

Η

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

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 4 Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή-Εισηγήτρια και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 28-6-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 603/29-6-2018 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...».

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΓΕΝΙΚΟ ΕΠΙΤΕΛΕΙΟ ..., ΚΕΝΤΡΟ ΕΦΟΔΙΑΣΜΟΥ ...».

Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία ο προσφεύγων σωρεύει αίτημα αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της διαγωνιστικής και κατακυρωτικής διαδικασίας, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η τυχόν αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και υπογραφής της τελικής σύμβασης, ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί μερικώς η υπ' αρ. Φ.604.2/04/03/17 (Σ.1128) από 5-6-2018 απόφαση της ΠΝ/ΚΕΦΝ/ΚΦ 1300/ΚΦ 1310 κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «...» και ανακήρυξε αυτήν προσωρινό ανάδοχο των υλικών του συνημμένου στη διακήρυξη Πίνακα Α, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης που προκηρύχθηκε με τη διακήρυξη 04^Ε /17 ηλεκτρονικού διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α309/2018

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ...ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 2.587,80 €, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του από τη γενική Γραμματεία Πληροφοριακών Συστημάτων, εμπρόθεσμα και παραδεκτά ασκείται κατά τα λοιπά.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αρ. ...διακήρυξη προκήρυξε ηλεκτρονικό διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία μέσω της υπογραφής συμφωνίας πλαισίου, χρονικής διάρκειας 4 ετών, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την προμήθεια αντλιών τύπου P-100, συνολικού προϋπολογισμού 517.560,00€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, CPV 35521100-3 και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 16-3-2018. Η διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 9-2-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ...και στο ΕΣΗΔΗΣ την 13-2-2018 με συστημικό α/α Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν δύο (2) οικονομικοί φορείς, ήτοι «...» και «...». Με την προσβαλλόμενη με αρ. Φ.604.2/04/03/17 (Σ.1128) από 5-6-2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κρίθηκε αποδεκτός ο φάκελος των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών αμφοτέρων των συμμετεχόντων, καθώς και οι οικονομικές προσφορές τούτων και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο συμμετέχων οικονομικός φορέας «...» με προσφερόμενο τίμημα το ποσό των 456.000€, ο δε έτερος συμμετέχων και προσφεύγων προσέφερε ως τίμημα το ποσό των 517.400€.

3. Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως εταιρία δραστηριοποιούμενη στην εμπορία αντλιών τύπου P-100, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης σύμβασης, δεδομένου ότι κατάθεσε προσφορά για την ανάθεση της εν προκειμένω προμήθειας, η οποία κρίθηκε δεκτή κατ' αμφοτέρα τα στάδια αξιολόγησης, ενώ αυτονόητα θίγεται από την πληττόμενη απόφαση της αναθέτουσας

Αριθμός απόφασης: Α309/2018

αρχής, με την οποία δεν αναδείχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος. Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

4. Επειδή, έως την ημέρα εξέτασης του αιτήματος του προσφεύγοντος, περί λήψης προσωρινών μέτρων, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε καταθέσει απόψεις περί αυτού.

5. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή ο προσφεύγων επικαλείται ότι εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή έκρινε αποδεκτό το φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικής προσφοράς της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό «...», καθόσον: **α)** ο φάκελλος των δικαιολογητικών συμμετοχής της δεν περιείχε την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη από την παρ. α του Παραρτήματος Β-Προσθήκη 1 της διακήρυξης στοιχείο Α/Α 2 του σχετικού πίνακα για την περίπτωση συνεργασίας του οικονομικού φορέα με έτερη οντότητα (κατασκευαστικό οίκο, εταιρεία, υπεργολάβο κτλ) δήλωση της υπόψη οντότητας, ότι σε περίπτωση κατακύρωσης του διαγωνισμού στον υποψήφιο οικονομικό φορέα, αποδέχεται έναντι του οικονομικού φορέα την παραγωγή του υλικού - εφοδίου, αποδεχόμενος ανεπιφύλακτα και πλήρως τους γενικούς και ειδικούς όρους της διακήρυξης, καθώς και την προδιαγραφή αυτής, **β)** η προσκομισθείσα εκ μέρους της δήλωση, σε εκπλήρωση του όρου 14 περ. Δ Παραρτήματος Β και της απαίτησης, περί προσκόμισης του δικαιολογητικού που περιγράφεται στο Παράρτημα Β, Προσθήκη Ι κεφ.β. Τεχνική Προσφορά α/α 3, του νόμιμου εκπροσώπου του δηλωθέντος εργοστασίου κατασκευής των προσφερομένων υλικών, σε περίπτωση που το δηλωθέν NCAGE του κατασκευαστή/ων των προσφερόμενων υλικών είναι διαφορετικό του NCAGE του κατασκευαστή/ων όπως αναγράφεται στη βάση δεδομένων του NMCRL (για όσα υλικά έχουν NSN) ή διαφορετικό του NCAGE του κατασκευαστή/ων (για όσα υλικά αναγράφονται με Part Number/NCAGE) (του τύπου κινητήρα ή μηχανήματος ή το υλικού που θα ενσωματωθούν τα προσφερόμενα υλικά ή των υλικών/ου που θα αντικαταστήσουν, είναι άκυρη, διότι είναι άνευ ταυτότητας και μη ιχνηλάσιμη, δεν προκύπτει καν η ταυτότητα του νομίμου εκπροσώπου της χορηγούσας τη βεβαίωση εταιρίας, δεν έχει περιληφθεί της τυπικής μορφής του πίνακα που απαιτείται από τη διακήρυξη και ο σχετικός

Αριθμός απόφασης: Α309/2018

πίνακας που παρατίθεται στο εν λόγω έγγραφο δεν είναι μεταφρασμένος στην αγγλική γλώσσα και γ) το προσφερόμενο υλικό δεν πληροί τις απαιτούμενες προδιαγραφές σε σχέση με το βάρος, τον κινητήρα, την αντιδιαβρωτική προστασία και την ασφάλεια προσωπικού.

6. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας 807/2018 Πράξης του Προέδρου του σε εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω προσφυγής.

7. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων, όπως κρίθηκε και στην απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3/2017 (σκέψη 2), 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 οιοδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής.

8. Επειδή δε, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 της ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017 περί του σκοπού των “καταλλήλων” 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 όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκόμενων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την έννοια κατά την ως άνω μνημονευθείσα εξάλλου Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017, ότι το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, αναφέρεται στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια, ήτοι πρώτον 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

Αριθμός απόφασης: Α309/2018

καταρχήν εκτίμηση περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία νομικού πλαισίου, δεύτερον την πιθανολόγηση συνδρομής μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των εμπλεκόμενων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, τρίτον τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την όποια ζημία που δύναται να προκληθεί από την αναστολή και τέταρτον 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).

9. Επειδή, η εν προκειμένω προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους με αντιπαραβολή των εγγράφων που κατέθεσε ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος και ερμηνεία, ως και υπαγωγή τους ως προς τους όρους της διακήρυξης σε αντιπαραβολή δε και με οικεία ερμηνεία του νόμου. Επομένως, ούτε πληρούνται οι όροι του αρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 και συνεπώς δεν δύναται να αρθεί η αυτοδίκαιη εκ του νόμου αναστολή σύναψης σύμβασης, ενώ περαιτέρω χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του αρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017.

10. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και της προσωρινής αναδόχου εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι της κατακύρωσης, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α19 και Α101/2017). Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της αποδοχής της προσωρινής αναδόχου τόσο στο στάδιο των δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών, όσο και κατ' αποτέλεσμα στο στάδιο των οικονομικών προσφορών, 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 απόρριψης της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης σε αυτήν, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να

Αριθμός απόφασης: Α309/2018

ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, εκθέτοντας εξάλλου αυτήν σε κίνδυνο άσκησης εκ μέρους της τελευταίας και αποζημιωτικών αιτημάτων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 16/2017). Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν επιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της συμμετοχής στα δύο ως άνω στάδια του προσωρινού αναδόχου, βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει η προσφυγή, η νυν ανακηρυχθείσα προσωρινή ανάδοχος θα έχει υποβληθεί ασκόπως στον φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή της αυτή θα ακυρωθεί δια της εκδοθησόμενης αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. ή και θα ανακληθεί από τον αναθέτοντα. Υπενθυμίζεται δε ότι σε περίπτωση οριστικοποίησης της κατακύρωσης, ναι μεν η Α.Ε.Π.Π. δεν εμποδίζεται να προβεί σε ακύρωση αυτής, ο δε προσφεύγων να την προσβάλει, πλην όμως ο ακυρωθείς οριστικός ανάδοχος ενδέχεται να αποκτήσει πιθανά αγωγικά δικαιώματα αποκλειστικά κατά της ίδιας της αναθέτουσας, 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 807/2018 Πράξεως του Προέδρου 6ου Κλιμακίου για την 10-7-2018, 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 αρχή, στη νυν προσωρινή ανάδοχο, τον προσφεύγοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα

Αριθμός απόφασης: Α309/2018

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. Σε κάθε περίπτωση, η εν προκειμένω χορήγηση προσωρινού μέτρου ανασταλτικού χαρακτήρα, η οποία, δεδομένων των παραπάνω, θα καλύπτει το διάστημα από την έκδοση της παρούσας έως και την έκδοση απόφασης επί της εξεταζόμενης την 10-7-2018 προσφυγής και για το διάστημα 20 ημερών, κατά το οποίο η Α.Ε.Π.Π. κατ' αποκλειστική προθεσμία, κατ' άρ. 18 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, οφείλει να εκδώσει την οικεία απόφαση, παρίσταται ως σκόπιμη, προεχόντως προς προστασία των ιδίων των συμφερόντων του αναθέτοντος, ιδίως δε από ακούσια πρόκληση ζημίας στην ίδια ή τον προσωρινό ανάδοχο από τυχόν κατακύρωση, η οποία πιθανόν να καταστεί μη νόμιμη δια της ακυρώσεως των προσβαλλόμενων πράξεων.

11. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο, σύμφωνα και με όσα αναφέρθηκαν στη σκ. 2 έχει και αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων. Ούτως, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα του σταδίου συλλογής δικαιολογητικών κατακύρωσης και οριστικής κατακύρωσης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση ή ανάκληση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης πρακτικού, έκδοσης πράξης για προσκόμιση δικαιολογητικών ή αξιολόγηση ή έγκριση αυτών, σχετικώς με το στάδιο αυτό και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί απόρριψης της οικονομικής προσφοράς του προσφεύγοντος, πράξεις θα κηρυχθούν αυτοδικαίως μη νόμιμες (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α95/2017).

6. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη του σταδίου κατακύρωσης, ως και της διαδικασίας προσκόμισης-παραλαβής από την προσωρινή ανάδοχο, αξιολόγησης και έγκρισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή και όλα τα σχετιζόμενα με τη διαγωνιστική διαδικασία όργανα αυτού, όπως άμεσα ανακαλέσουν και ματαιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφαση και εν γένει ενέργειά τους περί τη συλλογή από την προσωρινή ανάδοχο και την αξιολόγηση δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού και έκδοση πράξης οριστικής κατακύρωσης και ανακήρυξης οριστικού αναδόχου.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως άμεσα διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω παρατάσεως και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, καθώς και όπως ενημερώσει πάραυτα την προσωρινή ανάδοχο για την αναστολή που δια της παρούσας χορηγήθηκε ως προς τη διαδικασία οριστικής κατακύρωσης σε αυτήν και ως προς την υποχρέωση της για προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4-7-2018 και εκδόθηκε την 5-7-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ