

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 11.06.2019 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 03.06.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 670/04.06.2019 της ένωσης εταιριών με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του και της με αριθ. 90/2019 πράξης του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα με την οποία εγκρίθηκε το υπ'αριθ. 07/2019 Πρακτικό τεχνικής αξιολόγησης με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας «.....» και απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης.

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 εγκρίθηκε το Πρακτικό 7 περί αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων και απορρίφθηκε η τεχνική της προσφορά βαθμολογούμενη με λιγότερους από 100 βαθμούς.

Αριθμός απόφασης: Α 260/2019

2. Επειδή, ο (.....) προκήρυξε με την υπ' αριθ. Διακήρυξη ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό σύμφωνα με τις διατάξεις του ΒΙΒΛΙΟΥ ΙΙ του Ν. 4412/16 με αντικείμενο την «.....», προϋπολογισθείσας αξίας 135.580,00 ευρώ. Η σύμβαση περιλαμβάνεται ως υποέργο της Πράξης : «.....» η οποία έχει ενταχθεί στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «.....» και έχει λάβει κωδικό MIS και χρηματοδοτείται από την Ευρωπαϊκή Ένωση (Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης) και από εθνικούς πόρους μέσω του ΠΔΕ. Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής και η ημερομηνία διενέργειας του Διαγωνισμού ορίστηκε στις 08-01-2019. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 13.12.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α Στον Διαγωνισμό υπέβαλλαν αρχικά τις προσφορές τους συνολικά τρεις (3) οικονομικοί φορείς, ήτοι η ένωση εταιριών «.....», η εταιρία «.....» και η εταιρία «.....». Κατά την πρώτη φάση αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, με το Πρακτικό Νο2/2019 το ΔΣ του έκανε δεκτή τη συμμετοχή των εταιριών «.....» και «.....» στην επόμενη φάση του διαγωνισμού, ενώ απέρριψε τη συμμετοχή της προσφεύγουσας ένωσης εταιριών, διαπιστώνοντας ελλείψεις στο φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής της. Κατά της ως άνω απόφασης του ΔΣ, η προσφεύγουσα άσκησε νομίμως και εμπροθέσμως την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ185/12-2-2019 Προδικαστική Προσφυγή, επί της οποίας εκδόθηκε η υπ' αριθ. ΑΕΠΠ 329, 330/2019 απόφαση, η οποία ακύρωσε το υπ' αριθ 2/1-2-2019 Πρακτικό του ΔΣ, κατά το μέρος που απέρριψε τη συμμετοχή της προσφεύγουσας ένωσης εταιριών και κατά το μέρος που έκανε δεκτή τη συμμετοχή της εταιρίας «.....». Ο αναθέτων φορέας, μετά την έκδοση της υπ' αριθ. απόφασης ΑΕΠΠ 329,330/2019 και στο πλαίσιο εξέτασης της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας, απέστειλε προς αυτήν το υπ' αριθ. 793/1.10/3-5-2019 έγγραφο, με το οποίο ζητούσε από την προσφεύγουσα : 1) να της προσκομίσει συμβάσεις και βεβαιώσεις καλής

Αριθμός απόφασης: Α 260/2019

εκτέλεσης για την τεκμηρίωση της εμπειρίας της κας και 2) να διευκρινίσει σε ποιο σημείο της τεχνικής προσφοράς της υπάρχει η ρητή δέσμευση ότι κάποιος από τους κκ και, οι οποίοι έχουν δηλωθεί εκ μέρους μας ως Υπεύθυνος Έργου και Αναπληρωτής Υπεύθυνος έργου αντίστοιχα, θα έχουν παρουσία στα γραφεία του τουλάχιστον δυο φορές την εβδομάδα καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και καθ' όλες τις εργάσιμες ώρες. Σε απάντηση του ανωτέρω εγγράφου, η προσφεύγουσα ένωση εταιριών απέστειλε προς τον το από 9-5-2019 έγγραφο, με το οποίο διαμαρτυρόταν έντονα για την παραβίαση συμμόρφωσης προς την υπ' αριθ. 329,330/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, αφενός διότι το ζήτημα της εμπειρίας της κας. κρίθηκε από την ως άνω απόφαση με την κρίση ότι « Εκ των ανωτέρω στοιχείων με βάση την κατατεθείσα τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας προκύπτει ότι καλύπτεται πλήρως από την προσφεύγουσα η εμπειρία που απαιτείται για το Στέλεχος 1 της» και αφετέρου διότι η διευκρίνιση της δέσμευσης παρουσίας στα γραφεία του στελεχών της Ομάδας Έργου θα έπρεπε να ζητηθεί πριν την έκδοση του Πρακτικού 1 (πράξη ΔΣ 24/2019) για λόγους διαφάνειας και ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και διότι από τη στιγμή που η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν εντόπισε καμιά σχετική έλλειψη κατά τον έλεγχο πληρότητας και κανονικότητας των δικαιολογητικών συμμετοχής στο Πρακτικό 1, δεν είναι δυνατό να επανέρχεται στο θέμα αυτό σε μεταγενέστερο σημείο του Διαγωνισμού. Εν συνεχεία, συμμορφούμενος ο αναθέτων φορέας με την ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ, προχώρησε σε αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών της εταιρίας «.....» και της προσφεύγουσας ένωσης εταιριών «.....» και εκδόθηκε σχετικώς το Πρακτικό ΔΣ με αριθμό 7/2019 και η προσβαλλόμενη πράξη με την οποία η προσφορά της ένωσης εταιριών απορρίπτεται ως απαράδεκτη, διότι συγκέντρωσε βαθμολογία τεχνικής προσφοράς μικρότερη από 100 βαθμούς, καθόσον κατά την αιτιολογία του εν λόγω Πρακτικού «ο Υποψήφιος δεν ανταποκρίνεται στις τεχνικές προδιαγραφές που απαιτούνται ως προς την διαθεσιμότητα των μελών της Ομάδας Έργου του».

Αριθμός απόφασης: Α 260/2019

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 677,90 €, 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 135.580,00 € 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 κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 23.05.2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 03.06.2019, ήτοι εμπροθέσμως, καθότι η προβλεπόμενη εκ του νόμου δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έληγε την 02.06.2019, συμπιπτοντας όμως με μη εργάσιμη ημέρα (Κυριακή) και παρεκτεινόμενη για την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα, έληγε στις 03.06.2019 (πρβλ. ΑΕΠΠ 175/2017).

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, η οποία προσφορά εν τέλει έγινε αποδεκτή κατά την φάση αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από την απόρριψη της προσφοράς της κατά την επόμενη φάση αξιολόγησης τεχνικών προσφορών.

Αριθμός απόφασης: Α 260/2019

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 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

Αριθμός απόφασης: Α 260/2019

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 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 ισχυρίζεται ότι η απόρριψη της τεχνικής της προσφοράς για τον λόγο ότι «Ο υποψήφιος Ανάδοχος θα δεσμευτεί ότι ο Υπεύθυνος Έργου ή ο Αναπληρωτής του θα έχει παρουσία στα γραφεία της Αναθέτουσας Αρχής καθ' όλες τις εργάσιμες ώρες τουλάχιστον δύο φορές την εβδομάδα, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης» αφορά στο πρότερο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι στο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των διαγωνιζομένων, το οποίο ολοκληρώθηκε με την έκδοση του

Αριθμός απόφασης: Α 260/2019

Πρακτικού υπ' αριθ 2/1-2-2019 του ΔΣ του και όχι στο παρόν στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών. Και τούτο διότι η δέσμευση του υποψήφιου αναδόχου για φυσική παρουσία του Υπεύθυνου Έργου ή του Αναπληρωτή του καθ' όλες τις εργάσιμες ώρες τουλάχιστον δύο φορές την εβδομάδα αποτελεί ξεκάθαρα όρο ποιοτικής επιλογής του αναδόχου και όχι τεχνική προδιαγραφή κατά τα οριζόμενα στην επίμαχη διακήρυξη. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, εσφαλμένως ο αναθέτων φορέας επανήλθε δια της προσβαλλόμενης απόφασης σε μία κρίση η οποία αφορά σε πρότερο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Σε κάθε δε περίπτωση, η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι, όπως προκύπτει εκ των όρων της διακήρυξης, η απόδειξη του συγκεκριμένου όρου περί δέσμευσης του αναδόχου για φυσική παρουσία του Υπεύθυνου Έργου ή του Αναπληρωτή του καθ' όλες τις εργάσιμες ώρες τουλάχιστον δύο φορές την εβδομάδα στα γραφεία της Αναθέτουσας Αρχής, ο οποίος όρος συμπεριλαμβάνεται στην παράγραφο της Διακήρυξης που αναφέρει την Τεχνική και Επαγγελματική ικανότητα, σύννομα λαμβάνει χώρα κατά το στάδιο της κατακύρωσης και όχι σε προγενέστερο στάδιο του διαγωνισμού. Ακολούθως, με τον δεύτερο λόγο Προσφυγής της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η συμμετοχή της στο διαγωνισμό προϋποθέτει και συνεπάγεται τη ρητή και ανεπιφύλακτη αποδοχή του συνόλου των όρων, των συνοδευτικών εγγράφων και των Παραρτημάτων αυτού, από τα οποία φαίνεται εναργώς η δέσμευσή της για υλοποίηση του συγκεκριμένου όρου της Διακήρυξης, ήτοι της προσωπικής παρουσίας στα γραφεία της αναθέτουσας αρχής, προκειμένου να εξασφαλιστεί η συνεργασία των συμβαλλόμενων μερών και η υλοποίηση του έργου. Όπως εκ τούτου, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η μη κατά γράμμα αναφορά του όρου αυτού, όπως ακριβώς το μνημονεύει η Διακήρυξη, ότι δηλαδή «Ο υποψήφιος Ανάδοχος θα δεσμευτεί ότι ο Υπεύθυνος Έργου ή ο Αναπληρωτής του θα έχει παρουσία στα γραφεία της Αναθέτουσας Αρχής καθ' όλες τις εργάσιμες ώρες τουλάχιστον δύο φορές την εβδομάδα, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης» ουδόλως αναιρεί την πραγματική βούληση και δέσμευσή της για επιτόπια παρουσία, όποτε ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, παραβιάζοντας την αρχή της ισότητας, την αρχή της

Αριθμός απόφασης: Α 260/2019

επιείκειας και της προστατευόμενης εμπιστοσύνης του διοικουμένου και παραβλέποντας τη λογική, και την κατά κοινή πείρα και αντίληψη, έννοια της δήλωσής της. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι το γεγονός ότι η αναθέτουσα αρχή προβαίνει σε διαφορετική ερμηνεία της δήλωσής της συνιστά υπέρβαση των άκρων ορίων της διακριτικής της ευχέρειας, καθότι η δήλωση της προσφεύγουσας δεν αφήνει κανένα περιθώριο παρερμηνείας ότι δεν θα τηρήσει τη δέσμευση για επιτόπια παρουσία, ότι επιφυλάσσεται γι' αυτό ή ότι θέτει αιρέσεις ή λοιπές προϋποθέσεις, αντιθέτως συνιστά δήλωση απλή, ξεκάθαρη και ανεπίδεκτη κάθε άλλης ερμηνείας. Επιπλέον, ακόμη και αν θεωρηθεί ότι ο συγκεκριμένος όρος συνιστά τεχνική προδιαγραφή, το συμπέρασμα της αναθέτουσας αρχής ότι η προσφεύγουσα δεν έχει κατανοήσει επαρκώς την απαίτηση της ενότητας 2.2.6 δεν συνιστά λόγο απόρριψης, διότι η κατανόηση των όρων της Διακήρυξης δεν αποτελεί κριτήριο της τεχνικής αξιολόγησης ενός αναδόχου. Εφόσον δε ήθελε ο συγκεκριμένος όρος της Διακήρυξης να αποτελέσει βαθμολογούμενο κριτήριο της τεχνικής αξιολόγησης όφειλε η αναθέτουσα αρχή να τον συμπεριλάβει ρητά στην αντίστοιχη παράγραφο της Διακήρυξης που ορίζει τη βαθμολόγηση των προσφορών, ήτοι στις παραγράφους 2.3.1, 2.3.2., όπως επίσης και στο ΤΕΥΔ και το ηλεκτρονικό έντυπο της τεχνικής προσφοράς που παράγεται από το ΕΣΗΔΗΣ. Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η κρίση της αναθέτουσας αρχής ότι από τη συγκεκριμένη δήλωση της τεχνικής της προσφοράς προκύπτει ότι ο ανάδοχος δεν έχει λάβει την οργανωτική εκείνη μέριμνα για να ανταποκριθεί στο έργο, είναι επίσης έωλη, διότι σαφώς και με άρτια τεκμηρίωση αναφέρεται στην τεχνική προσφορά της η οργάνωση και διοίκηση της ομάδας έργου, στην Οργάνωση δε αυτή ρητά συμπεριλαμβάνεται πρόβλεψη για φυσική παρουσία στα γραφεία του Για τους λόγους αυτούς, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, σωρεύοντας παράλληλα το αίτημα αναστολής της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

13. Επειδή, με το από 08.06.2019 έγγραφό του ο αναθέτων φορέας εκφράζει τις απόψεις του επί της υπόψη Προσφυγής, αντικρούοντας ως

Αριθμός απόφασης: Α 260/2019

αβάσιμες τις αιτιάσεις αυτής. Ειδικότερα, ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης, όχι για τον λόγο ότι δεν πληρούσε κάποιο ποιοτικό κριτήριο επιλογής, όπως τούτο παραπλανητικά αναφέρεται στην προσφυγή της, αλλά για το λόγο ότι η προσφεύγουσα δεν έδειξε με την τεχνική της προσφορά, πρόνοια και οργανωτική μέριμνα για το πως θα ανταποκριθεί στην υποχρέωσή της για φυσική παρουσία του Υπευθύνου του Έργου ή του Αναπληρωτή του, επί τόπου δύο φορές την εβδομάδα, όπως απαιτεί η Διακήρυξη, το οποίο στοιχείο αξιολογήθηκε χωρίς να τίθεται ζήτημα δέσμευσης ή μη του οικονομικού φορέα προς τον σχετικό όρο της διακήρυξης. Κατά την άποψη του αναθέτοντος φορέα, η ανταπόκριση του οικονομικού φορέα στην οργανωτική μέριμνα και πρόνοια για φυσική παρουσία επί τόπου του έργου κρίθηκε αναγκαία και εισήχθη στην διακήρυξη, όχι μόνο ως υποχρέωση του αναδόχου (όρος 2.2.6), αλλά και ως όρος αξιολόγησης της τεχνικής προσφοράς των υποψηφίων (όρος 2.3, κριτήριο 2), δεδομένης της αρνητικής εμπειρίας του Οργανισμού και της επίγνωσης ότι κατά το μείζον οι συμμετέχοντες στους διαγωνισμούς και οι οριζόμενοι υπεύθυνοι έχουν την έδρα τους και την κατοικία τους, εκτός Κερκύρας, όπως εν προκειμένω και οι απαρτίζουσες την ένωση εταιρείες και τα φυσικά πρόσωπα που ορίστηκαν ως Υπεύθυνος του Έργου και Αναπληρωτής του. Μάλιστα, ο αναθέτων φορέας προβάλλει ότι στα οριζόμενα κατά την διακήρυξη κριτήρια ανάθεσης περιλαμβάνεται το επιμέρους κριτήριο 2.1 «Οργανωτική αποτελεσματικότητα της Ομάδας έργου» στο « Κριτήριο 2 - Ομάδα Έργου» όπου αναφέρεται επακριβώς τι θα αξιολογηθεί, ήτοι: *«Θα αξιολογηθεί η οργανωτική αποτελεσματικότητα, η διαθεσιμότητα και το προτεινόμενο σχήμα διοίκησης της Ομάδας Έργου, όπως αυτή θα προκύπτει από την προσφορά του υποψηφίου αναδόχου. Επίσης, αξιολογείται η εξοικείωση του υπευθύνου αλλά και των υπολοίπων μελών της ομάδας σε παρεμφερή έργα σε αντικείμενο και θεματική. Τα μόνιμα στελέχη του διαγωνιζόμενου που διατίθενται για την εκτέλεση της σύμβασης πέραν του προβλεπόμενου από την προκήρυξη βασικού στελεχιακού δυναμικού και οι αποδεδειγμένα μόνιμοι συνεργάτες του (ως μόνιμοι θεωρούνται αυτοί που έχουν αποδεδειγμένα συνεργαστεί με τον διαγωνιζόμενο σε δύο*

Αριθμός απόφασης: Α 260/2019

τουλάχιστον έργα στα τελευταία 3 χρόνια)». Επίσης, σύμφωνα με τον όρο 2.2.6 της διακήρυξης «Ο υποψήφιος Ανάδοχος θα δεσμευτεί ότι ο Υπεύθυνος Έργου ή ο Αναπληρωτής του θα έχει παρουσία στα γραφεία της Αναθέτουσας Αρχής καθ' όλες τις εργάσιμες ώρες τουλάχιστον δύο φορές την εβδομάδα, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης». Έχοντας υπόψιν τα ανωτέρω, η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού του προχώρησε και στην αξιολόγηση του κριτηρίου 2.1 «Οργανωτική αποτελεσματικότητα της Ομάδας έργου». Κατά την αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της ένωσης εταιρειών «.....» διαπιστώθηκε ότι στην σελίδα 72 της τεχνικής της προσφοράς αναφέρονται τα ακόλουθα «.....Επιπλέον, ο Ανάδοχος είναι σε θέση να εγγυηθεί την υποστήριξη του έργου επιτόπου στα γραφεία της Αναθέτουσας Αρχής, σε περίπτωση που αυτό απαιτηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου να εξασφαλιστεί η απαιτούμενη συνεργασία μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών και η υλοποίηση των ενεργειών οι οποίες και αποτελούν αναπόσπαστο και καθοριστικής σημασίας τμήμα του συνολικού έργου». Από την ανωτέρω διατύπωση, όχι μόνο έλειπε η ρητή και σαφής δέσμευση του υποψηφίου για φυσική παρουσία σύμφωνα με τον όρο 2.2.6 της σύμβασης, σύμφωνα με τον οποίο ο Υπεύθυνος Έργου ή ο Αναπληρωτής του θα έχει παρουσία στα γραφεία της Αναθέτουσας Αρχής καθ' όλες τις εργάσιμες ώρες τουλάχιστον δύο φορές την εβδομάδα, καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, αλλά εδημιουργείτο η εντύπωση ότι ο οικονομικός φορέας είτε δεν είχε κατανοήσει σαφώς την υποχρέωσή του αναδόχου και για το λόγο αυτό δεν παρουσίαζε οργανωτική μέριμνα για την ανταπόκριση του στην σχετική υποχρέωση είτε απέφευγε σκόπιμα να συμμορφωθεί ρητά προς τον σχετικό όρο της Διακήρυξης. Όπως μάλιστα σημειώνει ο αναθέτων φορέας, ο έτερος προκριθείς οικονομικός φορέας, όχι μόνο δεσμεύονταν ρητώς στην τεχνική του προσφορά, η οποία έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ, ότι ο Υπεύθυνος Έργου θα παρευρίσκετε στα γραφεία του καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης, αλλά και ως πρόσθετη τεκμηρίωση παρέθεσε πίνακα με την διαθεσιμότητα για έκαστο εκ των μελών της ομάδας με τον Υπεύθυνο Έργου να διατίθεται για 8 ανθρωπομήνες δείχνοντας ότι έχουν κατανοήσει πλήρως την σπουδαιότητα της

Αριθμός απόφασης: Α 260/2019

επιτόπιας παρουσίας ως προς την υλοποίηση ενός σύνθετου και πολύπλοκου έργου όπως είναι το Για τον λόγο αυτό, η Επιτροπή Διαγωνισμού, προς αποσαφήνιση του ανωτέρω σημείου, και ως όφειλε σε εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 310 του ν. 4412/2016, απέστειλε προς τον οικονομικό φορέα Ένωση Εταιρειών «.....» το υπ' αριθμ. πρωτ. 793/1.10/3-5-2019 έγγραφο, για την παροχή διευκρινήσεων, με το οποίο μεταξύ των άλλων ζητήθηκε από τον Υποψήφιο να διευκρινίσει «...σε ποιο σημείο της Τεχνικής σας Προσφοράς υπάρχει η ρητή αυτή δέσμευση ότι δηλαδή κάποιος από τους ΚΚ και, οι οποίοι έχουν δηλωθεί εκ μέρους σας ως Υπεύθυνος Έργου και Αναπληρωτής Υπεύθυνος έργου αντίστοιχα, θα έχουν παρουσία στα γραφεία του τουλάχιστον δυο φορές την εβδομάδα καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης και καθ' όλες τις εργάσιμες ώρες». Η προσφεύγουσα σε απάντηση του ανωτέρω εγγράφου απέστειλε το από 09/05/2019 έγγραφο, στο οποίο αναφέρει «.....Σχετική αναφορά για το σημείο 2 του εγγράφου σας υπάρχει εξάλλου στην ενότητα 4.1 της Τεχνικής μας Προσφοράς (σελ 72.». Όμως, στη σελίδα 72 της τεχνικής προσφοράς της, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι : «.....Επιπλέον, ο Ανάδοχος είναι σε θέση να εγγυηθεί την υποστήριξη του έργου επιτόπου στα γραφεία της Αναθέτουσας Αρχής, σε περίπτωση που αυτό απαιτηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου να εξασφαλιστεί η απαιτούμενη συνεργασία μεταξύ των συμβαλλόμενων μερών και η υλοποίηση των ενεργειών οι οποίες και αποτελούν αναπόσπαστο και καθοριστικής σημασίας τμήμα του συνολικού έργου». Ενόψει των ανωτέρω, ο αναθέτων φορέας επισημαίνει ότι ενώ η προσφεύγουσα είχε σε κάθε περίπτωση την δυνατότητα να συμπληρώσει την τεχνική της προσφορά, παρουσιάζοντας την οργανωτική μέριμνά της για το ζήτημα, όχι μόνο συμπλήρωσε την έλλειψη, αλλά, αναφέροντας ότι είναι σε θέση να εγγυηθεί την υποστήριξη του έργου, σε περίπτωση που αυτό απαιτηθεί από την Αναθέτουσα Αρχή, έδειξε ξεκάθαρα είτε ότι δεν κατανοούσε την πολύ συγκεκριμένη υποχρέωση του αναδόχου για υποχρεωτική παρουσία του Υπευθύνου Έργου ή του Αναπληρωτή Υπευθύνου Έργου, στα γραφεία του, δυο φορές την εβδομάδα και για το λόγο αυτό δεν παρουσίαζε την

Αριθμός απόφασης: Α 260/2019

απαιτούμενη οργανωτική μέριμνα για ανταπόκρισή της στην σχετική υποχρέωση ή ότι απέρριπτε την σαφή και ορισμένη απαίτηση της διακήρυξης για υποχρεωτική παρουσία του Υπευθύνου του Έργου ή του Αναπληρωτή του στο έργο δύο φορές την εβδομάδα, καθ' όλη την διάρκεια του έργου. Υπό αυτά τα δεδομένα, η Επιτροπή του Διαγωνισμού αξιολόγησε την προσφορά της και βαθμολόγησε αυτήν με 85 μονάδες, με αποτέλεσμα η προσφεύγουσα να μην συγκεντρώσει τον ελάχιστο απαιτούμενο βαθμό των 100 μονάδων και η προσφορά της να απορριφθεί ως απαράδεκτη. Αναφορικά δε με το αίτημα αναστολής προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ο αναθέτων φορέας επικαλείται ότι : *«Η προσφεύγουσα δεν προσδιορίζει με ποιο τρόπο θα βλαφθούν τα συμφέροντά της από την πρόοδο του διαγωνισμού ούτε γιατί τίθεται εν αμφιβόλω η νομιμότητα της διαδικασίας και κινδυνεύει με ματαίωση ο διαγωνισμός. Η πρόοδος της διαδικασίας σαφώς προβλέπεται ως κανόνας, αν δεν διαταχθούν προσωρινά μέτρα από την Αρχή σας και εφ' όσον η Αρχή σας εν τέλει έκρινε παραδεκτή και βάσιμη την προσφυγή της, ενώ προηγούμενα δεν είχε χορηγηθεί η αιτηθείσα προσωρινή διαταγή, με την απόφαση της Αρχής σας θα ήταν δυνατό να διαταχθεί η επαναφορά της διαδικασίας σε προηγούμενο στάδιο και το άνοιγμα και της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας. Αντιθέτως, η μη πρόοδος της διαδικασίας του διαγωνισμού θέτει εν αμφιβόλω όχι μόνο την χρηματοδότηση αλλά και την δυνατότητα ολοκλήρωσης του έργου για τους κάτωθι λόγους: Η υπό προκήρυξη σύμβαση εντάσσεται στο πλαίσιο υλοποίησης του έργου «.....» του προγράμματος στο οποίο ο συμμετέχει ως εταίρος. Το έργο “.....”, εντάσσεται στον Άξονα Προτεραιότητας 2 «Ολοκληρωμένη περιβαλλοντική Διαχείριση», στον Ειδικό στόχο 2.1: «Αξιοποίηση της πολιτιστικής κληρονομιάς και των φυσικών πόρων ως ένα τοπικό στοιχείο ενεργητικού της Περιοχής του Προγράμματος» και στη Θεματική Προτεραιότητα 6 «Διατήρηση και προστασία του περιβάλλοντος και προώθηση της ικανότητας αξιοποίησης των διαθέσιμων πόρων» του προγράμματος Στο πλαίσιο του εν λόγω έργου οι βασικές δράσεις που θα αναπτύξει ο στο πλαίσιο του έργου, πέραν αυτών που συμπεριλαμβάνονται στα πακέτα εργασίας οι οποίες αφορούν τη διαχείριση και*

Αριθμός απόφασης: Α 260/2019

την επικοινωνία του, αυτές είναι οι εξής: α) Κατασκευή ενός, β) Μελέτη για τις εμπλεκόμενες περιοχές σχετικά με τις παραδόσεις, τέχνες, παραδοσιακά επαγγέλματα και γαστρονομία προκειμένου να προσδιοριστεί το προφίλ της δομής που θα αναπτυχθεί, γ) Συμβολή στη δημιουργία ενός μόνιμου δικτύου κέντρων για την διατήρηση της ναυτικής παράδοσης στη διασυνοριακή περιοχή, δ) Συμμετοχή σε δράσεις προβολής και διάχυσης του δικτύου διατήρησης της ναυτικής παράδοσης. Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η κύρια δράση του είναι η κατασκευή του Ως γνωστόν η κατασκευή ενός τέτοιου σύνθετου κτιρίου προϋποθέτει την εκπόνηση μιας σειράς μελετών προκειμένου να μπορέσει να εκδοθεί η σχετική οικοδομική άδεια. Όλες οι εν λόγω υποστηρικτικές υπηρεσίες περιλαμβάνονται στην υπό προκήρυξη σύμβαση. Επίσης, είναι γνωστό ότι η εν λόγω διαδικασία απαιτεί και εύλογο χρονικό διάστημα για την περάτωση της και κατόπιν θα πρέπει να ακολουθήσει η διαγωνιστική διαδικασία για την κατασκευή του κτιρίου. Επιπλέον, αναφέρεται ότι η καταληκτική ημερομηνία υλοποίησης του έργου είναι τις 31/03/2020, δηλαδή σε ακριβώς 10 μήνες, με αποτέλεσμα η περαιτέρω καθυστέρηση της διαγωνιστικής διαδικασίας θέτει σε σοβαρό κίνδυνο την κατασκευή του και ως εκ τούτου θα αποτελέσει μια χαμένη ευκαιρία ανάδειξης του πλούσιου πολιτιστικού αποθέματος που διαθέτει η Κέρκυρα αλλά και απώλεια ενός έργου το οποίο θα μπορούσε να αποτελέσει παράγοντα τοπική ανάπτυξης λειτουργώντας προς όφελος του τοπικού πληθυσμού».

14. 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

Αριθμός απόφασης: Α 260/2019

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).

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και η προσφορά της έγινε αποδεκτή κατά την πρώτη φάση αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, ακολούθως, κατ'εσφαλμένη κρίση της Επιτροπής του Διαγωνισμού, η προσφορά της απορρίφθηκε κατά την δεύτερη φάση αξιολόγησης της τεχνικής της προσφοράς.

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

17. 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 αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, της ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, 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, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της διαδικασίας αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, η συνολική νομιμότητα της λοιπής ως άνω διαδικασίας αποσφράγισης και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και των δικαιολογητικών κατακύρωσης τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει

Αριθμός απόφασης: Α 260/2019

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 δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας κατά το παρόν στάδιο.

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, σε κάθε περίπτωση, 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 συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

20. 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.

21. Επειδή, νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού

Αριθμός απόφασης: Α 260/2019

προσωρινών μέτρων ενώ η υπό εξέταση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως αβάσιμη .

22. 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.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 11 Ιουνίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σταυρούλα Κουρή

Αικατερίνη Ζερβού