

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 29.08.2019 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από 22.08.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1057/22.08.2019 της εταιρίας με την επωνυμία «.....».

ΚΑΤΑ του και της με αριθ. πρωτ.Απόφασης του Υπουργού, δυνάμει της οποίας εγκρίθηκαν τα ως άνω υπ' αριθμ. 1/2019, 2/2019 και 3/2019 Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού και αναδείχθηκε προσωρινή Ανάδοχος του Διαγωνισμού η εταιρεία «.....».

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, κατόπιν εγκρίσεως των Πρακτικών περί αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, αναδείχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης η εταιρία «.....».

Αριθμός απόφασης: Α 418/2019

2. Επειδή, το Υπουργείοπροκήρυξε με την υπ'αριθ. Διακήρυξη ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό με τίτλο «.....», προϋπολογισμού 170.000,00 €, πλέον 24% και με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 04.06.2019 και καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 07.06.2019, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στις 01.07.2019 και ημερομηνία αποσφράγισης στις 05.07.2019. Στον Διαγωνισμό υπέβαλλαν προσφορά, πέραν από την προσφεύγουσα, και οι εταιρίες οι εταιρείες «.....», «.....» και «.....», εκ των οποίων με την προσβαλλόμενη αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρία «.....» ενώ η προσφεύγουσα έλαβε την δεύτερη θέση κατάταξης μετά την προσφορά της προσωρινής αναδόχου.

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 850,00 €, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της υπό ανάθεση σύμβασης.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 170.000,00€ 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

Αριθμός απόφασης: Α 418/2019

κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 16.08.2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 22.08.2019, ήτοι εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της στον εν λόγω διαγωνισμό, προσδοκώντας εύλογα την ανάθεση σε αυτήν της επίμαχης σύμβασης καθότι, αφενός μεν κατά τους ισχυρισμούς της η προσφορά της αναδειχθείσας εν τέλει προσωρινής αναδόχου εταιρίας «.....» έπρεπε να έχει απορριφθεί, αφετέρου δε η δικιά της προσφορά έλαβε την δεύτερη θέση κατάταξης, ήτοι αμέσως μετά την προσφορά της προσωρινής αναδόχου.

7. 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 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.

8. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) 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 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

Αριθμός απόφασης: Α 418/2019

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 ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

9. 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*».

10. 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.

11. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως

Αριθμός απόφασης: Α 418/2019

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.

12. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή της, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά τηςΑπόφασης του Υπουργού), δυνάμει της οποίας εγκρίθηκαν τα ως άνω υπ' αριθμ. 1/2019, 2/2019 και 3/2019 Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατά το μέρος που με αυτήν έγινε αποδεκτή η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας «.....» η οποία και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού. Με τον πρώτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της «.....» θα έπρεπε να απορριφθεί διότι η τεχνική της προσφορά συνιστά κατά παράβαση των όρων της οικείας διακήρυξης εναλλακτική προσφορά. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα αναφέρεται στους όρους του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης όπου περιγράφεται το φυσικό αντικείμενο αυτής και εκ των οποίων συνάγεται ότι αποτελεί συμβατική υποχρέωση του αναδόχου η πλήρης, καθολική και με δική του ευθύνη και δαπάνες συντήρηση του εξοπλισμού και των αναλώσιμων της μονάδος αφαλάτωσης, την οποία είχε προμηθεύσει και εγκαταστήσει στη νήσοη προσφεύγουσα, στο πλαίσιο προηγούμενου διαγωνισμού, ενώ, περαιτέρω, απαγορεύεται ρητώς και δη επί ποινή αποκλεισμού η εκ μέρους των διαγωνιζόμενων υποβολή εναλλακτικών προσφορών. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι σε απάντηση του από 19.06.2019 διευκρινιστικού εγγράφου της όπου τέθηκε ο προβληματισμός ως προς το ζήτημα ότι : «...Η υφιστάμενη συνολική εγκατάσταση αφαλάτωσης θαλασσινού νερού έχει κατασκευαστεί πριν από περίπου έξι έτη. Επομένως, οι μεμβράνες έχουν υπερβεί και το χρόνο καλής αποθήκευσής τους, αλλά και τον εγγυημένο χρόνο καλής απόδοσής τους, όπως τον δίνουν οι κατασκευαστές, που είναι 3 έτη. Συνεπώς, οι μεμβράνες χρήζουν σχετικά άμεσης αντικατάστασης και δύναται να μην παρέχουν νερό κατάλληλης ποσότητας και ποιότητας, ακόμη και κατά την παραλαβή της μονάδος από τον ανάδοχο προς λειτουργία», η

Αριθμός απόφασης: Α 418/2019

αναθέτουσα αρχή επιβεβαιώνοντας την ως άνω διαπίστωση περί ανάγκης άμεσης αντικατάστασης, λόγω παλαιότητας και εντεύθεν φυσιολογικής φθοράς των αναλώσιμων μεμβρανών της μονάδας αφαλάτωσης, απάντησε, δια του υπ' αριθμ. πρωτ. εγγράφου της ότι : «Ο Ανάδοχος θα πρέπει να προβλέψει ολική αντικατάσταση των περιεχόμενων μεμβρανών και παράδοση – εγκατάσταση στη μονάδα νέων μεμβρανών (μεμβρανοστοιχεία) ίδιας απόδοσης με απολύτως δική του ευθύνη και δαπάνες, έτσι ώστε να διασφαλίζει την ομαλή λειτουργία και στο τέλος της σύμβασης» και περαιτέρω, με το υπ' αριθμ. πρωτ.έγγραφό της , η αναθέτουσα αρχή διευκρίνισε προς την προσφεύγουσα ότι: «Η απάντησή μας στα υπ' αριθμ. 2 και 3 ερωτήματά σας ισχύει εφόσον ο χρόνος της διετούς σύμβασης του παρόντος Διαγωνισμού υπερβαίνει το χρόνο εγγύησης καλής λειτουργίας των 27 μηνών από την οριστική παραλαβή της μονάδας που παρείχατε στον υπ' αριθμ. πρωτ.διαγωνισμό της 11-1-2013 (ΑΔΑ:) για την προμήθεια της ανωτέρω μονάδος ή τον επιπλέον χρόνο που παρείχατε για τα επιμέρους τμήματα της μονάδος αφαλάτωσης (Σύμβαση, ΑΔΑΜ:)», δθέντος ότι η προσφεύγουσα συνιστούσε την ανάδοχο της αναφερθείσας προηγούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας. Τέλος, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι, στο πλαίσιο της προηγούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας και σύμφωνα με τους όρους αυτής, στο άρθρο 9.2 της Προσφοράς που είχε υποβάλει προβλεπόταν ότι «Για την κάθε μονάδα παρέχεται εγγύηση καλής λειτουργίας είκοσι επτά (27) μηνών. Ισχύει για όλα τα τμήματα του εξοπλισμού, εκτός από αναλώσιμα (εσωτερικά στοιχεία φίλτρων – φυσίγγια, χημικά και αισθητήρια)...Ανεξαρτήτως των υπολοίπων εγγυήσεων, οι μεμβράνες θα έχουν εγγύηση πέντε (5) ετών σε σχέση με την απόδοσή τους, τόσο από αστοχία υλικού, όσο και από αστοχία του συστήματος χημικών προκατεργασίας και καθαρισμού τους (εφόσον ακολουθούνται οι έγγραφες οδηγίες της και τα χημικά προμήθειας ή έγκρισής τους)...». Ενόψει όλων των ανωτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι Ως εκ τούτου, κατά την αληθή έννοια του υπ' αριθμ. πρωτ.εγγράφου της Αναθέτουσας Αρχής, η υποχρέωση του Αναδόχου της υπό δημοπράτηση σύμβασης, να προβαίνει σε κάθε είδους ενέργειες συντήρησης, αποκατάστασης, επισκευής κλπ. του

Αριθμός απόφασης: Α 418/2019

εξοπλισμού της μονάδος, κάμπτεται, κατ' εξαίρεση, εφόσον διαρκεί ακόμη η (27μηνη) περίοδος εγγύησης καλής λειτουργίας της μονάδος και υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι δεν πρόκειται για αναλώσιμα, ειδικώς, δε, επί των μεμβρανών, εφόσον το τυχόν ελάττωμα ή η δυσλειτουργία τους οφείλονται σε κατασκευαστική αστοχία τους ή σε αστοχία του συστήματος χημικών προκατεργασίας και καθαρισμού τους. Παρόλα αυτά, η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία «.....» αναφέρει στην σελ. 5 της τεχνικής της προσφοράς ότι : «...Σε περίπτωση που κατά τη διάρκεια Συντήρησης – Παρακολούθησης καλής λειτουργίας της μονάδας αφαλάτωσης και των υποδομών της δεν έχει λήξει ο χρόνος εγγύησής τους, το κόστος που θα προκύψει για την αντικατάσταση βασικού ή επί μέρους εξοπλισμού (ενδεικτικά αντλιών θαλάσσης, μεμβρανών, αντλιών τροφοδοσίας, αντλίας υψηλής πίεσης, συστήματος ανάκτησης ενέργειας, αυτοματισμού, κλπ εξοπλισμού), θα το επιβαρυνθεί η ανάδοχος εταιρεία της προμήθειας της αφαλάτωσης και η εργολήπτρια εταιρεία υλοποίησης των έργων υποδομής αντίστοιχα, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην διευκρινιστική απάντηση της Αναθέτουσας Αρχής με Αρ. Πρωτ.και ΑΔΑ:». Ήτοι, η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία αυτοαπαλλάσσεται από την υποχρέωση για την κάλυψη του κόστους και της εργασίας αντικατάστασης του συνόλου του εξοπλισμού της μονάδος αφαλάτωσης, συμπεριλαμβανομένων και των αναλώσιμων, αφού δεν τα εξαιρεί ρητώς. (αντιθέτως αναφέρει ότι η απαρίθμηση των υλικών, για τα οποία εξαιρεί την ευθύνη της είναι «ενδεικτική»). Περαιτέρω, αναφορικά με τις μεμβράνες, η συνδιαγωνιζόμενη δεν περιόρισε την ως άνω απαλλαγή της, ως όφειλε, στις ειδικές περιπτώσεις ΓΙΑ ΤΙΣ ΟΠΟΙΕΣ ΚΑΙ ΜΟΝΟ ΕΓΓΥΗΘΗΚΕ Η , δηλαδή της κατασκευαστικής αστοχίας τους ή της αστοχίας του συστήματος χημικών προκατεργασίας και καθαρισμού τους, αλλά συμπεριέλαβε αδιακρίτως κάθε εν γένει περίπτωση αντικατάστασής τους. Εφόσον, δηλαδή, η συνδιαγωνιζόμενη δεν διακρίνει με την Προσφορά της κάτι ειδικότερο, προκύπτει ότι δεν προτίθεται να καλύψει η ίδια το κόστος αντικατάστασης μεμβρανών, ούτε στην περίπτωση που τούτο επιβάλλεται επειδή «...η υφιστάμενη συνολική εγκατάσταση αφαλάτωσης θαλασσινού νερού έχει κατασκευαστεί πριν από περίπου έξι έτη...», ώστε «...οι

Αριθμός απόφασης: Α 418/2019

μεμβράνες έχουν υπερβεί και το χρόνο καλής αποθήκευσής τους, αλλά και τον εγγυημένο χρόνο καλής απόδοσής τους, όπως τον δίνουν οι κατασκευαστές, που είναι 3 έτη...», όπως τούτο προκύπτει από τα έγγραφα της αναθέτουσας αρχής. Μάλιστα, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, δια της ως άνω μεθόδευσης, η συνδιαγωνιζόμενη πετυχαίνει αθεμίτως σημαντική συμπίεση του κόστους υλοποίησης της υπό ανάθεση σύμβασης κατά παράβαση των αρχών της ισότητας και της ανάπτυξης υγιούς διαγωνιστικού ανταγωνισμού, σε βάρος των λοιπών συμμετεχόντων στο διαγωνισμό. Τούτων δοθέντων, στο βαθμό που, ειδικώς για την περίπτωση της ανάγκης αντικατάστασης των μεμβρανών, λόγω παρόδου μακρού χρόνου από την εγκατάσταση και την, έκτοτε, αποθήκευση και παραμονή σε αδράνεια, της μονάδος αφαλάτωσης, η «.....» εκ προοιμίου δηλώνει ότι δεν θα αναλάβει το σχετικό κόστος, ουσιαστικά υποβάλλει εναλλακτική Προσφορά, ευθέως αντίθετη με την κατά τα ανωτέρω καθολική ευθύνη του Αναδόχου για την κάλυψη κάθε είδους συντήρησης – επισκευής της μονάδος αφαλάτωσης και ρητώς απαγορευμένη, σύμφωνα με τα άρθρα 2.4.1 και 2.4.6 της Διακήρυξης, εκ του λόγου, δε, αυτού έπρεπε να αποκλειστεί από το διαγωνισμό. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση των απαιτήσεων της διακήρυξης σχετικά με το περιεχόμενο των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων, από την τεχνική προσφορά της «.....» απουσιάζει παντελώς η παράθεση οιοδήποτε συγκεκριμένου έκτακτου περιστατικού, το οποίο, είναι πιθανό, κατά την κρίση της, να ανακύψει κατά την εκτέλεση της σύμβασης, ώστε, εξαιτίας της ως άνω έλλειψης και μόνο θα έπρεπε να έχει απορριφθεί η προσφορά της. Περαιτέρω, μάλιστα, αν και δεν κατονομάζει ούτε ένα έκτακτο περιστατικό, η συνδιαγωνιζόμενη αναφέρεται με όλως αόριστο και γενικό τρόπο στην περίπτωση, κατά την οποία «...κάποιο απρόβλεπτο γεγονός, ενέργεια ή παράλειψη, εμποδίζει άμεσα ή έμμεσα, την εκτέλεση της Σύμβασης, εν μέρει ή εξ ολοκλήρου...», χωρίς, ωστόσο, να προσδιορίζει ποια ή ποιες ακριβώς θα είναι οι ενέργειες στις οποίες θα προβεί για την αποκατάσταση της ομαλότητας, κατά την εκτέλεση της σύμβασης, πέραν της καταγραφής και της γνωστοποίησης του (πάντως μη κατονομαζόμενου) προβλήματος στην

Αριθμός απόφασης: Α 418/2019

αναθέτουσα αρχή. Τούτων δοθέντων, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσφορά της «.....» θα πρέπει να απορριφθεί διότι υποβλήθηκε κατά παράβαση των άρθρων 2.4.3.2 και 2.4.6. της διακήρυξης, άλλως θα πρέπει να απορριφθεί ως εναλλακτική. Για τους λόγους αυτούς, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία «.....», σwareύοντας παράλληλα το αίτημα αναστολής της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

13. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣΤΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και η προσφορά της υποβλήθηκε όλως νομίμως και εμπροθέσμως, κατ'εσφαλμένη κρίση της Επιτροπής του Διαγωνισμού, έλαβε εν τέλει την δεύτερη θέση κατάταξης, παρότι θα έπρεπε να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης καθότι η τεχνική προσφορά της προσωρινής αναδόχου «.....» θα έπρεπε να έχει απορριφθεί.

15. Επειδή, οι προβαλλόμενοι εκ μέρους της προσφεύγουσας λόγοι για την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης συναρτώνται με την εξέταση της

Αριθμός απόφασης: Α 418/2019

τεχνικής προσφοράς της προσωρινής αναδόχου «.....» σε σχέση με τα οριζόμενα στην διακήρυξη και την ισχύουσα εν προκειμένω νομοθεσία, κρίση η οποία απαιτεί ενδελεχή εξέταση των στοιχείων του φακέλου και των απαιτούμενων στην επίμαχη διακήρυξη προδιαγραφών, προκειμένου να διαπιστωθεί εάν πληρούνται αυτές, μη δυνάμενη να συναχθεί στο πλαίσιο προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015). Σε κάθε δε περίπτωση, οι προβαλλόμενοι εκ μέρους της προσφεύγουσας ισχυρισμοί δεν πιθανολογούνται ως προδήλως απαράδεκτοι ή ως προδήλως αβάσιμοι.

16. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αλλά και του προσωρινού αναδόχου εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, ήτοι της πρόσκλησης του προσωρινού αναδόχου προς υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης και της αποσφράγισης και αξιολόγησης αυτών, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσοσύσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της διαδικασίας αξιολόγησης των προσφορών, η συνολική νομιμότητα της λοιπής ως άνω διαδικασίας αποσφράγισης και αξιολόγησης προσφορών και των δικαιολογητικών κατακύρωσης τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη τυχόν έτερη εκδοθείσα εν τω μεταξύ εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, οδηγώντας τοιουτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει νέα πράξη και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, τα οποία δύναται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας κατά το παρόν στάδιο.

17. Επειδή, ως εκ τούτου, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές

Αριθμός απόφασης: Α 418/2019

συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

18. Επειδή, εξάλλου, 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, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας αρχής από οποιαδήποτε ενέργεια αποσφράγισης/αξιολόγησης προσφορών, έκδοσης οιασδήποτε απόφασης και διενέργειας οιασδήποτε πράξης, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης ή έκδοσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με κάθε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα είναι άκυρες.

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, τα οποία σκοπούν στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω το υποβληθέν αίτημα αναστολής θα πρέπει να γίνει δεκτό και να ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της Προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με τη με αριθ. Διακήρυξη του, με αντικείμενο την «.....», μέχρι την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 418/2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 29 Αυγούστου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σταυρούλα Κουρή

Αργυρώ Τσουλούφα