

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29.10.2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια και Ευαγγελία Μιχολίτση, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην από 16.10.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) / 1496/19.10.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ανακληθεί, άλλως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αρ. 1315/1-10-2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής «...» κατά το μέρος με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας εταιρίας «...» και έγινε δεκτή και βαθμολογήθηκε η προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων «...» για την ανάθεση της σύμβασης «Προμήθεια Μηχανογραφικού Εξοπλισμού υποδομών με τεχνολογίες Cloud Computing και συναφείς υπηρεσίες». Ταυτόχρονα η προσφεύγουσα σωρεύει στην προσφυγή της και

αίτημα να ανασταλεί η προσβαλλόμενη απόφαση έως την έκδοση οριστικής απόφασης επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

2. Επειδή, με την υπ' αρ. «...» διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, με αντικείμενο την «Προμήθεια Μηχανογραφικού Εξοπλισμού υποδομών με τεχνολογίες Cloud Computing και συναφείς υπηρεσίες», με CPV «...», προϋπολογισθείσας αξίας ποσού 2.790.600,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ, διάρκειας 36 μηνών και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής. Το έργο έχει αντικείμενο την προμήθεια και εγκατάσταση όλου του απαραίτητου υλικού (hardware) καθώς και του λογισμικού συστήματός για τις ανάγκες των Περιφερειακών Διευθύνσεων, Φαρμακείων του «...». Το έργο περιλαμβάνει συνοπτικά το ακόλουθο αντικείμενο: • Προμήθεια, εγκατάσταση, ρύθμιση, παραμετροποίηση και θέση σε πλήρη παραγωγική λειτουργία εξοπλισμού • Προμήθεια εξοπλισμού και θέση σε λειτουργία του Λογισμικού Συστήματος • Υπηρεσίες Εκπαίδευσης – Υποστήριξης • Υπηρεσίες Περιόδου Εγγύησης και Τήρηση εγγυημένου επιπέδου υπηρεσιών Επιπλέον, και πρόσθετος σκοπός του έργου είναι η προμήθεια υποδομών με τεχνολογίες υπολογιστικού νέφους (cloud computing) και συναφών υπηρεσιών για την υποστήριξη της ορθής λειτουργίας των εν λόγω υποδομών. Η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στις 21-2-2020 και καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ «...» και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό «...». Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε στις 23-3-2020. Στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν τρεις (3) οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα η προσφεύγουσα «...», η ένωση εταιριών «...» και η ένωση εταιριών «...». Η Επιτροπή Διαγωνισμού με ατο υπ' αρ. 2/9-9-2020 Πρακτικό της εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας «...» μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής εκ του λόγου ότι «*Στο υποβαλλόμενο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ – Ε.Ε.Ε.Π.), της εταιρείας «...» και συγκεκριμένα στο πεδίο «Τεχνικό προσωπικό ή τεχνικές υπηρεσίες για τον έλεγχο της ποιότητας», ενώ ζητείται «Ο οικονομικός φορέας μπορεί να χρησιμοποιήσει το ακόλουθο τεχνικό προσωπικό*

ή τις ακόλουθες τεχνικές υπηρεσίες, ιδίως τους υπεύθυνους για τον έλεγχο της ποιότητας», η εταιρεία δεν έχει συμπληρώσει το απαιτούμενο πεδίο αλλά παραπέμπει στο φάκελο Δικαιολογητικών (λόγω μη ικανοποιητικού χώρου στο συγκεκριμένο πεδίο), χωρίς να καταγράφει την απαίτηση. Συνεπώς, το υποβαλλόμενο ΕΕΕΣ δεν έχει υποβληθεί σύμφωνα με τα οριζόμενα της Διακήρυξης Γ.1.2.1.1 ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ α) Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (Ε.Ε.Ε.Σ – Ε.Ε.Ε.Π.) και της κατευθυντήρια οδηγίας 23 με θέμα «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) και του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) (ΑΔΑ: Ψ3ΗΙΟΞΤΒ-Κ3Ε)» 2. Σύμφωνα με τη Διακήρυξη παρ. Γ.1.2.1.1 «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ» γ) Ελάχιστες Προϋποθέσεις Συμμετοχής, σημείο 3 ορίζεται: «...Ένας (1) Cloud Senior Engineer, ο οποίος θα πρέπει να διαθέτει τουλάχιστον τα ακόλουθα προσόντα και εμπειρία: • Πτυχίο Πληροφορικής Τριτοβάθμιας εκπαίδευσης Ελληνικού ή Ευρωπαϊκού Πανεπιστημιακού Ιδρύματος ή ΙΕΚ • Ελάχιστη εργασιακή εμπειρία 10 ετών στην Πληροφορική και 5 ετών σε παροχή υπηρεσιών Microsoft Cloud • Πιστοποίηση Microsoft Administrator Associate ...». Η Επιτροπή κατά την αξιολόγηση διαπίστωσε ότι, ο κύριος «...» (στέλεχος της υπερβολάβου εταιρείας «...»), που συμμετέχει στην Ομάδα Έργου ως Cloud Senior Engineer, δεν διαθέτει την Ελάχιστη εργασιακή εμπειρία 10 ετών στην Πληροφορική και 5 ετών σε παροχή υπηρεσιών Microsoft Cloud. 3. Τα υποβληθέντα βιογραφικά της Ομάδας Έργου δεν έχουν υποβληθεί σύμφωνα με το υπόδειγμα του Βιογραφικού Σημειώματος του Παραρτήματος C2 της Διακήρυξης, ως αναφέρεται στο σημείο της Διακήρυξης Γ.1.2.1.1 «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ» γ) Ελάχιστες Προϋποθέσεις Συμμετοχής, παρ.3.4». Με το ίδιο Πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη την παράγραφο Γ.5 ΑΠΟΡΡΙΨΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ της Διακήρυξης, εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της ένωσης εταιρειών «...» ως μη αποδεκτή ως προς τα οριζόμενα της παρ. Α.8.2 Συντήρηση – Τεχνική Υποστήριξη της Διακήρυξης. Τέλος, με το ως άνω Πρακτικό η Επιτροπή Διαγωνισμού εισηγήθηκε την αποδοχή της προσφοράς της ένωσης εταιρειών «...» ως αποδεκτής ως προς τα απαιτούμενα

δικαιολογητικά συμμετοχής στον διαγωνισμό και ακολούθως αξιολόγησε την τεχνική της προσφοράς με συνολική βαθμολογία 104,10. Στη συνέχεια, το ΔΣ της αναθέτουσας αρχής με την προσβαλλόμενη με αρ. 1315/2020 απόφασή του ομόφωνα αποφάσισε «*Την αποδοχή των από 29-05-2020 και 2/9-9-2020 Πρακτικών της Επιτροπής Αποσφράγισης, Αξιολόγησης και Βαθμολόγησης στα οποία προτείνουν: Α) Την αποδοχή της προσφοράς της ένωσης εταιρειών «...», καθώς διαπιστώθηκε ότι κατέθεσε τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη «...» δικαιολογητικά συμμετοχής και την αξιολόγηση της τεχνικής της προσφοράς, με συνολική βαθμολογία 104,10. Β) Την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας «...», καθώς διαπιστώθηκε ότι δεν κατέθεσε τα προβλεπόμενα από την εν λόγω διακήρυξη δικαιολογητικά συμμετοχής. Γ) Την απόρριψη της προσφοράς της ένωσης εταιρειών «...», καθώς η τεχνική της προσφορά δεν ήταν σύμφωνη με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη. Δ) Την ολοκλήρωση του σταδίου αξιολόγησης “Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά” και συνέχιση της διαδικασίας στο δεύτερο στάδιο της αποσφράγισης και αξιολόγησης της Οικονομικής Προσφοράς.».*

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ ΑΕΠΠ με κωδικό «...», ποσού 13.953,00€, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων

(μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 06.10.2020 και η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε την 16.10.2020.

6. Επειδή, η αιτούσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς έχει υποβάλει προσφορά στον υπόψη διαγωνισμό η οποία απορρίφθηκε και προσδοκά μετά την αποδοχή της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής να γίνει δεκτή η δικής της προσφορά και να βαθμολογηθεί και να απορριφθεί η προσφορά της μοναδικής δεκτής και βαθμολογηθείσας προσφοράς της ένωσης εταιρειών «...».

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 5ου 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, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί διότι εσφαλμένα η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση αφενός απέρριψε την προσφορά της κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και αφετέρου δέχθηκε την προσφορά της ένωσης εταιρειών «...», την οποία και βαθμολόγησε. Οι αναλυτικοί ισχυρισμοί με τους οποίους επιχειρείται η στοιχειοθέτηση των προαναφερόμενων λόγων θα αναπτυχθούν κατά την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ. πρωτ. ΔΑ5Β/100/63/21-10-2020 έγγραφο απόψεων της προς την ΑΕΠΠ επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων προβάλλει ότι *«...καλό θα ήταν να μην προχωρήσει η διαγωνιστική διαδικασία μέχρι την έκδοση της σχετικής απόφασης από την ΑΕΠΠ...»*.

10. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας*

αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

11. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «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 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. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

12. Επειδή, κατά τη σαφή έννοια των παραπάνω διατάξεων δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα, προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαδικασίας ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης.

13. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, κατά την κρίση της παρούσας σύνθεσης, η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1496/2020 προδικαστική προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη, ούτε ως προδήλως

αβάσιμη. Σε κάθε δε περίπτωση περιέχει συγκεκριμένους λόγους και αιτιάσεις, με τις οποίες αποδίδονται στην προσβαλλόμενη απόφαση σοβαρές πλημμέλειες που χρήζουν επισταμένης αξιολόγησης. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσον επί του παραδεκτού της προσφυγής όσο και επί της ουσίας των σχετικών ισχυρισμών της προσφεύγουσας δεν είναι δυνατόν να ληφθεί στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται η παρούσα σύνθεση να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9, 10, 20, 41, 46/2015), επιφυλασσομένη να αποφανθεί περί τούτων με την οριστική απόφασή της. Τούτο δε διότι, ενόψει και της σπουδαιότητας των τιθέμενων νομικών και πραγματικών ζητημάτων, απαιτείται προηγουμένως ενδελεχής σε έκταση αυτοτελώς και σε συνδυασμό μεταξύ τους μελέτη του συνόλου των εγγράφων της σύμβασης, καθώς επίσης και συνεκτίμηση των απόψεων και των πορισμάτων της επιστήμης και της νομολογίας. Εξάλλου, η ζημία της προσφεύγουσας από τη συνέχιση της διαδικασίας ανάθεσης πιθανολογείται πρόδηλη και σε κάθε περίπτωση μη αμελητέα.

14. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου της διαδικασίας ανάθεσης. Ωστόσο, 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 την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, επισημαίνεται ότι η παροχή προσωρινής προστασίας συνιστά έκφανση της προστασίας του δημοσίου συμφέροντος στο πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων γενικά. Υπό το πρίσμα αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

15. Επειδή, υπό τα δεδομένα αυτά, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και

προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή της προόδου της διαδικασίας ανάθεσης της υπόψη δημόσιας σύμβασης από την αναθέτουσα αρχή και δη η αναστολή της αποσφράγισης και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων έως την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής. Η αναστολή αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016, χωρίς με τη ρύθμιση αυτή να αίρεται η ταχεία πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας. Σε κάθε δε περίπτωση το μέτρο αυτό θα αρθεί αυτοδίκαια με την εκδοθησόμενη επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής οριστική απόφαση (άρθρο 366 παρ. 1 του ν. 4412/2016).

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το σωρευόμενο στην εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαδικασίας ανάθεσης της υπόψη δημόσιας σύμβασης και δη την αποσφράγιση και αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων έως την έκδοση απόφασης από την Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 29.10.2020 και εκδόθηκε στις 29.10.2020.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΚΑΤΣΑΡΟΥ ΜΑΡΙΑ**