

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Αυγούστου 2019 με την εξής σύνθεση: Πουλοπούλου Αγγελική Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηροπούλου-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλη, κατόπιν της με αρ. 8/2019 απόφασης της Ολομέλειας της ΑΕΠΠ και της με αρ. 25/2019 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής- λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 16.8.2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1035/19-8-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία, νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....» και των όρων της διακήρυξης με αρ.περί ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ, αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 10.427.419,35 ευρώ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής σε ευρώ ανά Ομάδα Ειδών.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή με την δεύτερη υπό κρίση Προσφυγή, η οποία κατετέθη την 16/8/2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) , κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα

Αριθμός Απόφασης : Α411/2019

ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και την 21/8/2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η Τεχνική Προδιαγραφή 21 της Ομάδας 13της προδιαγραφής με αριθμό 14 όπου απαιτείται «Να διαθέτει σύστημα μέτρησης/παρακολούθησης του ειδικού βάρους των αλκοολών». Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

2. Επειδή η, ως αναθέτουσα αρχή, με την υπ' αρ.διακήρυξή της, προκήρυξε Ηλεκτρονικό άνω των ορίων (Διεθνή) Ανοικτό Διαγωνισμός για την «Προμήθεια και εγκατάσταση, αθροιστικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 10.427.419,35 ευρώ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής σε ευρώ ανά Ομάδα Ειδών. Η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται σε 21 ομάδες και ειδικότερα 1η ΟΜΑΔΑ, προϋπολογισμού 270.161,29 άνευ ΦΠΑ, 2η ΟΜΑΔΑπροϋπολογισμού 100.806,45 άνευ ΦΠΑ, 3η ΟΜΑΔΑπροϋπολογισμού 64.516,13 άνευ ΦΠΑ, 4η ΟΜΑΔΑπροϋπολογισμού 528.225,81 άνευ ΦΠΑ, 5η ΟΜΑΔΑ ΣΥΣΤΗΜΑπροϋπολογισμού 455.645,16 άνευ ΦΠΑ, 6η ΟΜΑΔΑπροϋπολογισμού 250.000,00 άνευ ΦΠΑ, 7η ΟΜΑΔΑπροϋπολογισμού 685.483,87 άνευ ΦΠΑ, 8η ΟΜΑΔΑ προϋπολογισμού 564.516,13 άνευ ΦΠΑ, 9η ΟΜΑΔΑπροϋπολογισμού 483.870,97, 10η ΟΜΑΔΑπροϋπολογισμού 322.580,64 άνευ ΦΠΑ, 11η ΟΜΑΔΑ προϋπολογισμού 40.322,58 άνευ ΦΠΑ, 12η ΟΜΑΔΑπροϋπολογισμού 209.677,42 άνευ ΦΠΑ, 13η ΟΜΑΔΑπροϋπολογισμού 28.225,81 άνευ ΦΠΑ, 14η ΟΜΑΔΑπροϋπολογισμού 20.161,29 άνευ ΦΠΑ, 15η ΟΜΑΔΑπροϋπολογισμού 193.548,39 άνευ ΦΠΑ, 16η ΟΜΑΔΑ προϋπολογισμού 80.645,16 άνευ ΦΠΑ, 17η ΟΜΑΔΑ προϋπολογισμού 1.048.387,10 άνευ ΦΠΑ, 18η ΟΜΑΔΑ προϋπολογισμού 161.290,32 άνευ ΦΠΑ, 19η ΟΜΑΔΑπροϋπολογισμού 4.032.258,06 άνευ ΦΠΑ, 20η ΟΜΑΔΑπροϋπολογισμού 604.838,71 άνευ ΦΠΑ, 21η ΟΜΑΔΑ ΜΟΝΑΔΑπροϋπολογισμού 282.258,06 άνευ ΦΠΑ. Προσφορές υποβάλλονται

Αριθμός Απόφασης : Α411/2019

προσφοράς για μία ή και περισσότερες Ομάδες Ειδών. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα στις 26-7-2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 30-7-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/ατην 30-7-2019. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε αρχικά η 26-8-2019 ημέρα Παρασκευή και ώρα 12.00μ.μ. Εντούτοις, με την με αρ. αριθ. 2126/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής αποφασίστηκε η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, η οποία ορίστηκε για την 16-9-2019.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, με κωδικό, ποσού 600,00 €.

4. Επειδή η υπό κρίση Προσφυγή έχει ασκηθεί με 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.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός εμπίπτει ενόψει του αντικείμενου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από το άρθρο 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

6. Επειδή η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή η Προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας, ενδιαφέρεται δε να συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό, και ειδικότερα στη 13η ΟΜΑΔΑ, προϋπολογισθείσας δαπάνης 28.225,81 ευρώ άνευ ΦΠΑ επικαλείται δε συγκεκριμένους όρους της οικείας Διακήρυξης, οι οποίοι, όπως ισχυρίζεται, δεν

Αριθμός Απόφασης : Α411/2019

της επιτρέπουν να συμμετάσχει σε αυτόν καθώς η διατύπωση τους αποκλείει εξ αρχής τα προϊόντα της. Σε κάθε περίπτωση το ειδικότερο ζήτημα του εννόμου συμφέροντος της περί προβολής των συγκεκριμένων ισχυρισμών και δη όσον αφορά στη βλάβη της από τη συμπερίληψη των προσβαλλομένων όρων και τεχνικών προδιαγραφών σε κάθε επιμέρους τμήμα, θα κριθεί στο πλαίσιο της οριστικής εξέτασης της προσφυγής, δεδομένου ότι απαιτείται ενδελεχής έλεγχος των αιτιάσεων της προσφεύγουσας.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

9. Επειδή η προσφεύγουσα με την προσφυγής της υποστηρίζει ότι η Τεχνική Προδιαγραφή 21 της Ομάδας 13της προδιαγραφής με αριθμό 14 όπου απαιτείται «*Να διαθέτει σύστημα μέτρησης/παρακολούθησης του ειδικού βάρους των αλκοολών*» καθιστά τη Διακήρυξη ακυρωτέα και πρέπει να διαγραφεί, καθώς παραβιάζει το άρθρο 18 του διέποντος το διαγωνισμό νόμου 4412/2016 αφού αναφέρεται σε σύστημα [ιστοκινέτα] συγκεκριμένου κατασκευαστή (.....) και χαρακτηρίζεται "φωτογραφική" αποκλείοντας την συμμετοχή όχι μόνο της προσφεύγουσας, αλλά σχεδόν όλων των λοιπών εταιρειών του κλάδου, οι οποίες δεν διαθέτουν παρόμοιο σύστημα μέτρησης και παρακολούθησης του ειδικού βάρους των αλκοολών. Σε κάθε περίπτωση, υποστηρίζει ότι η ουσιαστική χρησιμότητα της εν λόγω απαίτησης / προδιαγραφής, που σχετίζεται με την ποιοτική μέτρηση και παρακολούθηση των διαλυμάτων επεξεργασίας, ούτως ώστε να ενημερώνεται αυτόματα ο χρήστης για την αντικατάσταση όσων εξ αυτών κρίνεται αναγκαίο να αντικατασταθούν, υπερκαλύπτεται από την προδιαγραφή της Διακήρυξης Νο[«να διαθέτει σύστημα ενημέρωσης των χρηστών για την αντικατάσταση των διαλυμάτων»].

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ουδέν έγγραφο σχετικά με τις απόψεις της επί της εξέτασης του αιτήματος αναστολής και προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή απέστειλε.

11. Επειδή, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με

Αριθμός Απόφασης : Α411/2019

την προσβαλλομένη και τους τιθέμενους όρους της διακήρυξης αυτής, χρήζουν ενδεδειγμένης έρευνας, σύμφωνα και με τους ανωτέρω προβαλλόμενους ισχυρισμούς, εμπεριέχεται δε τεχνική κρίση που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/2015, 41/2015, 46/2015) αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση η οποία δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασης αυτής για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής, προκειμένου να διαπιστωθεί αν πράγματι περιορίζεται ο ανταγωνισμός.

12. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της αιτούσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι 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) η αναθέτουσα αρχή ουδόλως αιτείται την απόρριψη του αιτήματος αναστολής.

13. Επειδή η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στα επόμενα στάδια είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι τυχόν ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων και ακύρωση κατ' ακολουθίαν της διακήρυξης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμες τις μετέπειτα έτερες εκτελεστές πράξεις της αναθέτουσας αρχής, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος όλων των μερών. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν περιληφθεί μη νόμιμοι όροι, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα των προσβαλλόμενων

Αριθμός Απόφασης : Α411/2019

όρων κατά την εξέταση της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Η χορήγηση δε 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 Προσφυγής αυτής. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας σε βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1314, 1315, 1316/2019 Πράξεως της Προέδρου 1ου Κλιμακίου, για την 19/9/2019, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας για διάστημα που θα επαρκεί για την εκ μέρους του Κλιμακίου, μετά την εξέταση της υπόθεσης κατά την ορισθείσα ημερομηνία ή τυχόν μεταγενέστερη λόγω αναβολής, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή, τον τυχόν παρεμβαίνοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η λήξη της διαδικασίας υποβολής προσφορών, η οποία πρόκειται να λάβει χώρα την 16-9-2019, θα στερήσει πρακτικά και προκαταβολικά την προσφεύγουσα από την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. αιτούμενη προστασία, θα καταστήσει αλυσιτελή και άνευ αντικείμενου την κρίση της τελευταίας επί της προσφυγής και εν γένει κατά τα ως άνω θα ζημιώσει σημαντικά τόσο την προσφεύγουσα, όσο και την αναθέτουσα αρχή, αλλά και τους έτερους τυχόν μετέχοντες και ευρύ κύκλο ενδιαφερόμενων τρίτων. Συνεπώς, ο όποιος οικείος κίνδυνος δύναται να προληφθεί αποτελεσματικά, αποκλειστικά με μόνη την αναστολή του χρόνου λήξης υποβολής προσφορών, αφού η τυχόν αυτή λήξη προ της έκδοσης απόφασης επί της προσφυγής είναι και η μοναδική συνθήκη που ενδέχεται να βλάψει την προσφεύγουσα ή τα λοιπά διακινδυνευόμενα συμφέροντα.

14. Επειδή, πέραν των ανωτέρω, όπως προκύπτει από την συνολική επισκόπηση του φακέλου, συντρέχει περίπτωση αναστολής της συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας προκειμένου το Κλιμάκιο να προχωρήσει στην διεξοδική εξέταση των αιτιάσεων της προσφεύγουσας και προκειμένου να μην δημιουργηθούν ανεπανόρθωτες καταστάσεις ως προς την εξέλιξη του

Αριθμός Απόφασης : Α411/2019

διαγωνισμού σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι μη νόμιμα η αναθέτουσα αρχή διενεργεί τον υπό κρίση διαγωνισμό με μη σύννομους όρους.

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα της περάτωσης της διαδικασίας υποβολής προσφορών. Το μέτρο αυτό ειδικότερα υλοποιείται με τη χορήγηση παράτασης στο στάδιο αυτό και δη του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών. Η παράταση αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας για τους τρίτους ενδιαφερόμενους, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία.

16. Επειδή, με δεδομένο ότι ήδη δια της υπ' αρ. 1314, 1315, 1316/2019 Πράξης Προέδρου 1ου Κλιμακίου ορίστηκε ως καταρχήν χρόνος εξέτασης της Προσφυγής η 19-9-2019 ενώ δεν αποκλείεται τυχόν αναβολή εντός του αποκλειστικού προς εξέταση της προσφυγής χρόνου, προκύπτει ότι το διάστημα των 26 ημερών από την παραπάνω ημερομηνία, που επαρκεί για την τυχόν, αν απαιτηθεί, αναβολή της εξέτασης και το περαιτέρω εικοσαήμερο αποκλειστικό διάστημα προς έκδοση απόφασης, συνιστά κατά τα ως άνω εύλογο διάστημα παράτασης του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών, ενώ παράλληλα θα εξασφαλίσει στο Κλιμάκιο επαρκή χρόνο για την εξέταση και έκδοση επί της προσφυγής απόφασης. Εξυπακούεται πως η παρούσα απόφαση δεν επιβάλλει ρητή ημερομηνία καθορισμού του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών, αλλά αυτή μπορεί να τεθεί κατ' ελεύθερη κρίση και εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής από την 16-10-2019 και έπειτα οποτεδήποτε.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό και να χορηγηθεί το προσωρινό μέτρο της παράτασης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών και δη κατά το περιεχόμενο της αμέσως προηγούμενης σκέψης.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα παρατείνει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, η οποία μπορεί να τεθεί κατ' ελεύθερη κρίση και εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής από την 16-10-2019 και έπειτα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 23 Αυγούστου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ