

Αριθμός απόφασης: Α 103 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 4 Μαρτίου 2019, με την εξής σύνθεση:
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής – δυνάμει της
με αρ. 296/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα –
Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το
οποίο σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης
(ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 236/21-02-2019
της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει
στη, επί της, αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενης
(εφεξής «προσφεύγουσα» ή «προσφεύγων» ή «.....»)

Κατά του (.....), που εδρεύει στην (εφεξής «Αναθέτουσα
Αρχή» ή «.....» ή «ΑΑ»), στο πλαίσιο διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού
που αυτός διενεργεί για την ανάδειξη αναδόχου της(Διακήρυξη με
αριθμό και με α/α ΕΣΗΔΗΣ) (εφεξής «διαγωνισμός») και κατά της
με αριθμό 80 απόφασης της υπ' αριθ. 5/7-2-2019 συνεδρίασης του ΔΣ του
(εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη» ή «προσβαλλόμενη απόφαση»), κατά το
μέρος που δεν απέρριψε την οικονομική προσφορά της ανώνυμης εταιρείας
με την επωνυμία «.....» (εφεξής «.....»), για τους λόγους που αναφέρονται
στην εν λόγω Προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α 103 / 2019

1. Επειδή, ο με τη με αριθ. πρωτ. (ΑΔΑΜ:.....) Διακήρυξη του προκήρυξε ηλεκτρονικό άνω των ορίων διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την(α/α ΕΣΗΔΗΣ). Η υπό δημοπράτηση σύμβαση υποδιαιρούνταν σε τρεις ομάδες (.....), κάθε δε ομάδα σε δύο τμήματα, (ιδιόκτητα και μισθωμένα κτίρια), οι δε διαγωνιζόμενοι δικαιούνταν να υποβάλουν προσφορά σε κάθε τμήμα κάθε ομάδας συνολικά ή και μεμονωμένα. Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής και πιο συγκεκριμένα, για κάθε μία ομάδα από τα ιδιόκτητα ακίνητα το μεγαλύτερο ζυγισμένο ποσοστό έκπτωσης (Ζ.Π.Ε.) για κάθε συγκεκριμένη ομάδα και για κάθε ομάδα από τα μισθωμένα κτίρια το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης στη συγκεκριμένη ομάδα (όπως αναλυτικά περιγράφεται στη παράγραφο 2.3.1 της διακήρυξης). Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης για το σύνολο των ομάδων ιδιόκτητων και μισθωμένων κτιρίων ανήρχετο στο ποσό των 419.710,00 € πλέον ΦΠΑ. Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, σύμφωνα με τη διακήρυξη, ήταν η 30.11.2018. Στο διαγωνισμό υποβλήθηκαν τρεις (3) προσφορές, εκ των οποίων, μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, αποσφραγίστηκαν δύο (2) οικονομικές προσφορές, της και της Με την προσβαλλόμενη απόφαση του ΔΣ του τέλος εγκρίθηκαν τα με αρ. Υ67/65/43/06-12-18, Υ67/66/44/10-12-18, Υ67/71/47/18-01-19, Υ67/73/48/24-01-19, Υ67/74/49/29-01-19 και Υ67/76/50/31-01-19 πρακτικά της Επιτροπής Αξιολόγησης των Αποτελεσμάτων των Διαγωνισμών και των Διαδικασιών Διαπραγμάτευσης περί ηλεκτρονικής αποσφράγισης και ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, της τεχνικής προσφοράς και της οικονομικής προσφοράς των συμμετεχουσών εταιρειών στο διαγωνισμό και ως εκ τούτου κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των εταιρειών και, απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και αναδείχθηκε η εταιρεία ως προσωρινός ανάδοχος, για το σύνολο των τμημάτων/ομάδων, δεδομένου ότι είχε καταθέσει την συμφερότερη βάσει του κριτηρίου ανάθεσης τιμή, η δε εταιρεία δεν είχε προσφέρει καθόλου για

Αριθμός απόφασης: Α 103 / 2019

τα τμήματα της συντήρησης σε μισθωμένα κτίρια του στην επαρχία και τα νησιά. Κατά της απόφασης αυτής του, και συγκεκριμένα κατά το μέρος που δεν απορρίφθηκε η οικονομική προσφορά της εταιρείας άσκησε ο προσφεύγων την υπό εξέταση προδικαστική του προσφυγή.

2. Επειδή, με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. με το από 22-02-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, ο προσφεύγων, πλέον του αιτήματος του να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτός, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, ποσού 2.098,55€), το οποίο μάλιστα υπερβαίνει το αναλογούν ποσοστό επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης των τμημάτων της σύμβασης για τα οποία υπέβαλε προσφορά ο προσφεύγων, στο πλαίσιο των οποίων και ασκεί την προσφυγή του, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 2 του π.δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016), του αντικειμένου της (υπηρεσίες) και της νομικής φύσης του ως νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου, το οποίο αποτελεί μη κεντρική αναθέτουσα αρχή, ανήκει στη Γενική κυβέρνηση και συστάθηκε με το ν. 4387/16 (Α' 85), όπως ισχύει, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς και του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής

Αριθμός απόφασης: Α 103 / 2019

διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής της Προκήρυξης της σχετικής σύμβασης για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, η 31^η Οκτωβρίου 2018), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκούνται οι προδικαστικές προσφυγές είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

5. Επειδή, ο προσφεύγων που συμμετείχε στο διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, η οποία κρίθηκε αποδεκτή με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, προβάλλει ότι με την προσβαλλόμενη πράξη μη νόμιμα κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι η εταιρεία παρέλειψε, επί ποινή αποκλεισμού, να υποβάλει στον ηλεκτρονικό υποφάκελο «Οικονομική Προσφορά», επιπλέον της ειδικής ηλεκτρονικής φόρμας του συστήματος της οικονομικής προσφοράς, και σχετικό ηλεκτρονικό αρχείο σε μορφή .pdf ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο και συμπληρωμένο, ήτοι έγγραφο με το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης στην τιμή των προσφερόμενων υπηρεσιών και συγκεκριμένα: Α) για τα τμήματα 1-3: το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης για τις υπηρεσίες Full Maintenance για καθένα από τα τμήματα/ομάδες 1-3 το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης επί των τιμών των ανταλλακτικών του τιμοκαταλόγου του Παραρτήματος ΙΙ για καθένα από τα τμήματα/ομάδες 1-3 Β) για τα τμήματα 4-6: το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης για τις υπηρεσίες συντήρησης για καθένα από τα τμήματα/ομάδες 4-6. Κατά συνέπεια, η αναθέτουσα αρχή, κατά παράβαση των όρων 2.4, 2.4.2.4. και 2.4.4 της διακήρυξης, έκρινε αποδεκτή την οικονομική προσφορά της καθ' ης εταιρείας, ενώ ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών έπρεπε να την απορρίψει. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση των όρων του άρθρου 2.4.4 της διακήρυξης και των διατάξεων του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, η

Αριθμός απόφασης: Α 103 / 2019

αναθέτουσα αρχή ζήτησε από την καθ' ης εταιρεία να διευκρινίσει το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης στην τιμή των προσφερόμενων υπηρεσιών, διότι μια αίτηση διευκρίνισης δε μπορεί να θεραπεύει την έλλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών που ήταν απαραίτητη με βάση τα έγγραφα της σύμβασης, ούτε να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά έναντι των άλλων.

6. Επειδή, μετά ταύτα ο προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του.

7. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και κατόπιν επισκόπησης των εγγράφων της σύμβασης, η υπό εξέταση προσφυγή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, κατά τον πρώτο λόγο της τουλάχιστον, δεν είναι προδήλως απαράδεκτη ούτε προδήλως αβάσιμη. Τούτο, δε, διότι, δοθέντος ότι στο άρθρο 2.4.4 της διακήρυξης προβλέπεται ότι «...Εφόσον στην ειδική ηλεκτρονική φόρμα οικονομικής προσφοράς του ΕΣΗΔΗΣ δεν μπορεί να αποτυπωθεί ποσοστό έκπτωσης, για λόγους σύγκρισης των προσφορών από το σύστημα, στην ως άνω ηλεκτρονική φόρμα, οι συμμετέχοντες θα συμπληρώσουν: - για τα τμήματα/ομάδες 1-3: - την προσφερόμενη τιμή για τις υπηρεσίες Full Maintenance που προκύπτει μετά την αφαίρεση του ποσοστού της έκπτωσης που προσφέρουν - το ποσοστό έκπτωσης επί των τιμών των ανταλλακτικών του τιμοκαταλόγου ... για τα τμήματα/ομάδες 4-6: - την προσφερόμενη τιμή για τις υπηρεσίες συντήρησης που προκύπτει μετά την αφαίρεση του ποσοστού της έκπτωσης που προσφέρουν ... Καθώς η οικονομική προσφορά, δηλαδή το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης, έχει αποτυπωθεί έμμεσα στις ειδικές ηλεκτρονικές φόρμες του συστήματος, ο προσφέρων θα επισυνάψει στην ηλεκτρονική οικονομική προσφορά του, σε μορφή pdf, ηλεκτρονικά υπογεγραμμένο και συμπληρωμένο με το αναγραφόμενο ποσοστό έκπτωσης σύμφωνα με τα αναφερόμενα ανωτέρω. ...», δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι η οικονομική

Αριθμός απόφασης: Α 103 / 2019

προσφορά της εταιρείας δεν υποβλήθηκε κατά τους όρους και τον τρόπο που απαιτείτο. Οριστική κρίση, ωστόσο, επί της ουσίας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος φορέα δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

8. Επειδή, εφόσον εικάζεται ζημία του προσφεύγοντος από την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή εθνικού δικαίου, σύμφωνα με τον πιο πάνω τουλάχιστον λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, παρέλκει στο παρόν στάδιο η εξέταση για την πιθανολόγηση των λοιπών της λόγων.

9. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, κατά την οποία έχει ολοκληρωθεί και το στάδιο αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών.

10. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής, αλλά ακόμη και του έτερου οικονομικού φορέα, του οποίου έγινε δεκτή η οικονομική προσφορά εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου του στο επόμενο στάδιο, ήτοι του υποβολής και αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης προσωρινού αναδόχου, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της κρίσης επί της αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την πράξη έγκρισης πρακτικού αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του ήδη αναδειχθέντος προσωρινού αναδόχου, οδηγώντας τοιοιτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών και υποχρεώνοντας την αναθέτουσα αρχή να ακυρώνει πράξεις, με συνέπεια περαιτέρω χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Οι

Αριθμός απόφασης: Α 103 / 2019

παραπάνω κίνδυνοι, ωστόσο, δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 296/2019 Πράξεως της Προέδρου του 2ου Κλιμακίου για τη 19η-03-2019, η όποια επίπτωση από την αναστολή προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή ή στον έτερο οικονομικό φορέα που συμμετέχει στο διαγωνισμό. 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. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο έχει αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

11. Επειδή, εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή στις επί της προσφυγής απόψεις της, δεν προβάλλει ειδικό ισχυρισμό, ούτε προκύπτει ότι υφίστανται λόγοι για τους οποίους τυχόν ολιγοήμερη καθυστέρηση στην ολοκλήρωση του διαγωνισμού, λόγω της άσκησης της προσφυγής, μπορεί να την προκαλέσουν κάποια ζημία. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008).

12. Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η διαδικασία και υποβληθούν και εάν έχουν υποβληθεί να αποσφραγιστούν και αξιολογηθούν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση

Αριθμός απόφασης: Α 103 / 2019

απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του διεθνή ηλεκτρονικού διαγωνισμού που διενεργεί ο για την ανάδειξη αναδόχου της, (Διακήρυξη με αριθμό και με α/α ΕΣΗΔΗΣ) και δη αναστέλλει την υποβολή και, αν έχουν υποβληθεί, την αποσφράγιση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, μέχρις εκδόσεως απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 04 Μαρτίου 2019, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης