

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 12 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 31.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1/3.01.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...», με διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., (εφεξής «ο προσφεύγων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΥ» και κατά της απόφασης της 703ης Συνεδρίασης της Επιτροπής Ερευνών & Διαχείρισης του που συγκλήθηκε στις 13-12-2021, με την οποία εγκρίθηκαν τα με αρ.πρωτ. 51499/2021 πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού και συγκεκριμένα α) το 1ο Πρακτικό για την αποσφράγιση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών που κατατέθηκαν για το διαγωνισμό, β) το 2^ο Πρακτικό για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών που κατατέθηκαν για το διαγωνισμό και γ) το 3ο Πρακτικό για την ολοκλήρωση της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών που κατατέθηκαν για το διαγωνισμό, σε συνέχεια και των από 10-12-2021 διευκρινήσεων που στάλθηκαν μέσω ΕΣΗΔΗΣ από τον προσφεύγοντα, κατά το σκέλος αυτής, με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα ..., εφεξής «η προσβαλλομένη».

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων, αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το ως άνω σκέλος.

Αριθμός Απόφασης: Α 22/2022

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 824,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) που, υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης ποσού 164.720,00 ευρώ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. ... και συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ: ... διακήρυξε προκήρυξε ηλεκτρονικό διαγωνισμό κάτω των ορίων για τη δημοπράτηση του υποέργου 2 «ΨΗΦΙΟΠΟΙΗΣΗ ΥΛΙΚΟΥ ΥΛΟΠΟΙΗΣΗ ΨΗΦΙΑΚΩΝ ΕΦΑΡΜΟΓΩΝ ΠΡΟΒΟΛΗΣ» του έργου «ΨΗΦΙΟΠΟΙΗΣΗ ΚΑΙ ΕΦΑΡΜΟΓΕΣ ΠΡΟΒΟΛΗΣ ΤΟΥ ΑΡΧΕΙΟΥ ΤΟΥ ... (ΠΑΡΑΔΟΣΙΑΚΗ ΜΟΥΣΙΚΗ ΤΗΣ ...)» ΜΕ ΚΩΔΙΚΟ ΟΠΣ ...- Ε.Π. «...» 2014-2020-Κ.Α. 2020ΕΠ... με προϋπολογισμό εκατόν εξήντα τέσσερις χιλιάδες επτακόσια είκοσι ευρώ (164.720,00€) μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά επί τη βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την Παρασκευή 24/09/2021-Ωρα:14:30 και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την Τετάρτη 29/09/2021 και ώρα 11:00.

3. Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 25-08-2021 με ΑΔΑΜ ...καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 31-12-2021, δεδομένου ότι ο προσφεύγων έλαβε γνώση της

Αριθμός Απόφασης: Α 22/2022

προσβαλλομένης στις 23-12-2021, οπότε του κοινοποιήθηκε μέσω ανάρτησής της στη λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα την 28.12.2021 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και η εταιρεία «...», αμφότερων των οποίων έγιναν δεκτές οι προσφορές και βαθμολογήθηκαν με 102,20 βαθμούς η προσφορά του προσφεύγοντος και 112,50 η προσφορά του έτερου συμμετέχοντος οικονομικού φορέα. Συνεπώς, με έννομο συμφέρον ασκείται η υπό κρίση προσφυγή καθώς ο προσφεύγων συμμετέχει νόμιμα στη διαγωνιστική διαδικασία κι επικαλείται ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη αποδοχή της προσφοράς του έτερου μοναδικού συμμετέχοντος και όφελος από την ανάδειξη του ίδιου ως αναδόχου.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 3-01-2021 προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1/2022 Πράξη του Προέδρου του 4ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, η οποία δεν έχει αποστείλει μέχρι σήμερα τις απόψεις της επί της προδικαστικής προσφυγής, έστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 5-01-2021 απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

11. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι (α) Στην τεχνική προσφορά του οικονομικού φορέα και ειδικότερα στην παράγραφο 3.4.2 περιλαμβάνεται περιγραφή για διαφορετικές

Αριθμός Απόφασης: Α 22/2022

βάσεις δεδομένων, χωρίς κανέναν προσδιορισμό για επιλογή συγκεκριμένης βάσης δεδομένων και η οποία αποτελεί ομολογία για την ύπαρξη εναλλακτικής προσφοράς. Με βάση δε τα άρθρα 2.4.1 και 2.4.6 της διακήρυξης, η εν λόγω προσφορά θα πρέπει να απορριφθεί. Επικουρικά δε ο προσφεύγων προβάλλει ότι η εταιρεία «...» στη σελίδα 50 της προσφοράς της αναφέρει ότι προτείνεται η βάση δεδομένων ... η οποία είναι ενσωματωμένη στο σύστημα του ... και στη σελίδα 57 αναφέρεται η ..., έκδοση 5.7. ή νεότερη (βάση δεδομένων), που όμως επίσης αποτελεί εναλλακτική προσφορά καθώς δεν προσδιορίζεται ποια έκδοση της βάσης δεδομένων, παρά αναφέρεται είτε η έκδοση 5.7 είτε νεότερή της, αποδεικνύοντας σαφώς ότι η προσφορά της «...» είναι υπό αίρεση και ως εκ τούτου θα έπρεπε να απορριφθεί. Τέλος, η αναφορά σε δύο (2) διαφορετικές βάσεις δεδομένων διαφοροποιεί και το κόστος λειτουργίας και συντήρησης μετά την οριστική παραλαβή του έργου από την Αναθέτουσα Αρχή καθώς: Α) στην ... πέρα της ..., απαιτείται η εγκατάσταση του ... HTTP Server, του mod_... και του λειτουργικού συστήματος ... Β) στην ..., απαιτείται πέρα της ... και η εγκατάσταση της ..., του ..., του ... και του Περιβάλλοντος Java Runtime (β) μεταξύ των απαιτήσεων της διακήρυξης είναι η ύπαρξη της διαλειτουργικότητας της εμφάνισης χάρτη. Ωστόσο, προκειμένου να υπάρξει αυτή η λειτουργικότητα πρέπει να προσφερθεί μία βάση δεδομένων που ονομάζεται ... καθώς δεν υπάρχει κανένας άλλος τεχνικός τρόπος υλοποίησης και κάλυψης αυτών των απαιτήσεων. Από την ανάγνωση της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «...» γίνεται αντιληπτό ότι δεν προσφέρεται και δεν περιγράφεται πουθενά, καθώς υπάρχει απλή αναφορά στη δυνατότητα διασύνδεσης του προτεινόμενου ... με βάση δεδομένων Τουναντίον η περιγραφή της προσφερόμενης βάσης δεδομένων είναι μόνο η ... (σελίδα 57 της τεχνικής της προσφοράς) αποδεικνύοντας ότι οι απαιτήσεις εμφάνισης χαρτογραφικών δεδομένων όπως ζητούνται από τη διακήρυξη δεν καλύπτονται από τη διακήρυξη και άρα η προσφορά της «...» θα πρέπει να απορριφθεί ως μη καλύπτουσα απαραίτητο όρο της διακήρυξης, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.6 της διακήρυξης (γ) Με βάση την παράγραφο 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα, Β4, (β) της διακήρυξης, υπάρχει η σαφής απαίτηση προς όλους τους Οικονομικούς Φορείς: «... (β) σχετικά με την απαίτηση της

Αριθμός Απόφασης: Α 22/2022

παραγράφου 2.2.6, εδάφιο (β), πίνακα με την προτεινόμενη στελέχωση της Ομάδας Έργου όπου θα περιγράφεται ο ρόλος του κάθε στελέχους, οι αρμοδιότητες και τα καθήκοντά του». Η εν λόγω διατύπωση είναι ρητή και σαφής και προσδιορίζει τι πρέπει να περιγράψει ο κάθε Οικονομικός Φορέας στην ομάδα έργου που επιλέγει. Για την απόδειξη της επαρκούς ομάδας έργου, ο Οικονομικός Φορέας θα πρέπει να δώσει για κάθε προτεινόμενο στέλεχος την περιγραφή του ρόλου του στην ομάδα έργου αλλά και τις αρμοδιότητες και τα καθήκοντά του. Οποιαδήποτε άλλη απλή αναφορά, δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή, καθώς η διακήρυξη είναι σαφής και η διάταξη της παραγράφου 2.2.9.2. Β4 β τίθεται επί ποινή αποκλεισμού. Από τον πίνακα της ομάδας έργου που έχει υποβάλει η «...» στην τεχνική της προσφορά, δεν προκύπτει να υπάρχει καμιά στήλη με τίτλο 'αρμοδιότητες' και 'καθήκοντα' (παρά μόνο ρόλος και σχέση με την εταιρεία). Από την τεχνική προσφορά της εταιρείας «...» προκύπτουν οι πληροφορίες για τις αρμοδιότητες και τα καθήκοντά των: ΥΕ, ΑΥΕ, Υπεύθυνη διασφάλισης ποιότητας και για τα 3 μέλη που δανείζουν εμπειρία ήτοι κος. ..., κος ... και κος Δηλαδή από το σύνολο των εγγράφων της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «...» προκύπτουν οι αρμοδιότητες και τα καθήκοντά των 6 από τα συνολικά 11 μέλη της ομάδας έργου. Για τα υπόλοιπα πέντε (5) μέλη που δηλώνονται ήτοι: κος ..., κος ..., κα ..., κα ..., κα. ... και κα. ... δεν υπάρχει καμία αναφορά για τα καθήκοντα και τις αρμοδιότητές τους, κατά παράβαση των όρων της διακήρυξης. Μάλιστα από τα παραπάνω άτομα, 2 εξ αυτών, ήτοι οι κος ..., κος ... κατέχουν θέση που καλύπτει την τεχνική ικανότητα της εταιρείας (παράγραφος 2.2.6 της διακήρυξης θέση: «2 Επιστήμονες Πληροφορικής με τριετή εμπειρία στη δημιουργία δικτυακών τόπων και ψηφιακών εφαρμογών») και ως εκ τούτου η προσφορά της εταιρείας «...» θα πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της.

12. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. 1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί

Αριθμός Απόφασης: Α 22/2022

να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της[...].».

13. 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». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής -λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, 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.

14. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: 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 πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προσβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως 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 (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

15.Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας των ισχυρισμών-αιτιάσεων όπως προβάλλεται από τον αιτούντα, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του

Αριθμός Απόφασης: Α 22/2022

σχηματισθέντος φακέλου σε ενδικοφανές επίπεδο, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία.

16. Επειδή, α) η υπό κρίση Προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) ενδέχεται να υφίσταται βλάβη του αιτούντος από την προσβαλλόμενη πράξη, γ) οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία (αναστολή) δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη διάρκεια, δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής. Περαιτέρω, πέραν του γεγονότος ότι - ως προελέχθη - δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από την αναθέτουσα αρχή, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της, δηλαδή, σε σχέση με τη χορήγηση προσωρινών μέτρων, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του σε περίπτωση χορήγησης προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη. Επομένως παρίσταται πρόδηλη η αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Αριθμός Απόφασης: Α 22/2022

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να δίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

Διατάσσει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 12η Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ