

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 23 Αυγούστου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη, Πρόεδρο και Εισηγητή, δυνάμει της με αριθμό 1049/2018 Πράξης του ιδίου, και τα μέλη, Μαρία Μανδράκη, που, δυνάμει της με αρ. 23/2018 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, αναπληρώνει την Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 790/13-08-2018 Προδικαστική Προσφυγή της η Ανώνυμη Εταιρεία με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...ΑΕ», που εδρεύει στην ... (...), και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα») στα πλαίσια της Προκήρυξης Σύμβασης με αριθμό ... του Δήμου ... (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή») για την ανάδειξη αναδόχου της υπηρεσίας «Παροχή Υπηρεσιών Επεξεργασίας Νερού στο Δήμο ... (Αφαλάτωση)», εκτιμώμενης αξίας 396.000,00 € πλέον ΦΠΑ και κατά της υπ' αριθμ. 103/2018 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του άνω Δήμου (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη»), κατά το μέρος αυτής που δεν απέκλεισε από την διαγωνιστική διαδικασία την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ...ΑΒΕΕ για τους λόγους που αναφέρονται στην ως άνω προσφυγή, η οποία υποβλήθηκε στην ΑΕΠΠ την 10-08-2018 και χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο της με το από 13.08.2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής

Αριθμός Απόφασης Α 373 / 2018

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «Δήμος ...» που εδρεύει στην ..., επί της οδού ...αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ»).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα, επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 103/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του άνω Δήμου κατά το μέρος που δεν απέκλεισε από τον διαγωνισμό την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ...ΑΒΕΕ, 1) διότι η υποβολή της προσφοράς του ως άνω οικονομικού φορέα είναι εκπρόθεσμη, καθόσον υπεβλήθη την 12-07-2018, ενώ η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, σύμφωνα με το άρθρο 11 της διακήρυξης ήταν η 10^η Ιουλίου 2018 και ώρα 11:00, το δε έγγραφο με το οποίο κατά την αναθέτουσα αρχή η πιο πάνω καταληκτική ημερομηνία παρατάθηκε ουδέποτε περιήλθε σε γνώση της προσφεύγουσας, τουλάχιστον μέχρι την υποβολή της προσφοράς της, ούτε υποβλήθηκε στις νόμιμες διατυπώσεις δημοσιότητας, κατά παράβαση της επιτασσόμενης από το ενωσιακό δίκαιο υποχρέωσης των αναθετουσών αρχών να αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα, χωρίς αδικαιολόγητες διακρίσεις και να ενεργούν κατά την άσκηση των καθηκόντων τους με τρόπο διαφανή και αναλογικό, έτσι ώστε έκαστος ενδιαφερόμενος να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του στο διαγωνισμό, τις αυτές ακριβώς με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους ευκαιρίες κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του, 2) διότι ο ως άνω οικονομικός φορέας δεν πληρούσε το κριτήριο ποιοτικής επιλογής, όπως ορίζεται στο άρθρο 8 της διακήρυξης και, συγκεκριμένα, ότι για συμμετοχή στον διαγωνισμό ο υποψήφιος πρέπει να έχει λειτουργήσει τουλάχιστον μία (1) εγκατάσταση αφαλάτωσης δυναμικότητας 500 κυβικών μέτρων ανά ημέρα έκαστη, με απόλυτη επιτυχία για ένα τουλάχιστον ένα έτος, καθώς καμία εκ των συμβάσεων, τις οποίες και μόνο ο ως άνω οικονομικός φορέας επικαλέστηκε ως «παρόμοιες», με την Προσφορά του, δεν πληρούν τις προϋποθέσεις του

Αριθμός Απόφασης Α 373 / 2018

άρθρου 8^α της Διακήρυξης (η μιν πρώτη λόγω μη απόδειξης επιτυχούς λειτουργίας της μονάδος αφαλάτωσης, που αποτέλεσε το αντικείμενό της, τουλάχιστον επί ένα έτος και δη συμπληρωμένο, το αργότερο, μέχρι τις 31-12-2017, η δε δεύτερη, λόγω μη συνδρομής της απαίτησης επιτυχούς λειτουργίας της εκεί προβλεπόμενης μονάδος αφαλάτωσης με αποκλειστική ευθύνη της Αναδόχου και με δικό της προσωπικό, χωρίς καμία μεσολάβηση ή ανάμιξη του Εργοδότη), έσφαλε δε η προσβαλλόμενη που έκρινε ότι η Προσφορά του καθ' ου φορέα δήθεν «*συμμορφούται*» με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, αντί να την απορρίψει, ως απαράδεκτη, 3) διότι η αναθέτουσα αρχή, κατά κακή χρήση της διακριτικής της ευχέρειας, έκρινε ότι δεν υπήρχε καν ένδειξη προσφοράς ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς και ως εκ τούτου παρέλειψε να καλέσει τη Watera προς παροχή των αναγκαίων διευκρινίσεων (με αναλυτική τεκμηρίωση του κόστους κτήσης της μονάδος και του συνοδού εξοπλισμού, του κόστους ζετούς λειτουργίας της με δικό της αποκλειστικά προσωπικό, του κόστους των αναγκαίων αναλώσιμων, χημικών κλπ.), προτού την αποδεχθεί ή την απορρίψει, γεγονός που καθιστά την προσβαλλόμενη Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής ακυρωτέα και εξ αυτού του λόγου.

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ζητεί την αναστολή εκτελέσεως της προσβαλλόμενης απόφασης έως την έκδοση της απόφασης επί της προσφυγής της, και να απαγορευτεί η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ποσού 1.980,00 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου ...), που αντιστοιχεί στο αντιστοιχούν ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου

Αριθμός Απόφασης Α 373 / 2018

ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 396.000,00 € πλέον ΦΠΑ, ποσό το οποίο πληρώθηκε σύμφωνα με το με τον πιο πάνω κωδικό e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης, του οποίου προσκομίστηκε εκτυπωμένη σελίδα με κατάσταση «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)».

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη 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, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα στην ΑΕΠΠ, στις 10-08-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1α του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 α του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προθεσμία άσκησης αυτής έληγε 10 ημέρες από την κοινοποίηση στην προσφεύγουσα της προσβαλλομένης πράξης, η οποία έλαβε χώρα δια τηλεομοιοτυπίας (fax) της Αναθέτουσας Αρχής, στις 8 Αυγούστου 2018 και ο προσφεύγων άσκησε την υπό εξέταση Προσφυγή με κατάθεσή της στις 10-08-2018 ενώπιον της ΑΕΠΠ, δυνάμει των διατάξεων της παρ. 4 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017, καθόσον ο διαγωνισμός δεν είναι ηλεκτρονικός, ήτοι επομένως εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης (345 παρ. 1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (υπηρεσίας) και της ημερομηνίας δημοσίευσης της διακήρυξης της σχετικής σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ, που έλαβε χώρα στις 25-06-2018, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379

Αριθμός Απόφασης Α 373 / 2018

παρ. 7 γ) του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α΄ 116).

5. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 η Προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, επικαλούμενη ότι μη νομίμως δεν αποκλείστηκε από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία η προσφορά του μοναδικού έτερου οικονομικού φορέα, επομένως ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη, εφόσον έχει υποβάλει προσφορά που έχει γίνει ήδη αποδεκτή και, αν ήθελε απορριφθεί η προσφορά του έτερου φορέα, η προσφεύγουσα ως μόνη διαγωνιζόμενη που θα έχει υποβάλει παραδεκτή προσφορά θα ανακηρυχθεί αυτή προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης.

6. Επειδή, μετά ταύτα, η Προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης και την απαγόρευση προόδου του μέχρις εκδόσεως Απόφασης επί της προσφυγής της.

7. 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»*

Αριθμός Απόφασης Α 373 / 2018

8. 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»

9. 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).

10. 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».

Αριθμός Απόφασης Α 373 / 2018

11. 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.

12. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, 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.

13. Επειδή, εν προκειμένω, επί του δεύτερου λόγου της υπό εξέταση προσφυγής από μίαν απλή επισκόπηση της διακήρυξης, προκύπτουν τα εξής: Στις διατάξεις του άρθρου 8 της διακήρυξης με τίτλο: Περιεχόμενο φακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής» προβλέπεται ότι: «Ο φάκελος **«ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ»** θα περιέχει όλα τα δικαιολογητικά

Αριθμός Απόφασης Α 373 / 2018

συμμετοχής του άρθρου 6. Επίσης, θα υποβληθούν τα δικαιολογητικά και τα στοιχεία εκείνα που διασφαλίζουν την ποιότητα των εργασιών και αποδεικνύουν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του υποψηφίου. Ειδικότερα, κάθε ενδιαφερόμενος για να συμμετάσχει πρέπει να συγκεντρώνει τις ελάχιστες προϋποθέσεις εμπειρίας, τεχνογνωσίας και επάρκειας στελεχιακού δυναμικού, όπως ειδικότερα αναφέρεται κατωτέρω, και να αποδείξει τη συνδρομή των προϋποθέσεων αυτών υποβάλλοντας με την προσφορά του τα στοιχεία τεκμηρίωσης που προβλέπονται επίσης πιο κάτω. Σε περίπτωση που δεν υποβληθούν τα απαιτούμενα στοιχεία τεκμηρίωσης ή από τα υποβαλλόμενα δεν τεκμηριώνεται επαρκώς η συνδρομή των ελάχιστων προϋποθέσεων συμμετοχής, η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη. Σε περίπτωση υποβολής κοινής προσφοράς, οι κάτωθι ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής πρέπει να προκύπτουν αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης. Ειδικότερα, ο κάθε συμμετέχων, επί ποινή αποκλεισμού, θα πρέπει να τεκμηριώνει επαρκώς ότι μπορεί να ανταπεξέλθει στις απαιτήσεις της υπό ανάθεση υπηρεσίας, προσκομίζοντας τα παρακάτω έγγραφα: • Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια Δεν απαιτείται • (α) Κατάλογο των κυριότερων παρόμοιων συμβάσεων, που παρασχέθηκαν την τελευταία τριετία (2015-2017) από το μεμονωμένο διαγωνιζόμενο ή από όλα τα μέλη διαγωνιζόμενης εταιρείας ή κοινοπραξίας, με αναφορά στο ποσό, στη χρονική διάρκεια και στον εργοδότη (δημόσιο ή ιδιωτικό φορέα), συνοδευόμενο από πιστοποιητικά του δημόσιου φορέα ή βεβαίωση, σύμβαση και σχετικά αποδεικτικά τιμολόγια (χωρίς να είναι υποχρεωτικό να παρουσιάζεται το ποσό αμοιβής για λόγους απορρήτου), του ιδιώτη εργοδότη, με τα οποία να πιστοποιείται η έντεχνη, επιτυχής και αποτελεσματική παροχή της υπηρεσίας λειτουργίας εγκατάστασης παραγωγής πόσιμου νερού με την τεχνική της αντίστροφης ώσμωσης για τουλάχιστον τρία (3) έτη. Από τα αναφερόμενα στα πιστοποιητικά πρέπει να φαίνεται ότι καλύπτονται οι ελάχιστες απαιτήσεις: Να έχει λειτουργήσει τουλάχιστον μία (1) εγκατάσταση αφαλάτωσης δυναμικότητας 500 κυβικών μέτρων ανά ημέρα έκαστη, με απόλυτη επιτυχία για

Αριθμός Απόφασης Α 373 / 2018

τουλάχιστον ένα έτος. Επισημαίνεται, ότι για τις ανωτέρω εγκαταστάσεις που έχει αναλάβει να λειτουργήσει (ή ήδη λειτούργησε) θα πρέπει να είχε ή να έχει εξολοκλήρου την ευθύνη της λειτουργίας για τουλάχιστον ένα (1) έτος με δικό του προσωπικό. ...»

14. Επειδή, λαμβανομένου υπόψη ότι από μίαν απλή επισκόπηση των συμβάσεων που η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο έτερος οικονομικός φορέας επικαλέστηκε για να τεκμηριώσει την ελάχιστη απαιτούμενη εμπειρία του, δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι ο καθ' ου φορέας δεν πληροί τις προϋποθέσεις για την συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Από την σύμβαση με τίτλο «Λειτουργία - συντήρηση των υφιστάμενων μονάδων αφαλάτωσης και του ταχυδιυλιστηρίου του Δήμου ...» μεταξύ του έτερου οικονομικού φορέα και του Δήμου ...και συγκεκριμένα από τα κατά την προσφεύγουσα μόνα προσκομισθέντα σχετικά με την άνω σύμβαση Πρωτόκολλα παραλαβής νερού, για το χρονικό διάστημα από τον Φεβρουάριο του 2017 έως και τον Μάιο του 2018, δεν φαίνεται να προκύπτει καταρχήν ότι, από την έναρξη παροχής της ως άνω υπηρεσίας και μέχρι την 31-12-2017 είχε συμπληρωθεί το κατ' ελάχιστο ένα (1) έτος λειτουργίας της στο άρθρο 8 προβλεπομένης εγκατάστασης, ενώ από την σύμβαση με τίτλο "Λειτουργία και συντήρηση δύο μονάδων αφαλάτωσης δυνατότητας παραγωγής 600 m³ η καθεμία του Δήμου ...» μεταξύ του έτερου οικονομικού φορέα και του Δήμου ...δεν φαίνεται να προκύπτει καταρχήν η «εξ ολοκλήρου ευθύνη» του Αναδόχου για την, επί ένα (1) έτος, λειτουργία της μονάδος και δη «με δικό του προσωπικό». Ο ισχυρισμός αυτός, εξάλλου, δεν αντικρούστηκε καθόλου από την αναθέτουσα αρχή στις από 20-08-2018 Απόψεις – Υπόμνημά της, αλλ' ούτε και από τον καθ' ου οικονομικό φορέα. Επομένως δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι η αναθέτουσα αρχή κατά παράβαση των διατάξεων της διακήρυξης, δεν απέρριψε για τον υπόψη λόγο την προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα.

Αριθμός Απόφασης Α 373 / 2018

15. Επειδή, εφόσον εικάζεται ζημία του προσφεύγοντος από την προσβαλλόμενη απόφαση κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή εθνικού δικαίου και των αρχών που πρέπει να διέπουν τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων, σύμφωνα με τον πιο πάνω τουλάχιστον λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, παρέλκει στο παρόν στάδιο η εξέταση για την πιθανολόγηση των λοιπών λόγων της προδικαστικής προσφυγής, οι οποίοι πάντως δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι.

16. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας τόσο του πιο πάνω εξετασθέντος λόγου της υπό εξέταση προσφυγής, όσο και των λοιπών ισχυρισμών του προσφεύγοντος, απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, καθώς και του συνόλου των εγγράφων των προσφορών των διαγωνιζομένων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, η οποία πάντως δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασής τους για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής - ενόψει και του μεγέθους του φακέλου της υπόθεσης - πολύ περισσότερο που η αναθέτουσα αρχή δεν έχει εισέτι διαβιβάσει στην ΑΕΠΠ τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, μεταξύ των οποίων και τις προσφορές των διαγωνιζομένων και τα σε αυτές περιλαμβανόμενα έγγραφα και δικαιολογητικά.

17. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η επίκληση βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της προσφυγής 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

Αριθμός Απόφασης Α 373 / 2018

συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

18. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, στις απόψεις της, αλυσιτελώς επικαλείται την ανάγκη μη διακοπής συνεχούς παροχής πόσιμου νερού στους κατοίκους της νήσου ..., προκειμένου για λόγους δημοσίου συμφέροντος να αποφευχθεί έστω και μικρή καθυστέρηση στην πρόοδο του διαγωνισμού, δεδομένου ότι σύμφωνα με το άρθρο 14 της διακήρυξης η λειτουργία της εγκατάστασης αφαλάτωσης προβλέπεται μόνον για τους τέσσερις θερινούς μήνες και όχι για το σύνολο του έτους, επομένως μάλλον αφορά την περίοδο αυξημένων αναγκών σε νερό λόγω της παρουσίας τουριστών στη νήσο ή και της μείωσης λόγω θέρους των βροχοπτώσεων, αορίστως δε αναφέρεται στην ένεκα της προσφυγής διακοπή υδροδότησης του νησιού επί ζημία είτε των κατοίκων είτε και των τουριστικών επιχειρήσεων του νησιού ένεκα της καθυστέρησης στην ολοκλήρωση του διαγωνισμού. Και τούτο, διότι δεν περιγράφει τις συνθήκες της υπάρχουσας υποδομής του νερού στο νησί, ούτε επικαλείται αν και σε ποιο βαθμό θα χειροτερεύσει η υποδομή αυτή, λόγω της καθυστέρησης που προκαλεί η έγερση της προσφυγής, όταν είναι αυταπόδεικτο πως η υποδομή αυτή δεν πρόκειται να βελτιωθεί, παρά μετά την ολοκλήρωση του διαγωνισμού και την έναρξη λειτουργίας της δημοπρατούμενης υπηρεσίας, που λόγω των προθεσμιών των άρθρων 14 και 16 της διακήρυξης και των προθεσμιών του άρθρου 364 του Ν. 4412/2016, μπορεί να πιθανολογηθεί σοβαρά ότι θα λάβει χώρα μετά τον μήνα Σεπτέμβριο τρέχοντος έτους, συνεπώς θα καταλαμβάνει τους θερινούς μήνες του επόμενου έτους. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου με την ταχεία διεξαγωγή και την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008).

Αριθμός Απόφασης Α 373 / 2018

19. Επειδή, εξάλλου, η ζημία του προσφεύγοντος και της αναθέτουσας εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι της οριστικής κατακύρωσης, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α19/2017). Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της αποδοχής της προσφοράς του πρώτου μειοδότη, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου κατακύρωσης σε αυτόν, τίθενται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της πρώτης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης σε αυτόν, προξενείται έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, εκθέτοντας εξάλλου αυτήν σε κίνδυνο άσκησης εκ μέρους του τελευταίου και αποζημιωτικών αιτημάτων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 16/2017). Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της απόρριψης της προσφοράς του πρώτου μειοδότη, βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α55/2018). Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει η προσφυγή, ο νυν ανακηρυχθείς προσωρινός ανάδοχος θα έχει υποβληθεί ασκόπως στον φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή του αυτή πιθανόν να ακυρωθεί δια της εκδοθησόμενης Αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π., 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

Αριθμός Απόφασης Α 373 / 2018

αναθέτουσας που μεσολάβησαν μεταξύ των προσβαλλομένων και την έκδοση της απόφασης, ιδίως δε της σπουδής της για πρόοδο της διαδικασίας παρά το ενδεχόμενο ακυρώσεώς της σε προηγούμενο στάδιο. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1049/2018 Πράξεως του Προέδρου 2ου Κλιμακίου για την 11-09-2018, 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, στον νυν προσωρινό 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. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο έχει αυτεπάγγελη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

20. Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η διαδικασία και ο προσωρινός ανάδοχος να μην κληθεί και να μην προσκομίσει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά και να μην χωρήσει η οριστική κατακύρωση της σύμβασης σε αυτόν. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

Αριθμός Απόφασης Α 373 / 2018

21. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού και δη την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού (Προκήρυξη Σύμβασης με αριθμό ...) του Δήμου ...για την ανάδειξη αναδόχου της υπηρεσίας «Παροχή Υπηρεσιών Επεξεργασίας Νερού στο Δήμο ... (Αφαλάτωση)», εκτιμώμενης αξίας 396.000,00 € πλέον ΦΠΑ και την οριστική κατακύρωση της σύμβασης σε αυτόν, μέχρις εκδόσεως Απόφασης από την Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση Προσφυγής, μέσα στην αποκλειστική προθεσμία του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 23-08-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΟΛΓΑ ΘΑΝΟΥ