

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Πουλοπούλου Αγγελική, Πρόεδρος, Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Εισηγητής και Τσουλούφα Αργυρώ, Μέλος.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 22.12.2018 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1371/24-12-2018 Προδικαστικής Προσφυγής του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου

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

Με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή, στην οποία επισυνήφθη αίτημα αναστολής της προσβαλλομένης ως την έκδοση Απόφασης από το Κλιμάκιο, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε από 13-12-2018 υπ' αριθ. 258/2018 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής αυτής, ως και κάθε συναφούς πράξης ή παράλειψης, καθ' ο μέρος εκρίθη αποδεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» στο τμήμα 6 του ηλεκτρονικού διαγωνισμού κάτω των ορίων που προκηρύχθηκε με τη με αρ. Διακήρυξη για την «.....», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με συνολική εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία 178.849,15 ευρώ και άνευ ΦΠΑ αξία του τμήματος 6 που αφορά η προσφυγή 37.715,70 ευρώ, που δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την

23-10-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την 23-10-2018 με συστημικό α/α

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 22-12-2018 προσφυγής κατά της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 13-12-2018 εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, ως και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας και δη ως προς το τμήμα 6 αυτής, όπου ο ίδιος εκρίθη αποδεκτός πλην δεύτερος, μετά τον νυν προσωρινό ανάδοχο, σε κατάταξη μειοδοσίας. Με τον μόνο λόγο της προσφυγής επικαλείται ότι ο ως άνω νυν προσωρινό ανάδοχος, κατά παράβαση των τεχνικών προδιαγραφών του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης και του όρου 6.4 αυτής περί επί ποινή αποκλεισμού υποβολής δειγμάτων, προσκόμισε δείγματα σάκων απορριμμάτων, η οποία στην κάτω πλευρά τους (πυθμένας) δεν φέρουν διπλή ραφή, όπως απαιτούσε η διακήρυξη για τον αποκλεισμό της πιθανότητας διάρρηξης των σάκων και διασκορπισμού των απορριμμάτων. Ο δε προσφεύγων υπέβαλε μετά της προσφυγής του και φωτογραφικό υλικό με τα δείγματα του ως άνω νυν προσωρινού αναδόχου.

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 αιτήσεως 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, 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 600,00 ευρώ), πληρώθηκε δε την 22-12-2018 με έμβασμα Τραπέζης Περαιτέρω, η Προσφυγή αφορά διαδικασία κάτω των ορίων του Βιβλίου Ι, που υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' άρ. 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 13-12-2018 και χρόνος ασκήσεως της προσφυγής η 22-12-2018), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προσφυγής, καθ' ο μέρος βάλλει κατά της αποδοχής του ως άνω έτερου διαγωνιζομένου και νυν προσωρινού αναδόχου ως προς το τμήμα 6 αφού σε αυτό ο προσφεύγων κατετάγη ως δεύτερος μειοδότης και συνεπώς αν αποκλειστεί ο νυν προσωρινός ανάδοχος, θα αναδειχθεί στη θέση του ο προσφεύγων. Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη. Ομοίως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται 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 του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και του προσωρινού αναδόχου εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη

της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι της κατακύρωσης, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α19 και Α101/2017). Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της αποδοχής προσωρινού αναδόχου ή άλλου διαγωνιζομένου τόσο στο στάδιο των δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών, όσο και κατ' αποτέλεσμα στο στάδιο των οικονομικών προσφορών (Απόφαση ΑΕΠΠ 96/2017), η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου κατακύρωσης τίθενται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της πρώτης, άρα και απόρριψης της προσφοράς προσωρινού αναδόχου, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης σε αυτόν, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, εκθέτοντας εξάλλου αυτήν σε κίνδυνο άσκησης εκ μέρους της τελευταίας και αποζημιωτικών αιτημάτων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 16/2017). Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφολωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, οι οποίες δύναται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της συμμετοχής στα δύο ως άνω στάδια του προσωρινού αναδόχου, βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει η προσφυγή, ο τυχόν νυν ανακηρυχθείς προσωρινός ανάδοχος, του οποίου η αποδοχή θα ακυρωθεί, θα έχει υποβληθεί ασκόπως στον φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή της αυτή θα ακυρωθεί δια της εκδοθησόμενης αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. ή και θα ανακληθεί από την αναθέτουσα. Υπενθυμίζεται δε ότι σε περίπτωση οριστικοποίησης της κατακύρωσης, ναι μεν η Α.Ε.Π.Π. δεν εμποδίζεται να προβεί σε ακύρωση αυτής, ο δε προσφεύγων να την προσβάλει, πλην όμως ο ακυρωθείς οριστικός ανάδοχος ενδέχεται να αποκτήσει πιθανά αγωγικά δικαιώματα αποκλειστικά κατά της ίδιας της αναθέτουσας, καθώς σε τέτοια περίπτωση θα έχει προβεί σε αφιέρωση πόρων και πιθανώς απώλεια

επιχειρηματικών ευκαιριών προς τον σκοπό και με την εύλογη προσδοκία της υπό σύναψη συμβάσεώς του με την τελευταία, η οποία όμως θα ήταν εξαρχής αδύνατη εάν τελικώς γίνει δεκτή η προσφυγή, και απλώς παρέστη ως πιθανή και λίαν υλοποιήσιμη, ακριβώς λόγω των μη νομίμων πράξεων της αναθέτουσας, που μεσολάβησαν μεταξύ των προσβαλλομένων και την έκδοση της απόφασης. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1787/2018 Πράξεως Προέδρου 1ου Κλιμακίου για την 31-12-2018, αλλά και του αποκλειστικού διαστήματος στο οποίο η εξέταση μπορεί να λάβει χώρα κατ' άρ. 365 παρ. 4 και 8 Ν. 4412/2016, ήτοι εντός 40 ημερών από την άσκηση της προσφυγής, σε κάθε περίπτωση και ακόμη και αν αναβληθεί ή ματαιωθεί η ως άνω εξέταση, 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 φορέα, στον νυν προσωρινή ανάδοχο, τον προσφεύγοντα 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. Σε κάθε περίπτωση, η εν προκειμένω χορήγηση προσωρινού μέτρου ανασταλτικού χαρακτήρα, η οποία, δεδομένων των παραπάνω, θα καλύπτει το διάστημα από την έκδοση της παρούσας έως και την έκδοση απόφασης, παρίσταται ως σκόπιμη, προεχόντως προς προστασία των ιδίων των συμφερόντων της αναθέτουσας, ιδίως δε από ακούσια πρόκληση ζημίας στην ίδια ή τον προσωρινό ανάδοχο από τυχόν κατακύρωση, η οποία πιθανόν να καταστεί μη νόμιμη δια της ακυρώσεως των προσβαλλόμενων πράξεων.

5. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε της ύπαρξης ή του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο, σύμφωνα και με όσα αναφέρθηκαν στη σκ. 2 έχει και αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων. Ούτως, το μόνο πρόσφορο και

συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφέροντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αναστολή του σταδίου συλλογής δικαιολογητικών κατακύρωσης και οριστικής κατακύρωσης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση ή ανάκληση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης πρακτικού, έκδοσης πράξης για προσκόμιση δικαιολογητικών ή αξιολόγηση ή έγκριση αυτών, σχετικώς με το στάδιο αυτό και κάθε επόμενο στάδιο, ως προς το τμήμα που αφορά η προσφυγή, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί αποδοχής अपαράδεκτης προσφοράς, πράξεις ή μη αποδοχής παραδεκτης προσφοράς, πράξεις, θα καταστούν αυτοδικαίως μη νόμιμες (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α95/2017).

6. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτό το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη του σταδίου κατακύρωσης, ως και της διαδικασίας προσκόμισης-παραλαβής από τον προσωρινό ανάδοχο, αξιολόγησης και έγκρισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης για το τμήμα 6 του διαγωνισμού, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή και όλα τα σχετιζόμενα με τη διαγωνιστική διαδικασία όργανα αυτής, όπως άμεσα ανακαλέσουν και ματαιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφαση και εν γένει ενέργειά τους περί τη συλλογή από τους

προσωρινούς αναδόχους και την αξιολόγηση δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού και έκδοση πράξης οριστικής κατακύρωσης και ανακήρυξης οριστικού αναδόχου για το τμήμα 6 διαγωνισμού.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή, όπως άμεσα διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω παρατάσεως και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, καθώς και όπως ενημερώσει πάραυτα τον προσωρινό ανάδοχο για την αναστολή που δια της παρούσας χορηγήθηκε ως προς τη διαδικασία οριστικής κατακύρωσης σε αυτόν και ως προς την υποχρέωση της για προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24 Δεκεμβρίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

ΓΡΥΠΑΡΗΣ ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ