

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Ιουλίου 2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής που ενσωματώνεται στην από 09.07.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 870/10.07.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», με δ.τ. «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της και των όρων της με αριθ. Διακήρυξης με αντικείμενο την «Αποστολή λογαριασμών ύδρευσης-αποχέτευσης» για δύο έτη.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί ο όρος της παραγράφου 2.2.6. της προσβαλλόμενης υπ' αριθμ. Διακήρυξης με αντικείμενο την «Αποστολή λογαριασμών ύδρευσης-αποχέτευσης», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 200.000,00 € πλέον ΦΠΑ. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Διακήρυξη η προκήρυξε ανοιχτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο την «Αποστολή λογαριασμών ύδρευσης και αποχέτευσης» για δύο έτη, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 200.000,00 € πλέον ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων ομοίως στις 19.06.2019 και και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ομοίως στις 19.06.2019 με Α/Α Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 10.07.2019 ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 15.07.2019.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό, ποσού 1.000,00 ευρώ, το οποίο υπολογίζεται, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 200.00,00 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60,000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, 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 καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 19.06.2019 και η τεκμαιρόμενη γνώση αυτής επήλθε μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από την ως άνω προθεσμία, ήτοι την 05.07.2019, οπότε και εκκίνησε η δεκαήμερη προθεσμία για την

άσκηση της παρούσας, η οποία ασκήθηκε την 09.07.2019, ήτοι εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας.

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 στο γεγονός ότι ο προσβαλλόμενος όρος καθιστά ιδιαιτέρως δυσχερή την συμμετοχή της στο διαγωνισμό λόγω μη πλήρωσης στο πρόσωπο της ίδιας ή/και του τρίτου οικονομικού φορέα στον οποίον προτίθεται να στηριχθεί των προϋποθέσεων του όρου αυτού, ο οποίος, κατά τους ισχυρισμούς της, αντίκειται στις αρχές της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της αναλογικότητας, της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού και των διατάξεων του Ν. 4412/2016.

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, ειδικότερα η προσφεύγουσα βάλλει κατά του κύρους του όρου 2.2.6. της διακήρυξης με τον οποίον προβλέπεται ότι : *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης ο οικονομικός φορέας απαιτείται : α) να διαθέτει ικανό αριθμό καταστημάτων σε πανελλαδικό επίπεδο και συγκεκριμένα ένα (1) κατάστημα σε κάθε νομό της ελληνικής επικράτειας. Επιπλέον να διαθέτει ένα (1) τουλάχιστον κατάστημα εντός της πόλης της και ένα (1) σε μία τουλάχιστον Δημοτική Ενότητα στο Δήμο β) να διαθέτει ικανοποιητική τεχνογνωσία και εμπειρία σε έργα αντίστοιχου μεγέθους και πολυπλοκότητας με το υπό ανάθεση έργο. Ως ελάχιστη απαίτηση και επί ποινή αποκλεισμού ο υποψήφιος θα πρέπει κατά το διάστημα της τελευταίας τριετίας (2016, 2017 και 2018) να έχει αναλάβει και να έχει εκτελέσει επιτυχώς συμβάσεις έργου αποστολής εντύπων (λογαριασμών, ειδοποιητηρίων κτλ) με αθροιστική διάρκεια 36 μηνών (3 έτη) σε ολόκληρη την Ελληνική Επικράτεια σε φορείς του Δημοσίου, του ευρύτερου Δημόσιου τομέα ή του Ιδιωτικού τομέα».* Η

προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο ως άνω όρος της διακήρυξης αντίκειται στις αρχές της διαφάνειας, της αναλογικότητας, του ελεύθερου και υγιούς ανταγωνισμού αλλά και στις ειδικότερες διατάξεις των άρθρων 54 και 75 του Ν. 4412/2016 κατά το μέρος που τάσσει ως προϋπόθεση συμμετοχής στο διαγωνισμό ο υποψήφιος να διαθέτει ένα (1) τουλάχιστον κατάστημα εντός της πόλης της και ένα τουλάχιστον σε μια Δημοτική Ενότητα στο Δήμο Και τούτο διότι κατά την προσφεύγουσα, παρότι με την επίμαχη διακήρυξη τίθενται εν συνόλω εξειδικευμένες και υψηλές απαιτήσεις τόσο ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα όσο και ως προς την καταλληλότητα άσκησης της επαγγελματικής δραστηριότητας και της οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας, όπως για παράδειγμα ορίζοντας ως προϋπόθεση ο υποψήφιος ανάδοχος να διαθέτει ικανό αριθμό καταστημάτων σε πανελλαδικό επίπεδο και συγκεκριμένα πιστοποιητικά ελέγχου ποιότητας, εγκλωβίζει τους ενδιαφερόμενους να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό σε μια άκρως περιοριστική προϋπόθεση, ήτοι την ύπαρξη καταστήματος στην πόλη της όπου είναι η έδρα του αναθέτοντα φορέα αλλά και σε μια τουλάχιστον Δημοτική Ενότητα της πόλης, προϋπόθεση η οποία ακυρώνει την εμβέλεια του διαγωνισμού και περιορίζει υπέρμετρα τον κύκλο των ενδιαφερόμενων να συμμετέχουν σε αυτόν.

9. 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».*

10. 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».

11. Επειδή, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, 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.

12. 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. Ωστόσο, δε 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. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας

κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

13. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α' 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

14. Επειδή, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας σχετικά με τον παράνομο χαρακτήρα του προσβαλλόμενου όρου απαιτεί ενδελεχή εξέταση και βαθιά κατανόηση του αντικείμενου και των προδιαγραφών της δημοπρατούμενης σύμβασης, τεχνική κρίση η οποία δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο προσωρινής προστασίας. Σε κάθε δε περίπτωση, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί δεν πιθανολογούνται ως προδήλως απαράδεκτοι ή προδήλως αβάσιμοι.

15. Επειδή, α) η υπό κρίση Προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της προσφεύγουσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεδομένου μάλιστα ότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών έχει ήδη παρέλθει και η αποσφράγιση των προσφορών δεν έχει ακόμα πραγματοποιηθεί γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της Προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκομένων 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.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πληρούται η ratio της διάταξης για την χορήγηση αναστολής-ορισμού προσωρινών μέτρων.

17. Επειδή, κατ'ακολουθία, το μόνο πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη της διαδικασίας αποσφράγισης των προσφορών, έως την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προσφυγής.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής γίνεται δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής

Αναστέλλει τη διαγωνιστική διαδικασία που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. Διακήρυξη της με αντικείμενο την «Αποστολή λογαριασμών ύδρευσης-αποχέτευσης» για δύο έτη, και δη την διαδικασία αποσφράγισης των προσφορών, έως την έκδοση κύριας απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17.07.2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σταυρούλα Κουρή

Αργυρώ Τσουλούφα