

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Νοεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου Εισηγήτρια και
Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει αυτεπαγγέλτως το ζήτημα περί διαταγής προσωρινών
μέτρων επί της από 8-11-2019 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό
Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
1379/11-11-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως
εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την
ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν από 31-10-2019, με αρ. πρωτ.
Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την
προσφορά του οικονομικού φορέα, στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας
σύμβασης για την ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΨΥΧΡΟΥ ΑΣΦΑΛΤΟΜΙΓΜΑΤΟΣ ΓΙΑ ΤΗ
ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ, ΒΕΛΤΙΩΣΗ Κ.Χ. ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΚΑΙ ΥΠΟΔΟΜΩΝ 2019-
2020, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 79.838,71 ευρώ που προκηρύχθηκε με τη
με αρ. πρωτ. διακήρυξη, η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 20-6-
2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 21-6-2019 με συστημικό α/α
.....

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ., ποσού 600,00 ευρώ), πληρώθηκε δε δια του από 6-11-2019 εμβάσματος ΕΘΝΙΚΗΣ ΤΡΑΠΕΖΑΣ ΤΗΣ ΕΛΛΑΔΟΣ.

2. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της εμπροθέσμως κατατεθείσας την 8-11-2019 Προσφυγής κατά της από 31-10-2019 κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα, εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών, ως και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης προμήθειας αγαθών που λόγω εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας και χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Δια της προσφυγής του, ο προσφεύγων, που κρίθηκε αποδεκτός και κατετάγη δεύτερος μειοδότης, μετ' εννόμου συμφέροντος, στρέφεται κατά της αποδοχής του πρώτου μειοδότη και προσωρινού αναδόχου, προβάλλοντας ότι ο τελευταίος κατέθεσε μόνο μία βεβαίωση καλής εκτέλεσης για χύδην προϊόν, ενώ κατά τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης ζητούνταν τουλάχιστον δύο, υπέβαλε δε βεβαίωση προηγούμενης σύμβασης όπου πουθενά δεν αναφέρεται αν αφορά συσκευασμένο ή χύδην προϊόν και δεν ζητήθηκαν καν οι αναγκαίες διευκρινίσεις. Ο δε προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η οικεία διακήρυξη επί της οποίας καταρτήστικε η σύμβαση αναφέρεται σε σάκους 25 κιλών, ενώ επικαλείται ότι είναι εσφαλμένη η αιτιολογία της προσβαλλομένης περί μη ύπαρξης τέτοιας απαίτησης ως κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας στη διακήρυξη και μη πρόβλεψη για υποβολή σχετικού δικαιολογητικού. Με τις δε με αρ. πρωτ. Απόψεις της η αναθέτουσα επικαλείται ότι κατά τον όρο 2.4.3.2 της διακήρυξης η τεχνική προσφορά αφορά ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών και δεν μπορεί να αποτελέσει λόγο

απόρριψης της προσφοράς η μη υποβολή πιστοποιητικών εμπειρίας σε παρεόμοιες συμβάσεις, αφού δεν απαιτείται κατά τη διακήρυξη η συνδρομή τέτοιων προσόντων επαγγελματικής ικανότητας ούτε ζητούνται σχετικά δικαιολογητικά,, τα όποια δε δικαιολογητικά εμπειρίας υπεβλήθησαν εκ περισσού και δεν έπρεπε να ληφθούν υπόψη, η δε γνωμοδότηση της Επιτροπής Διαγωνισμού επ' αυτών δεν συνιστούσε διαφορετική αντιμετώπιση του ίδιου ζητήματος. Προς τούτο, εξάλλου, κατά την αναθέτουσα, δεδομένης και της ανάγκης της να προμηθευθεί τα υπό προμήθεια υλικά που αφορούν αποκατάσταση βλαβών και τη συνέπεια της όποιας επί της ολοκλήρωσης της διαδικασίας καθυστέρησης, επί της δυνατότητας της να εκτελέσει αποκατάσταση ζημιών στο δίκτυο της, αυτή αιτείται να μη διαταχθούν προσωρινά μέτρα. Επομένως, η προσφυγή δεν προκύπτει ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη και συνεπώς δεν τυγχάνει εφαρμογής η περίπτωση του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, αλλά είναι εξεταστέα περαιτέρω η τυχόν επιβολή προσωρινών μέτρων, της περίπτωσης του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017.

3. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και του προσωρινού 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 αποδοχής του προσωρινού αναδόχου στο στάδιο ήδη των προηγουμένων σταδίων, 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 κρίση του παρανόμου της αποδοχής της προσφοράς του νυν προσωρινού αναδόχου, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης στον τελευταίο, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να 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 επιλοχώσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, οι οποίες δύναται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της συμμετοχής στο στάδιο τεχνικών και οικονομικών προσφορών του νυν προσωρινού αναδόχου, βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. 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. ή και θα ανακληθεί από την αναθέτουσα. 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 αφέρωση 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. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1743/2019 Πράξεως Προέδρου 1ου Κλιμακίου για την 18-12-2019, αλλά και του αποκλειστικού διαστήματος στο οποίο η εξέταση μπορεί να λάβει χώρα κατ' άρ. 365 παρ. 4 και 8 Ν. 4412/2016, ήτοι εντός 40 ημερών από την άσκηση της προσφυγής, σε κάθε περίπτωση και ακόμη και αν αναβληθεί ή ματαιωθεί η ως άνω εξέταση, 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, στον νυν

προσωρινή ανάδοχο, τον προσφεύγοντα ή τρίτους, απορριπτομένων ούτως των περί του αντιθέτου ισχυρισμών της αναθέτουσας, η οποία εξάλλου όφειλε κατά τον προγραμματισμό της διαδικασίας, να λάβει υπόψη της και τις όποιες εύλογες καθυστερήσεις συνεπεία ασκήσεως των κατά το Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 οικείων δικαιωμάτων προδικαστικής και δικαστικής προστασίας των μετεχόντων. 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. 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, παρίσταται ως σκόπιμη, προεχόντως προς προστασία των ιδίων των συμφερόντων της αναθέτουσας, 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.

4. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο, 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 η αναστολή 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 αποδοχής της προσφοράς του νυν προσωρινού αναδόχου, πράξεις, θα καταστούν αυτοδικαίως μη νόμιμες (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α95/2017).

5. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να διαταχθούν προσωρινά μέτρα με το περιεχόμενο της αμέσως προηγούμενης σκέψης.

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 αυτής, 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 18-11-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΙΩΤΗ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ