

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της την 8 Απριλίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Πουλοπούλου Αγγελική Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου-Εισηγήτρια και
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται 1. στην από 29/3/2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 399/1.4.2019 της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και με το διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης και 2. στην από 1/4/2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 408/2.4.2019 της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης

Κατά του αναθέτοντος φορέα «.....» με το διακριτικό τίτλο «.....» ,νομίμως εκπροσωπούμενου και της πράξης με αριθμ. πρωτ./ΕΚ 34336/3378/21.3.2019 που εκδόθηκε στο πλαίσιο της με αριθμ. - πρόσκλησης σε διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία με αντικείμενο την «.....» συνολικού Προϋπολογισμού, €5.780.476,00 χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η οποία προσδιορίζεται βάσει της ανά είδος χαμηλότερης τιμής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή με την πρώτη Προδικαστική Προσφυγή η πρώτη προσφεύγουσα επιδιώκει όπως Α) ακυρωθεί εν μέρει η με αριθμ. πρωτ./ΕΚ 34336/3378/21.3.2019, πράξη/απόφαση του αναθέτοντος φορέα, κατά το μέρος που κρίθηκε τεχνικά αποδεκτή η προσφορά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», όσον αφορά στα ράουλα με στοιχεία Φ159Χ550, Φ159Χ315, Φ108Χ710, Φ133Χ465, Φ159Χ600, Φ108Χ900, Φ159Χ670, Φ108Χ1000 και Φ159Χ1000 (Α/Α 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 14, 16 και 17 του Πίνακα Ειδών και Ποσοτήτων) και στις γιρλάντες με Α/Α 20, 21 και 22 του εν λόγω Πίνακα Ειδών και Ποσοτήτων (ήτοι όσον αφορά όλα τα είδη για τα οποία, ως άνω, έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά της), άλλως και όλως επικουρικώς κατά το μέρος που κρίθηκε τεχνικά αποδεκτή η προσφορά της εν λόγω ανώνυμης εταιρείας όσον αφορά στα ράουλα με στοιχεία Φ159Χ550, Φ159Χ315, Φ108Χ710, Φ133Χ465, Φ159Χ600/30ΜΜ, Φ108Χ900, Φ108Χ1000, Φ159Χ1000 και Φ159Χ670/30ΜΜ (Α/Α 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 13, 14 και 17 του Πίνακα Ειδών και Ποσοτήτων) και στις γιρλάντες με Α/Α 20, 21 και 22 του εν λόγω Πίνακα Ειδών και Ποσοτήτων (ήτοι όσον αφορά όλα τα είδη για τα οποία έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά της, εκτός αυτών με Α/Α 10 και 16 του πίνακα ειδών και ποσοτήτων) και αποφασίστηκε η έγκριση της συμμετοχής της στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (άνοιγμα οικονομικών προσφορών), ως προς τα είδη αυτά και υπό τις ανωτέρω διακρίσεις, Β) ακυρωθεί κάθε, προηγούμενη ή επόμενη της προβαλλόμενης, πράξη ή παράλειψη του αναθέτοντος φορέα που ερείδεται στην προσβαλλόμενη πράξη/απόφαση και Γ) αποκλεισθεί από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας η προσφορά της ανωτέρω εταιρείας, όσον αφορά τα με Α/Α 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 14, 16, 17, 20, 21 και 22 είδη υλικών του Πίνακα Ειδών και Ποσοτήτων, άλλως και όλως επικουρικώς_όσον αφορά τα με Α/Α 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 13, 14, 17, 20, 21 και 22 είδη υλικών του Πίνακα Ειδών και Ποσοτήτων. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την

αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

2. Επειδή, με την δεύτερη Προδικαστική Προσφυγή η δεύτερη προσφεύγουσα επιδιώκει όπως Α) ακυρωθεί εν μέρει με αριθμ. πρωτ./ΕΚ 34336/3378/21.3.2019, πράξη/απόφαση του αναθέτοντος φορέα κατά το σκέλος αυτής με το οποίο απερρίφθη ως τεχνικά μη αποδεκτή η προσφορά της και Β) ακυρωθεί κάθε, προηγούμενη ή επόμενη της προσβαλλόμενης, πράξη ή παράλειψη του αναθέτοντος φορέα που ερείδεται στην προσβαλλόμενη πράξη/απόφαση. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

3. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη πως: α) και οι δύο Προδικαστικές Προσφυγές έχουν ασκηθεί στο πλαίσιο κοινής διαδικασίας, ήτοι της υπ' αριθμό – πρόσκλησης, και β) και οι δύο Προδικαστικές Προσφυγές επιδιώκουν την ακύρωση της ίδιας πράξης, ήτοι της με αριθμ. πρωτ./ΕΚ 34336/3378/21.3.2019 πράξης/απόφασης του αναθέτοντος φορέα, οι Προδικαστικές Προσφυγές εξετάζονται από κοινού λόγω συνάφειας και προς αποφυγή έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων της Α.Ε.Π.Π

4. Επειδή η «.....» , ως αναθέτων φορέας, με την με αριθμ. – πρόσκληση, προκήρυξε διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία με αντικείμενο την «.....» συνολικού Προϋπολογισμού, €5.780.476,00 χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η οποία προσδιορίζεται βάσει της ανά είδος χαμηλότερης τιμής. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 15-3-2019. Σημειωτέον, ότι, παρά τις διατάξεις των άρθρων της παρ. 1 του άρ. 296 Ν. 4412/2016, οι οποίες εφαρμόζονται στον υπόψη διαγωνισμό, δεδομένου ότι ο Αναθέτων Φορέας και ο διαγωνισμός υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016, διαγωνισμός δεν διενεργήθηκε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ ούτε μέσω κάποιας άλλης ηλεκτρονικής πλατφόρμας διαγωνισμών ισοδύναμων λειτουργικότητας. Το ζήτημα αυτό, ωστόσο, δεν εξετάζεται περαιτέρω, στα πλαίσια της εν θέματι εξέτασης, κατά τις διατάξεις της παρ. 1 του αρ. 345 και του αρ. 360 Ν.

4412/2016, καθόσον δεν εγείρεται σχετική αιτίαση για βλάβη της από τις Προσφεύγουσες ή για αθεράπευτη πλημμύρα της σχετικής διακήρυξης. Πλην όμως το Κλιμάκιο κρίνει ομοφώνως, ότι ο αναθέτων φορέας ενεργεί, σαφώς εκτός και πέρα των ορίων της νομιμότητας που θέτει το ενωσιακό και εθνικό νομοθετικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων δεδομένου του άρθρου 36 του ν. 4412/2016, που προβλέπει ότι οι αναθέτουσες αρχές υποχρεούνται να χρησιμοποιούν το Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. σε όλα τα στάδια της διαδικασίας σύναψης Δημοσίων συμβάσεων του παρόντος νόμου, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός διεξήχθη την 12.10.2018 και συμμετείχαν 6 οικονομικοί φορείς. Η Επιτροπή Τεχνικής Αξιολόγησης συνεδρίασε διαδοχικά στις 28.11.2018 και στις 12.12.2018 και αφού έλαβε υπόψη τα τεύχη της Διακήρυξης, τις προσφορές των διαγωνιζομένων και το υπόμνημα της πρώτης προσφεύγουσας διαπίστωσε μεταξύ άλλων ότι « [...]2. Η προσφορά της εταιρείας «.....» μπορεί να θεωρηθεί έγκυρη μόνο για τα προσφερόμενα είδη ραούλων με διάμετρο έως και 0159mm, καθώς η εταιρεία δεν έχει κατασκευάσει στα παρελθόν ράουλα διαμέτρου μεγαλύτερης των 0159mm, τα οποία έχουν χρησιμοποιηθεί με επιτυχία και χωρίς προβλήματα σε συνθήκες παρόμοιες των Ορυχείων, κατά την τελευταία τριετία. Τα παραπάνω αποδεικνύονται από το γεγονός ότι η εταιρεία υπέβαλε βεβαιώσεις χρηστών και καταλόγους πωλήσεων σε συνδυασμό με βεβαιώσεις χρηστών, μόνο για ράουλα με ονομαστική διάμετρο έως 0159 mm t 3. Η προσφορά της εταιρείας «.....» χρήζει περαιτέρω διευκρινήσεων καθώς, σύμφωνα με το άρθρο 6.3.1, δεν υπάρχουν βεβαιώσεις των οίκων παραγωγής και των προσφερόμενων ρουλεμάν των ραούλων επισημάνσεις επί των προσφορών των υπόλοιπων διαγωνιζομένων[...]» Σε συνέχεια των ανωτέρω, η Επιτροπή Τεχνικής Αξιολόγησης ζήτησε εγγράφως από τις διαγωνιζόμενες Εταιρείες μεταξύ των οποίων και την πρώτη προσφεύγουσα «.....», να προσκομίσουν διευκρινιστικά στοιχεία επί των προσφορών τους, σύμφωνα με το Άρθρο 8.1.2. του Τεύχους «Όροι και Οδηγίες» της Διακήρυξης και το Ν.4412/2016 άρθρο 310. Η Επιτροπή Τεχνικής Αξιολόγησης συνεδρίασε εκ νέου στις 20.02.2019 και λαμβάνοντας υπόψη: α) τους όρους της Διακήρυξης β)

τους φακέλους των προσφορών και Υ) την σχετική αλληλογραφία έκρινε « 1.Ως τεχνικά αποδεκτή στο σύνολό της, την προσφορά της εταιρείας «.....», 2. Ως τεχνικά αποδεκτή στο σύνολό της, την προσφορά της «.....». 3. Ως τεχνικά αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας «.....», όσον αφορά στα ράουλα με διάμετρο $Q > 105mm$, $4 > 133mm$ και $< P159mm$, ενώ κρίνει ως τεχνικά μη αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας, όσον αφορά στα ράουλα με διάμετρο $0193,7mm$ και $(P219,1mm$ διότι, ο διαγωνιζόμενος κατέθεσε βεβαιώσεις τις οποίες αποδεικνύεται η καλή λειτουργία ραούλων μεγέθους έως και $\Phi 159ΓΠΓΠ$ όχι όμως ραούλων με διάμετρο $< r193,7mm$, και $219,1mm$. Κατόπιν τούτου, η προσφορά του για τα είδη αυτά, βρίσκεται σε αντίθεση με το άρθρο 6.3παρ. Ι των Όρων και Οδηγιών της Διακήρυξης, βάσει του οποίου η επιτυχής και χωρίς προβλήματα χρήση, σε συνθήκες παρόμοιες των Ορυχείων, κατά την τελευταία τριετία, αποδεικνύεται απο βεβαιώσεις χρηστών ή καταλόγους πωλήσεων σε συνδυασμό με βεβαιώσεις χρηστών ή οποιαδήποτε άλλο αποδεικτικό στοιχείο των πωλήσεων και της ικανοποιητικής ποιοτικής συμπεριφοράς των προσφερόμενων ραούλων. 4.Ως τεχνικά μη αποδεκτή στο σύνολο της την προσφορά της εταιρείας «.....», διότι [...] 5.Ως τεχνικά μη αποδεκτή στο σύνολο της την προσφορά της εταιρείας «.....», διότι [...]Ως τεχνικά μη αποδεκτή στο σύνολο της την προσφορά της εταιρείας «.....», διότι [...]

5. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης Προδικαστικής Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το ηλεκτρονικό παράβολο, ήτοι το με κωδικό, ποσού 15.000,00 €, το οποίο έχει υπολογιστεί με βάση τη συνολική προϋπολογισθείσα αξία των ειδών με Α/Α 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 14, 16, 17, 20, 21 και 22, χωρίς ΦΠΑ, για τα οποία ασκείται η παρούσα.

6. Επειδή, για την άσκηση της δεύτερης Προδικαστικής Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το ηλεκτρονικό παράβολο, ήτοι το με κωδικό, ποσού 8.785,20 €. με βάση τη συνολική προϋπολογισθείσα αξία των ειδών με Α/Α 8, 12, 15, 18 και 19 χωρίς ΦΠΑ, για τα οποία ασκείται η παρούσα.

7. Επειδή αμφότερες οι υπό κρίση Προσφυγές έχουν ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού €5.780.476,00 € πλέον Φ.Π.Α.), 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, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά τις 26.06.2017.

9. Επειδή, αμφότερες οι Προδικαστικές Προσφυγές έχουν ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκαν 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 στις προσφεύγουσες, η οποία έγινε με τη χρήση τηλεμοιοτυπίας την 21.3.2019. και συγκεκριμένα η πρώτη εξ αυτών κατατέθηκε την 29-3-2019 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π και η δεύτερη την 1-4-2019 ομοίως με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π,

10. Επειδή, οι προσφεύγουσες έχουν έννομο συμφέρον για την άσκηση των υπό κρίση Προσφυγών, καθώς δραστηριοποιούνται στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση υπηρεσίας και έχουν υποβάλει προσφορά στο πλαίσιο της διενεργούμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, με συνέπεια να υφίστανται βλάβη, κατά τα άρθρα 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, αφενός η πρώτη λόγω της αποδοχής της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας «.....», κατά το στάδιο αξιολόγησης των Δικαιολογητικών συμμετοχής και των Τεχνικών προσφορών και η δεύτερη λόγω της απόρριψης εν μέρει της προσφοράς της κατά το στάδιο αξιολόγησης των Δικαιολογητικών συμμετοχής και των Τεχνικών.

11. Επειδή, επομένως, οι υπό κρίση Προδικαστικές Προσφυγές μετά του αιτήματος αναστολής παραδεκτά και νόμιμα φέρονται προς εξέταση ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

12. Επειδή η πρώτη προσφεύγουσα με την Προδικαστική Προσφυγή της υποστηρίζει ότι θα πρέπει να ακυρωθεί και εξαφανισθεί η προσβαλλόμενη πράξη/απόφαση του αναθέτοντος φορέα κατά το μέρος που κρίθηκε τεχνικά αποδεκτή η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας «.....», όσον αφορά στα ράουλα με στοιχεία Φ159Χ550, Φ159Χ315, Φ108Χ710, Φ133Χ465, Φ159Χ600, Φ108Χ900, Φ159Χ670, Φ108Χ1000 και Φ159Χ1000 (Α/Α 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 13, 14, 16 και 17 του ανωτέρω Πίνακα Ειδών και Ποσοτήτων) και όσον αφορά στις γιρλάντες με Α/Α 20, 21 και 22 του εν λόγω Πίνακα Ειδών και Ποσοτήτων (ήτοι όσον αφορά όλα τα είδη για τα οποία, ως άνω, έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά της), και να αποβληθεί αυτή από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία. Πιο συγκεκριμένα ισχυρίζεται με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ότι η προσφορά της συνοδεύεται από τις βεβαιώσεις χρηστών, στις οποίες η μόνη αναφορά που λαμβάνει χώρα, σχετικά με την (απαιτούμενη) προηγούμενη προμήθεια ραούλων, αναλόγου μεγέθους των αιτουμένων, είναι δύο (2) συμβάσεις με τη, με ημερομηνία 16.11.2017 και 5.3.2018, αφορώσες την κατασκευή και προμήθεια απολύτως περιορισμένου αριθμού ραούλων (150 και 200 τεμαχίων, αντιστοίχως), χωρίς, όμως, να προκύπτει η ζητούμενη από τη Διακήρυξη επιτυχής και χωρίς προβλήματα χρήση των εν λόγω υλικών στα κατά την τελευταία τριετία, σύμφωνα με τον όρο 3.2 αυτής, καθώς η από μέρους της παράδοση των ραούλων, που αναφέρονται στην βεβαίωση αυτή, έλαβε χώρα προ ολίγων μηνών. Ως εκ τούτου, δεν μπορεί να γίνει λόγος για επιτυχή και χωρίς προβλήματα χρήση των εν λόγω ραούλων, όταν αυτά έχουν χρησιμοποιηθεί για τόσο μικρό χρονικό διάστημα, μέσα στο οποίο δεν θα ήταν δυνατό να αναδειχθεί η οποιαδήποτε, τυχόν, αποτυχημένη ή προβληματική χρήση και όταν, σε κάθε περίπτωση, πρόκειται για τόσο μικρό αριθμό ραούλων. Επικουρικά δε, με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι, σε κάθε περίπτωση, ακόμα και εάν κριθεί αβάσιμος ο πρώτος λόγος της προσφυγής της, η τεχνική προσφορά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....»,

ως προς τα προσφερόμενα είδη με A/A 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 13, 14, 17, 20, 21 και 22 του πίνακα ειδών και ποσοτήτων (ήτοι ως προς όλα τα είδη για τα οποία έγινε δεκτή η τεχνική προσφορά της, εκτός των υπ' A/A 10 και 16 του πίνακα ειδών και ποσοτήτων), ουδόλως είναι συμβατή με τις επιταγές της Διακήρυξης, διότι, από την επισκόπηση του φακέλου της, ουδόλως προκύπτει η απαιτούμενη κατασκευή, από μέρους της, σε σειρά παραγωγής αναλόγου μεγέθους ράουλα με τα ζητούμενα από τη Διακήρυξη. Και τούτο διότι από τις βεβαιώσεις χρηστών που προσκόμισε, η μεν πρώτη από 7.9.2018 βεβαίωση της / αφορά αποκλειστικά και μόνο τα με A/A 10 και 16 προσφερόμενα είδη του παραπάνω πίνακα ειδών και ποσοτήτων, τα οποία σε καμία περίπτωση, δεν αποτελούν ράουλα «αναλόγου μεγέθους» με τα λοιπά υπ' A/A 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 11, 13, 14, 17, 20, 21 και 22 είδη του πίνακα ειδών και ποσοτήτων, για τα οποία, μη νομίμως, η εν λόγω προσφορά έγινε τεχνικά αποδεκτή, η δε δεύτερη, από 3.10.2018, της / αφορά είδος ραούλων που δεν αντιστοιχεί σε κανένα από τα προσφερόμενα και αναφερόμενα, στον Πίνακα Ειδών και Ποσοτήτων, είδη.

13. Επειδή η δεύτερη προσφεύγουσα με την προσφυγή της υποστηρίζει ότι προσβαλλόμενη πράξη/απόφαση της/..... κρίνοντας ως τεχνικά μη αποδεκτή την προσφορά της όσον αφορά στα ράουλα με διάμετρο Φ193,7mm και Φ219,1mm, παραβιάζει τις διατάξεις της Διακήρυξης και το νόμο και πρέπει να ακυρωθεί. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι κατά την ορθή ερμηνεία της διάταξης αρκεί ο κατασκευαστικός οίκος να κατασκευάζει παρόμοιου μεγέθους ράουλα, τα οποία να έχουν χρησιμοποιηθεί με επιτυχία και όχι ίδιου μεγέθους ράουλα. Στην ερμηνευτική αυτή θέση συνηγορούν τα εξής: α. Εάν η Διακήρυξη ήθελε να γίνονται αποδεκτές μόνον οι προσφορές κατασκευαστικών οίκων που κατασκευάζουν ράουλα του ίδιου μεγέθους με αυτά που ζητάει, απλώς θα χρησιμοποιούσε την ορολογία «ίδιου μεγέθους» ή «ακριβώς ίδιου μεγέθους» ή άλλη με το ίδιο νόημα. Δεν θα χρησιμοποιούσε τη λέξη «αναλόγου», η οποία έχει την έννοια του παρόμοιου ή αντίστοιχου. Για την ως άνω ερμηνεία υποστηρίζει ότι είναι ενδεικτική η διάταξη του στίχου 7 του άρθρου 6.3.1 των όρων της Διακήρυξης: *«Σε περίπτωση που τα προσφερόμενα ράουλα ή αντίστοιχα ράουλα των διαγωνιζομένων κατασκευαστικών Οίκων*

έχουν χρησιμοποιηθεί στα της με επιτυχία, δεν είναι υποχρεωτική η υποβολή της παραπάνω κατάστασης πωλήσεων σε συνδυασμό με βεβαιώσεις των χρηστών». Η Διακήρυξη δηλαδή, κατά την προσφεύγουσα, δεν απαιτεί να έχουν χρησιμοποιηθεί ακριβώς τα ίδια – τα προσφερόμενα ράουλα. Αρκεί να έχουν χρησιμοποιηθεί και αντίστοιχα (δηλ. ανάλογα,) ράουλα. Εάν η Διακήρυξη ήθελε να λαμβάνεται υπόψη η χρησιμοποίηση μόνο των προσφερόμενων ραούλων δεν θα προέβλεπε ρητά τη δυνατότητα να έχουν χρησιμοποιηθεί «ή αντίστοιχα ράουλα». γ. Η τεχνογνωσία για τα ράουλα των μεγεθών της διακήρυξης Φ108-Φ133-Φ159-Φ195 Φ219 είναι κοινή. Η τεχνική προδιαγραφή των ραούλων, η οποία περιγράφεται εκτενώς στο Τεύχος 5 της Διακήρυξης, είναι κοινή για όλα τα ράουλα, ανεξαρτήτως της διαμέτρου κάθε κατηγορίας εξ αυτών. Ειδικότερα όλα τα ράουλα φαίνεται να αποτελούνται από τα ίδια στοιχεία (μανδύα, έδρανα (κυάθια), άξονα, εσωτερικούς στεγανοποιητικούς δακτυλίους, ρουλμάν, πολλαπλούς λαβυρίνθους (lipseals), ασφάλειες τύπου Ω, μεταλλικά καλύμματα, εξωτερικούς δακτυλίους στεγανοποίησης, προστατευτικά μεταλλικά εξωτερικά καλύμματα (ραούλων B=2400), λιπαντικό). Περιγράφονται δε όλα τα επιμέρους στοιχεία των ραούλων, χωρίς σε κανένα σημείο να γίνεται διάκριση ή να υπάρχουν διαφοροποιήσεις που σχετίζονται με τις διαστάσεις αυτών. Επομένως, ούτε ως προς την κατασκευή των ραούλων ταινιοδρόμων υπάρχει κάποια διαφοροποίηση ανάλογα με το μέγεθος των ραούλων, αντιθέτως η κατοχή από τους κατασκευαστές των ραούλων του κατάλληλου εξοπλισμού και των απαιτούμενων από τη διακήρυξη πιστοποιητικών ποιότητας, φαίνεται να αρκούν για την απόδειξη της δυνατότητας κατασκευής των προσφερόμενων ραούλων. δ. Από κανένα σημείο της Διακήρυξης δεν προκύπτει απαίτηση της να υπάρχει εμπειρία σε συγκεκριμένο τύπο ραούλων (ράουλα κύλισης, ράουλα επιστροφής, ράουλα λεκανών, ράουλα γιρλάντας). ε. Εξάλλου η/....., η οποία έκρινε ότι ο όρος της Διακήρυξης «αναλόγου μεγέθους ράουλα» ερμηνεύεται ως «τουλάχιστον ίδιου μεγέθους ράουλα» εσφαλμένα ερμήνευσε τον όρο 6.3.1 της Διακήρυξης. Ισχυρίζεται, δε ότι η τεχνική προσφορά της περιλάμβανε πλήρη, ρητή και δεσμευτική τεχνική περιγραφή των προσφερόμενων ραούλων (περιγραφή, τύπους, διαστάσεις), χώρα και εργοστάσιο κατασκευής αυτών. Επιπλέον, ότι υπέβαλε με την τεχνική

προσφορά της όλα τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη του επίμαχου Διαγωνισμού δικαιολογητικά και στοιχεία, μεταξύ των οποίων και σε σχέση με τα αιτούμενα από τη διακήρυξη ράουλα κατάλογο πωλήσεων σε συνδυασμό με βεβαιώσεις χρηστών, από τους οποίους προκύπτει ότι η προσφεύγουσα είναι κατασκευαστικός οίκος που κατασκευάζει σε σειρά παραγωγής αναλόγου μεγέθους ράουλα με τα ζητούμενα από τη Διακήρυξη, τα οποία είχαν χρησιμοποιηθεί με επιτυχία και χωρίς προβλήματα στα της Επιχείρησης κατά την τελευταία τριετία. Επομένως, από τα έγγραφα που υπέβαλε στην τεχνική προσφορά της αποδεικνύεται η τεχνική ικανότητά της να κατασκευάσει αναλόγου μεγέθους ράουλα με τα ζητούμενα στη Διακήρυξη.

14. 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».*

15. 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».

16. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

17. 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*». Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία 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.

18. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε κριθεί από την ΑΕΠΠ, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, 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. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προκείμενης προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντος φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

19. Επειδή ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στις υπό κρίση προσφυγές περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και των όρων της διακήρυξης που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη, οι οποίες δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμες, πλην χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων του αναθέτοντος φορέα, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, εκκρεμούντων και των σχετικών απόψεων του αναθέτοντος φορέα επί των αιτιάσεων των προσφευγουσών, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

20. Επειδή, η ζημία των προσφευγουσών εκ της προόδου της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποσφράγιση και τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών και την έκδοση οριστικής κατακυρωτικής απόφασης είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα ενώ παράλληλα καθιστά αλυσιτελή την αποδοχή των υπο κρίση Προδικαστικών Προσφυγών.

21. Επειδή, α) οι υπό κρίση προσφυγές δεν παρίστανται προδήλως अपαράδεκτες, β) πιθανολογείται βλάβη των αιτούντων από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι των υπό κρίση Προσφυγών δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας των Προσφυγών χρήζει περαιτέρω

εξέτασης και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά του αναθέτοντος φορέα επίκληση καμίας ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

22. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω είναι η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης, ήτοι η αναστολή του ανοίγματος των οικονομικών προσφορών, μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής-ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων των προσφευγουσών.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι το άνοιγμα των οικονομικών προφορών, μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 8 Απριλίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΡΥΠΑΡΗΣ ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ