

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Ιανουαρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Πουλοπούλου Αγγελική, Πρόεδρος, Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Εισηγητής και Μπαχτσεβανίδου Δήμητρα, Μέλος.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 24.1.2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 94/25-1-2019 Προδικαστικής Προσφυγής της ένωσης οικονομικών φορέων «.....» και των μελών αυτής, πρώτον, με την επωνυμία «.....», με διακριτικό τίτλο «.....», δεύτερον, «.....», με διακριτικό τίτλο «.....» και τρίτον, με την επωνυμία «.....», με διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενων.

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

Με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή, στην οποία επισυνήφθη αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και δη αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας και απαγόρευσης αποσφράγισης, ελέγχου και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών του οικονομικού φορέα «.....», οι προσφεύγοντες αιτούνται την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτούς από 16-1-2019 υπ' αριθ. 21/2019 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, καθ' ο μέρος και κατ' επικύρωση των υπ' αρ. 1 και 2/2018 Πρακτικών της Ειδικής Τριμελούς Γνωμοδοτικής Επιτροπής του ηλεκτρονικού άνω των ορίων ανοικτού διαγωνισμού για την ανάθεση σύμβασης «....., εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 413.617,05 ευρώ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από

οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας/τιμής, που διακηρύχθηκε με τη με αρ. διακήρυξη της αναθέτουσας, απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 9-10-2018 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 11-10-2018 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α την 11-10-2018, απεκλείσθη η προσφορά της προσφεύγουσας ένωσης με αποτέλεσμα να καταστεί αποδεκτή μόνο η προσφορά της ως άνω τρίτης διαγωνιζομένης, η οποία περαιτέρω βαθμολογήθηκε με βαθμό 118,8 στο στάδιο τεχνικών προσφορών.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας από 24-1-2019 προσφυγής κατά της κοινοποιηθείσας στην προσφεύγουσα ένωση (εφεξής «προσφεύγουσα») την 16-1-2019 εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, κατά την οποία η ίδια μεν απεκλείσθη και δη λόγω μη πλήρωσης του κριτηρίου επιλογής 2.2.6.α, ήτοι ήδη κατά το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής, περαιτέρω δε εκρίθη ως αποδεκτή και βαθμολογήθηκε στο στάδιο τεχνικών προσφορών, με βαθμό 118,8 η προσφορά της ως άνω τρίτης διαγωνιζομένης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα κλήθηκε από την αναθέτουσα για παροχή διευκρινίσεων και με τις από 17.12.2018 διευκρινίσεις της παρέιχε τις οικείες διευκρινίσεις, μεταξύ των οποίων και όσον αφορά το κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας του άρ. 2.2.6.α της διακήρυξης περί πρότερης εμπειρίας, υπέβαλε 3 συμβάσεις, οι οποίες όμως κρίθηκαν ότι δεν πληρούν τα απαιτούμενα εξ αυτού του όρου, κατά το οποίο ζητείτο οι προσφέροντες «κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (ως πέρας της τριετίας ορίζεται η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών στο ΕΣΗΔΗΣ και αναλόγως υπολογίζεται και η αρχή της τριετίας) να έχουν εκτελέσει και ολοκληρώσει: τουλάχιστον μία (1) σύμβαση

παροχής υπηρεσιών συναφούς αντικειμένου με την παρούσα σύμβαση, ήτοι αξιολόγηση κινδύνου κλιματικής αλλαγής και ανάπτυξης μέτρων προσαρμογής, σε εθνικό ή περιφερειακό επίπεδο, σε Χώρες που βρέχονται από τη Μεσόγειο. ή την κατάρτιση επιχειρησιακών προγραμμάτων δημοσίων φορέων ή οργανισμών που περιλαμβάνουν πολιτικές και παρεμβάσεις σχετικές με την κλιματική αλλαγή σε Χώρες που βρέχονται από τη Μεσόγειο.». Οι δε προσφεύγοντες επικαλούνται ότι η κρίση της αναθέτουσας, ως προς τη σύμβαση μεταξύ του οικονομικού φορέα «.....» και του, όπως και μεταξύ του οικονομικού φορέα «.....» και της Τράπεζας, εσφαλμένα εκρίθησαν ως μη πληρούσες τα ως άνω ζητούμενα. Οι προσφεύγοντες στρέφονται κατά του αποκλεισμού τους, ζητώντας την ακύρωση της προσβαλλομένης κατά το οικείο μέρος της.

2. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται ακόμη και σε αυτεπάγγελτη εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω Προσφυγής, βάσει της ρητής οικείας ευχέρειας που απονέμει το άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόν παρεμβαίνοντος ή της αναθέτουσας. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων, όπως κρίθηκε και στην Απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3/2017 (σκέψη 2), προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της Προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια Προσωρινά Μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του Προσφεύγοντος ή οιοδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής. Επειδή δε, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 της ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017 περί του σκοπού των “καταλλήλων” προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του αρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του αρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκόμενων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την έννοια κατά την ως άνω

μνημονευθείσα εξάλλου Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017, ότι το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, αναφέρεται στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια, ήτοι πρώτον την κρίση περί τυχόν προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου της Προσφυγής, με την πιθανολόγηση επί του προδήλως αβασίμου να αφορά την έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία νομικού πλαισίου, η οποία κρίση πάντως περί μη προδήλως απαραδέκτου και μη προδήλως αβασίμου συνιστά προϋπόθεση για την περαιτέρω εξέταση της αίτησης χορήγησης προσωρινών μέτρων, αφού αν δεν πληρούται οδηγεί σε διαταγή του μέτρου του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017, δεύτερον την πιθανολόγηση συνδρομής μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των εμπλεκόμενων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, τρίτον τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την όποια ζημία που δύναται να προκληθεί από το προσωρινό μέτρο και τέταρτον την εξέταση του περιεχομένου των μέτρων με πρόκριση εκείνων που είναι κατάλληλα για την αποτροπή της ζημίας και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως με την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (βλ. και Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 3,6 και 8/2017).

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ., ποσού 2.068,10 ευρώ), πληρώθηκε δε την 24-1-2019 με έμβασμα Τραπέζης Περαιτέρω, η Προσφυγή αφορά διαδικασία άνω των ορίων του Βιβλίου Ι περί ανάθεσης σύμβασης υπηρεσιών, που υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την

καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή εμπροθέσμως ασκήθηκε κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 16-1-2019 και χρόνος ασκήσεως της προσφυγής η 24-1-2019), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από το σύνολο των νομίμων εκπροσώπων των προσφευγόντων. Η προσφυγή δε ασκείται με άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον, αφού δια της προσβαλλομένης η προσφεύγουσα ένωση απεκλείσθη από τα περαιτέρω στάδια της διαδικασίας. Συνεπώς, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη. Ομοίως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού οι προσφεύγοντες επικαλούνται συγκεκριμένους λόγους, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους με αντιπαραβολή των εγγράφων των προσφορών, τις οικείες όποιες τυχόν Απόψεις καταθέσει η αναθέτουσα, ως και την όποια παρέμβαση, και ερμηνεία ως και υπαγωγή των ως άνω ως προς τους όρους της διακήρυξης σε αντιπαραβολή δε και με οικεία ερμηνεία του νόμου. Επομένως, δεν χωρεί άρση αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης κατ' άρ. 15 παρ. 3, αλλά αντίθετα χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 38/2017.

4. Επειδή, η ζημία των προσφευγόντων, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και του ως άνω μόνου έτερου διαγωνιζομένου εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι του ανοίγματος οικονομικών προσφορών και επικύρωσης του οικείου όποιου πρακτικού, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας συμμετοχής ή αποκλεισμού από τα επόμενα στάδια προσφοράς διαγωνιζομένου, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου οικονομικών προσφορών τίθεται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της κρίσης περί του παραδεκτού ή απαραδέκτου προσφοράς κάποιου προσφέροντος, αν ενδιαμέσως λάβει χώρα, αποσφράγιση οικονομικών προσφορών και ούτως αξιολογηθούν τελικώς οι προσφορές και λάβει χώρα προσωρινή κατακύρωση

υπέρ κάποιου, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της έγκρισης πρακτικού οικονομικών προσφορών άρα και προσωρινής κατακύρωσης, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Περαιτέρω, η τυχόν κρίση περί μη νόμιμου αποκλεισμού της προσφεύγουσας ήδη κατά το στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής, θα επιβάλλει την αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της και εφόσον αυτή καλύψει τα ελάχιστα για την αποδοχή της τεθέντα, θα καταστεί άκυρη και η αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς του μόνου έτερου διαγωνιζομένου, καθώς αυτή βάσει του κριτηρίου ανάθεσης, είναι εκ του νόμου συγκριτική κατά το υπερβαίνον την ελάχιστη βαθμολογία αποδεκτής προσφοράς, ήτοι άνω του 100, μέρος της (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 328/2018 και 389-390/2018). Επομένως, αν ευδοκιμήσει η προσφυγή, θα πρέπει ούτως ή άλλως να εξεταστεί η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας και εφόσον κριθεί ως αποδεκτή, να επαναληφθεί η βαθμολόγηση συγκριτικά μεταξύ του έτερου διαγωνιζομένου και αυτής. Ούτως, η πρόοδος της διαδικασίας με αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς του πρώτου, ενδέχεται να διακινδυνεύσει την αντικειμενικότητα της βαθμολογικής αξιολόγησης, εφόσον αυτή χρειαστεί να επαναληφθεί κατά τα ανωτέρω. Επομένως, τυχόν αποσφράγιση οικονομικής προσφοράς του μόνου κατά το παρόν αποδεκτού μετέχοντος, αν η προσφεύγουσα τελικώς κριθεί ως μη νομίμως αποκλεισθείσα σε πρότερο διαγωνιστικό στάδιο, διακινδυνεύει την όλη νομιμότητα της διαδικασίας ως και τον διαγωνισμό με ματαίωση. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν επιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της ίδιας της τεχνικής προσφοράς-δικαιολογητικών του διαγωνιζομένου, την προσφορά του οποίου αφορά η Προσφυγή, βάσει της εξέτασης επί της τελευταίας. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 124/25-1-2019 Πράξεως της Προέδρου 1ου Κλιμακίου για την 11-2-2019, ήτοι εντός λίαν συντόμου διαστήματος, 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 ή τρίτους. 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.

5. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε της ύπαρξης ή μη ή και του ανά περίπτωση ειδικότερου περιεχομένου του αιτήματος του προσφεύγοντος δεδομένης της κατά την ως άνω σκ. 2, αυτεπάγγελτης εξουσίας του Κλιμακίου επί της απόφασης διαταγής ως και της διαμόρφωσης του περιεχομένου του ανά περίπτωση προσωρινού μέτρου, 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 του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, ως και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και κατακύρωσης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης ή απεύθυνσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με το στάδιο ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί της μη αποδοχής της προσφεύγουσας ένωσης κατά το στάδιο δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών, επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα καταστούν άκυρες.

6. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτό το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων και δη με το ως άνω κατά τη σκ. 5 ειδικότερο περιεχόμενο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας διατάσσοντας ειδικότερα την αναστολή του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, πρόσκλησης σε προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατακύρωσης έως και την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα και όλα τα σχετιζόμενα με τη Διαγωνιστική Διαδικασία όργανα αυτής, όπως άμεσα μатаιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφασή και εν γένει ενέργειά τους περί την αποσφράγιση και αξιολόγηση οικονομικών προσφορών και προσωρινή κατακύρωση, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού ή πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και αξιολόγηση ή και έγκρισή τους.

Διατάσσει την αναθέτουσα όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 29 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΡΥΠΑΡΗΣ ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ