



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

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

ΑΠΟΦΑΣΗ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. Α27/2017

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Το 3^ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενο από τους : Μιχαήλ Οικονόμου (Πρόεδρο και Εισηγητή), Εμμανουέλα Σωτηροπούλου και Μιχαήλ Σειραδάκη, Μέλη, συνήλθε στις 31.10.2017 στην έδρα της Α.Ε.Π.Π., προκειμένου να εξετάσει την με 20/10/2017 ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ Προδικαστική Προσφυγή (ΑΕΠΠ 185/26.10.2016 ΙΙΙ/31.10.2017 της εταιρείας με την επωνυμία «.....», η οποία εδρεύει στην Κω,, κατά της παράλειψης της αναθέτουσας αρχής για νομότυπη ενημέρωση σε στάδιο της διαδικασίας (αρ. 367 του ν. 4412/2016) κατά της υπ' αρ. ηλεκτρονικής ανάρτησης της 80 ΑΔΤΕ ΚΩ-4^ο ΕΠΙΤΕΛΙΚΟ ΓΡΑΦΕΙΟ/2 Φ., και κατά της από 11/10/2017 Εισηγητικής έκθεσης της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού και κατά κάθε σχετικής συναφούς πράξης ή παράλειψης προγενέστερης ή μεταγενέστερης και κατά συνέπεια την ακύρωση της κριθείσας κατάλληλη προς σύναψη συμβάσεως, προσφορά και επιλαμβανόμενο του Αιτήματος Αναστολής-Προσωρινών Μέτρων το οποίο σωρεύει στην υπό κρίση προσφυγή της η Προσφεύγουσα,

αφού άκουσε την εισήγηση του Εισηγητή,

μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά Νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής:

1. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή κατατέθηκε με προφανές έννομο συμφέρον αφού η προσφεύγουσα συμμετείχε στην διαγωνιστική διαδικασία καταθέτοντας σύμφωνα με την κρίση της αναθέτουσας παραδεκτή τεχνική προσφορά.
2. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής έχει κατατεθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο (Κωδικός Παραβόλου 17039372795712180053) .
3. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικείμενου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτός κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. και άρα το σωρευμένο αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων.
4. Επειδή, με την από 29/09/2017 διακήρυξη της 80^{ης} ΑΔΤΕ προκηρύχθηκε διαγωνιστική διαδικασία για την Σύναψη Σύμβασης Υπηρεσιών για το έργο με αριθμό 15 «Παροχής Καθαριότητας στο ΚΥΤ Κω Α'ΦΑΣΗ» της δράσης «Παροχή υπηρεσιών

σίτισης, καθαριότητας και συντήρησης στα Κέντρα Υποδοχής και Ταυτοποίησης (Κ.Υ.Τ.) των νησιών ΟΠΣ 5009773 του ΕΠ 2014-2020.

5. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη στην πρόθεση κατακύρωσης του εν λόγω διαγωνισμού, σε μία (01) εκ των δύο (02) προκριθεισών εταιρειών από την διαδικασία εξέτασης των τεχνικών προσφορών και συγκεκριμένα, στην μειοδότη εταιρεία «.....» (.....), σύμφωνα και με τις ως άνω σχετικές απόψεις της .

6. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα προκύπτει ότι δεν είχε καμία νόμιμη ηλεκτρονική ήτοι μέσω του ΕΣΗΔΗΣ ή με οποιοδήποτε τρόπο έγγραφη ενημέρωση από την αναθέτουσα αρχή περί της ακριβούς προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και ειδικότερα την σχετική κρίση της αναθέτουσας επί του ανοίγματος των οικονομικών προσφορών κατά προφανή παράβαση του άρθρου 36 ν.4412/2016 που ρητά ορίζει ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ»..

7. Επειδή, η διακήρυξη ορίζει, μεταξύ άλλων, τα ακόλουθα : «3.1.1 Αποσφράγιση προσφορών. 3.1.1.1 Για το χρονικό διάστημα που καλύπτεται από το «Μητρώο Παραβατών Εταιρειών Παροχής Υπηρεσιών Καθαρισμού ή/και Φύλαξης που αναφέρεται σύμφωνα με το άρθρο 68 του Ν. 3863/2010 παρ. 2 περ. β) η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται, αμέσως μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, να υποβάλει γραπτό αίτημα προς τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για τη χορήγηση πιστοποιητικού, από το οποίο να προκύπτουν όλες οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος εκάστου των υποψήφιων εργολάβων. Το πιστοποιητικό αποστέλλεται στην αναθέτουσα αρχή μέσα σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την υποβολή του αιτήματος. Σε περίπτωση άπρακτης παρέλευσης της προθεσμίας, η αναθέτουσα αρχή δικαιούται να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης. Το πιστοποιημένο στο ΕΣΗΔΗΣ, για την αποσφράγιση των προσφορών αρμόδιο όργανο της Αναθέτουσας Αρχής (Επιτροπή Διαγωνισμού), προβαίνει στην έναρξη της διαδικασίας ηλεκτρονικής αποσφράγισης των φακέλων των προσφορών, κατά το άρθρο 100 του ν. 4412/2016, ακολουθώντας τα εξής στάδια: Ηλεκτρονική Αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» την Παρασκευή 06 (10:00) Οκτ 17 (το νωρίτερο τέσσερις (4) εργάσιμες ημέρες μετά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής ηλεκτρονικών προσφορών). Φυσική Αποσφράγιση των δικαιολογητικών διαγωνισμού: την Δευτέρα 09 Οκτ (10:00) 17, στην έδρα της 80 ΑΔΤΕ, στρ «ΟΔΥΣΣΕΑ ΑΝΔΡΟΥΤΣΟΥ Οικονομική Προσφορά», την Τρίτη στις 10/10/17 και ώρα 10:00. 3.1.1.1.3 Ηλεκτρονική Αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά κατακύρωσης», κατά την ημερομηνία και ώρα που θα ορίσει η αναθέτουσα αρχή 3.1.1.1.4 Φυσική αποσφράγιση του φακέλου του προσωρινού αναδόχου με τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά κατακύρωσης, όπως καθορίζονται στην παρ.3.3 της παρούσας. 3.1.1.2 Με την αποσφράγιση των ως άνω φακέλων, ανά στάδιο, κάθε προσφέρων που συνεχίζει σε επόμενο στάδιο αποκτά πρόσβαση στις λοιπές προσφορές και τα υποβληθέντα δικαιολογητικά τους, με την επιφύλαξη των πτυχών εκείνων της κάθε προσφοράς που έχουν χαρακτηριστεί ως εμπιστευτικές. Η αποσφράγιση των υποβληθέντων σε έντυπη μορφή των στοιχείων και

δικαιολογητικών των προσφορών για τη συμμετοχή των οικονομικών προσφερόντων στην διαδικασία θα γίνεται δημοσίως για κάθε στάδιο του μετά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των φακέλων των προσφορών στα γραφεία της αναθέτουσας αρχής 80 ΑΔΤΕ (αναγράφονται στοιχεία αναθέτουσας αρχής διεύθυνση) σε ημέρα και ώρα, για την οποία θα αποστέλλεται σχετική ειδοποίηση μέσω του συστήματος του ΕΣΗΔΗΣ στους προσφέροντες που συμμετέχουν σε κάθε στάδιο της διαδικασίας».

8. Επειδή σε άλλο σημείο της διακήρυξης αναφέρεται ότι «3.1.2 Αξιολόγηση προσφορών 3.1.2.1 Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. Ειδικότερα: 3.1.2.1.1 Η αρμόδια Επιτροπή καταχωρεί όσους υπέβαλαν προσφορές, καθώς και τα υποβληθέντα αυτών δικαιολογητικά και τα αποτελέσματα του ελέγχου αυτών σε πρακτικό, το οποίο υπογράφεται από τα μέλη του οργάνου. 3.1.2.1.2 Στη συνέχεια το αρμόδιο όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς, σύμφωνα με τους όρους των εγγράφων της σύμβασης και συντάσσει πρακτικό για την απόρριψη των τεχνικών προσφορών που δεν γίνονται αποδεκτές και την αποδοχή ή/και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών με βάση το κριτήριο ανάθεσης των εγγράφων της σύμβασης. Τα ανωτέρω υπό στοιχεία α και β στάδια μπορεί να γίνονται και ενιαία. 3.1.2.1.3 Οι κατά τα ανωτέρω σφραγισμένοι φάκελοι με τα οικονομικά στοιχεία των προσφορών, μετά την ολοκλήρωση της αξιολόγησης των λοιπών στοιχείων των προσφορών, αποσφραγίζονται κατά την ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στην ειδική πρόσκληση. Για όσες προσφορές δεν κρίθηκαν αποδεκτές κατά τα προηγούμενα ως άνω στάδια α' (παρ. 3.1.2.1.1) και β' (3.1.2.1.2) οι φάκελοι της οικονομικής προσφοράς δεν αποσφραγίζονται αλλά τηρούνται από την αναθέτουσα αρχή μέχρι την οριστική επίλυση τυχόν διαφορών που προκύπτουν από την ως άνω διαδικασία σύμφωνα με την παράγραφο 3.4. της παρούσας. 3.1.2.1.4 Η Επιτροπή Αξιολόγησης προβαίνει στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών και συντάσσει πρακτικό στο οποίο εισηγείται αιτιολογημένα την αποδοχή ή απόρριψή τους, την κατάταξη των προσφορών με βάση το οριζόμενο με την παρούσα κριτήριο ανάθεσης και την ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου».

9. Επειδή παρότι σύμφωνα με την προκήρυξη στο σημείο 3.1.2.1.7 «...Τα αποτελέσματα των ανωτέρω σταδίων επικυρώνονται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται στους προσφέροντες μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. Η Α.Α. μπορεί να επιλέξει κάθε πρακτικό αξιολόγησης της Επιτροπής, ανά επιμέρους στάδιο να εγκρίνεται με απόφαση του αποφαινόμενου οργάνου της Α.Α. κοινοποιώντας ταυτόχρονα την σχετική απόφαση μέσω του ΕΣΗΔΗΣ...»

10. Επειδή προκύπτει με σαφήνεια ότι η προσφεύγουσα πληροφορήθηκε το γεγονός ότι είχε αναρτηθεί στο ΚΗΜΔΗΣ με ημερομηνία 13-10-2017 η πρόθεση της Αναθέτουσας Αρχής να κατακυρώσει τον διαγωνισμό στον έτερο υποψήφιο, όχι μέσω της νομίμου διαδικασίας ήτοι μέσω σχετικής ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ. Συνεπώς ο ισχυρισμός της αναθέτουσας, ότι «.....» κατά το δεύτερο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (οικονομική αποσφράγιση των προσφορών) έλαβε ειδοποίηση από το ΕΣΗΔΗΣ, περί υλοποίησης του σταδίου αποσφράγισης «ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» την 11 Οκτ 17, τα αποτελέσματα του ηλεκτρονικού διαγωνισμού, γνωστοποιήθηκαν στην έτερη εταιρεία «.....» αρχικά τηλεφωνικά, όπως προβλέπεται στο άρθρο 361

παράγραφος 1β (κοινοποίηση της πράξης στον ενδιαφερόμενο με άλλα μέσα επικοινωνίας), κάτι το οποίο τεκμαίρεται από την εμπρόθεσμη (αυθημερόν) άσκηση της νόμιμης υποβολής στην ΑΔΤΕ, υπεύθυνης δήλωσης του ενιστάμενου, προκειμένου να προβεί σε έλεγχο και ενημέρωση του φακέλου προσφοράς του έτερου υποψηφίου, ότι με βάση της δυνατότητας της ηλεκτρονικής ενημέρωσης, ο οποιοσδήποτε ενδιαφερόμενος, δύναται να ενημερωθεί και από το ΚΗΜΔΗΣ, όπως προβλέπεται στο άρθρο 361 παράγραφος 1γ του Ν.4412/2016 (.....), για την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, γεγονός το οποίο υποδηλώνει ενημερότητα και ότι η πρόθεση κατακύρωσης που αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ, κοινοποιήθηκε στον ενιστάμενο με αποστολή ηλεκτρονικού μηνύματος, προς ενημέρωσή του στην ηλεκτρονική διεύθυνση που μας είχε αποστείλει», παρίσταται ως νόμω και ουσία αβάσιμος και ως τέτοιος τυγχάνει απορριπτέος. Συνεπώς από την συνολική επισκόπηση των εγγράφων της υπό κρίση υπόθεσης προκύπτει, ότι η αναθέτουσα συνομολογεί ότι δεν έκανε χρήση του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. προκειμένου να ενημερώσει τους συμμετέχοντες στην διαγωνιστική διαδικασία περί της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών και της πρόθεσης κατακύρωσης και αυτή η διαδικαστική πλημμέλεια δεν τυγχάνει θεραπεύσιμη από τις λοιπές ενέργειες της ως αυτές αναλύθηκαν ανωτέρω.

11. Επειδή, όπως έχει παγίως κριθεί από τη νομολογία, οι πράξεις της Επιτροπής Διαγωνισμού τόσο κατά τον έλεγχο των τυπικών δικαιολογητικών συμμετοχής στο διαγωνισμό, όσο και κατά την αξιολόγηση των προσφορών, έχουν χαρακτήρα γνωμοδότησης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής, και για το λόγο αυτό ως μη εκτελεστές πράξεις δεν υπόκεινται σε προδικαστική προσφυγή (421/2014 ΣΤΕ (Ασφ)). Ως εκ τούτου, η από 11/10/2017 Εισηγητική έκθεση της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού της αναθέτουσας συνιστά μη εκτελεστή πράξη με γνωμοδοτικό χαρακτήρα, η οποία απαραδέκτως προσβάλλεται με την υπό κρίση προσφυγή.

12. Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της Προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι μη νόμιμα αναθέτουσα προέβη στην τεχνική αποδοχή της προσφοράς του έτερου συνδιαγωνιζόμενου.

13. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Δ. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.).

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, στην κρινόμενη Προσφυγή, η Προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει τους λόγους εκείνους που θεμελιώνουν την κατ' επίκλησή της βλάβη της, κατά την έννοια που εκτέθηκε αμέσως ανωτέρω και συνεπακόλουθα θεμελιώνει καταρχήν την εκ μέρους της ύπαρξη εννόμου

συμφέροντος για την προσβολή της επίδικης εκτελεστής διοικητικής πράξης, προσδιορίζοντας ως άμεσο, προσωπικό και ενεστώς το έννομο αυτό συμφέρον της.

15. Επειδή, νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, ενώ προσέτι η πρόοδος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποσφράγιση και τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών και την έκδοση οριστικής κατακυρωτικής απόφασης ήθελε βασίμως θεωρηθεί ότι ζημιώνει την Προσφεύγουσα, ενώ παράλληλα καθιστά αλυσιτελή την αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

16. Επειδή, κατόπιν αυτών πρέπει να γίνει δεκτό το εξεταζόμενο αίτημα της προσφεύγουσας για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων της .

Διά ταύτα

Αποδέχεται το αίτημα της προσφεύγουσας για την λήψη προσωρινών μέτρων.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως απέχει από οποιαδήποτε διαδικαστική ενέργεια αναφορικά με τον υπό κρίση διαγωνισμό.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 31 Οκτωβρίου 2017 και δημοσιεύτηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος του 3^{ου} Κλιμακίου

Η Γραμματέας του 3^{ου} Κλιμακίου