. Και τούτο διότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας φαίνεται καταρχήν να προσκόμισε, ως ώφειλε, επιστολή της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδας (προς τον προσωρινό μειοδότη) περί έγκρισης ορίων πιστοδότησης συνολικού ποσού €200.000,00, εν συνεχεία, όμως, αφενός το ποσό αυτό διακρίνεται σε όριο για χρηματοδοτήσεις €100.000,00 και όριο για έκδοση πάσης φύσεως Εγγυητικών Επιστολών και ανοίγματος Ε/Π € 100.000,00, αφετέρου επισημαίνεται ότι η Τράπεζα δεν δεσμεύεται ούτε αναλαμβάνει οποιαδήποτε υποχρέωση χρηματοδότησης της Σύμβασης, αλλά προτίθεται να εξετάσει τυχόν σχετικό αίτημα, με αποτέλεσμα να μην είναι σαφές αν πράγματι αποδεικνύεται η ζητούμενη πιστοληπτική ικανότητα, ζήτημα που κατά την γνώμη του Κλιμακίου χρήζει περαιτέρω διερεύνησης.

16. Επειδή, εφόσον εικάζεται ζημία της προσφεύγουσας από πράξη εκτελεστή της αναθέτουσας αρχής κατά τα άνω, σύμφωνα με τον πρώτο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής που εξετάζεται ανωτέρω, δεδομένου ότι η προσφυγή δεν είναι προδήλως απαράδεκτη, παρέλκει στο παρόν στάδιο η εξέταση για την πιθανολόγηση των λοιπών λόγων της προδικαστικής προσφυγής, οι οποίοι πάντως δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι.

17. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας τόσο του πιο πάνω εξετασθέντος λόγου της υπό κρίση προσφυγής, όσο και των λοιπών ισχυρισμών της προσφεύγουσας, απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, η οποία πάντως δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό

διάστημα της εξέτασής τους για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής - ενόψει και του μεγέθους του φακέλου της υπόθεσης-.

18. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της που απέστειλε δεν επικαλείται ειδικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος για την αποφυγή έστω μικρής καθυστέρησης στην πρόοδο του διαγωνισμού, αλυσιτελώς δε αναφέρεται στο τίμημα που η προσφεύγουσα και οι καθ'ων η Προσφυγή προσέφεραν και την μεγάλη διαφορά μεταξύ τους. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου με άλλες επιδιώξεις και την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, πρέπει, για όλους τους πιο πάνω λόγους, να διαταχθεί η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής.

19. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας, αλλά και του προσωρινού αναδόχου εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι της οριστικής κατακύρωσης, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α19/2017). Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, αλλά και του δεύτερου μειοδότη, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου κατακύρωσης τίθενται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της πρώτης, άρα και απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης σε αυτόν, προξενείται έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, εκθέτοντας εξάλλου αυτήν σε κίνδυνο άσκησης εκ μέρους του τελευταίου και αποζημιωτικών αιτημάτων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 16/2017). Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, οι οποίες δύναται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της

Αριθμός Απόφασης: Α239 / 2018

διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της ίδιας της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου και του δεύτερου μειοδότη, βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α55/2018). Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει η προσφυγή, ο νυν ανακηρυχθείς προσωρινός ανάδοχος θα έχει υποβληθεί ασκόπως στον φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή του αυτή θα ακυρωθεί δια της εκδοθησόμενης Αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π., καθώς σε τέτοια περίπτωση θα έχει προβεί σε αφιέρωση πόρων και πιθανώς απώλεια επιχειρηματικών ευκαιριών προς τον σκοπό και με την εύλογη προσδοκία της υπό σύναψη συμβάσεώς του με την τελευταία, η οποία όμως θα ήταν εξαρχής αδύνατη εάν τελικώς γίνει δεκτή η προσφυγή, και απλώς παρέστη ως πιθανή και λίαν υλοποιήσιμη, ακριβώς λόγω των μη νομίμων πράξεων της αναθέτουσας που μεσολάβησαν μεταξύ των προσβαλλομένων και την έκδοση της απόφασης, ιδίως δε της σπουδής της για πρόοδο της διαδικασίας παρά το ενδεχόμενο ακυρώσεώς της σε προηγούμενο στάδιο. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 564/2018 Πράξεως του Προέδρου 2ου Κλιμακίου για την 07-6-2018, 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, στον νυν προσωρινό ανάδοχο, τον δεύτερο μειοδότη, τον προσφεύγοντα 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. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο έχει αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

20. Επειδή βάσει και των ανωτέρω, το πλέον πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας ώστε να μην προχωρήσει η διαδικασία και να μην κληθεί ο προσωρινός ανάδοχος να προσκομίσει τα απαιτούμενα

Αριθμός Απόφασης: Α239 / 2018

δικαιολογητικά.. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και καταχωρήθηκε στο βιβλίο Αποφάσεων της ΑΕΠΠ στις 25-05-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ