

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής την 13^η Σεπτεμβρίου 2018, σύμφωνα με τις με αρ. 834 και 835/2018 Πράξεις του Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη, Πρόεδρο και Εισηγητή και τα μέλη, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη δυνάμει της με αρ. 1/2018 Απόφασης της Ολομέλειας Α.Ε.Π.Π. περί εξέτασης και έκδοσης Απόφασης επί των μέχρι 06-09-2018 εκκρεμών Προσφυγών από τις μέχρι τότε συνθέσεις των Κλιμακίων Α.Ε.Π.Π.

Για να εξετάσει από κοινού το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσαν στις α) με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 880/03-09-2018 Προδικαστική Προσφυγή του ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....», (εφεξής 1^{ος} «προσφεύγων»), στρεφόμενος κατά της προσβαλλόμενης Διακήρυξης με αρ. πρωτ. 7541/9-8-2018 δυνάμει της οποίας προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός Διαγωνισμός προμήθειας και εγκατάστασης πλαστικού χλοοτάπητα γηπέδων (άνω των ορίων) του Δήμου Μυκόνου, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Σημειώνεται ότι η εν λόγω προμήθεια κατατάσσεται στους ακόλουθους κωδικούς CPV: 14212200-2 (Αδρανή υλικά) και 39293400-6 (Τεχνητός χορτοτάπητας). Ο επίδικος Διαγωνισμός φέρει συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 63173 και ο προϋπολογισμός του ανέρχεται προ ΦΠΑ 306.100,00€, άλλως με ΦΠΑ: 379.564,00 €. Και β) με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 886/05-09-2018 Προδικαστική Προσφυγή του ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....», (εφεξής 2^{ος} «προσφεύγων»), που ασκήθηκε στα πλαίσια της ίδιας

Αριθμός Απόφασης Α 399, 400 / 2018

με την 1^η Προσφυγή διακήρυξης και αφορά στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία και στρέφεται κατά της ίδιας Διακήρυξης. Συνεπώς, οι πιο πάνω Προδικαστικές Προσφυγές στρέφονται κατά της ίδιας εκτελεστής Πράξης, στα πλαίσια της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας και κατά της ίδιας αναθέτουσας αρχής και συνεπώς προσήκει να εξεταστούν από κοινού, στρέφονται δε και οι δύο (2)

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «Δήμος ΜΥΚΟΝΟΥ», όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «Δήμος» ή «ΑΑ»).

Στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του ο πρώτος προσφεύγων σώρευσε και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείται όπως διαταχθούν προσωρινά μέτρα με τα οποία θα διαταχθεί η αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, δηλαδή του χρόνου ολοκλήρωσης της υποβολής προσφορών, μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του ο δεύτερος προσφεύγων σώρευσε, επίσης και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείται την αναστολή διεξαγωγής του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη.

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής

1. Με την υπό εξέταση 1^η Προδικαστική Προσφυγή, ο πρώτος προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, ήτοι να ακυρωθεί η Διακήρυξη με αρ. πρωτ. 7541/9-8-2018 «ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ “ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΠΛΑΣΤΙΚΟΥ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ ΣΤΟ ΓΗΠΕΔΟ ΑΝΩ

Αριθμός Απόφασης Α 399, 400 / 2018

ΜΕΡΑΣ», συνολικά, άλλως να ακυρωθεί η παραπάνω Διακήρυξη κατά τους προσβαλλόμενους όρους και τις προσβαλλόμενες παραλείψεις, όπως αναλυτικά αναφέρονται επί του σώματος της προδικαστικής του προσφυγής. Πιο αναλυτικά, ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας, η επίδικη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί για επτά λόγους: Ο πρώτος λόγος αφορά στην επιλογή του νομικού καθεστώτος και τον χαρακτηρισμό του συμβατικού αντικειμένου, ζητήματα που διακινδυνεύουν την τελεσφόρηση της διαδικασίας και αποτελούν άνιση μεταχείριση καθώς εξομοιώνουν τον προσφεύγοντα με οικονομικούς φορείς που δεν έπρεπε να δικαιούνται να μετέχουν. Ο δεύτερος και τρίτος λόγος αφορούν στην διατύπωση κριτηρίων επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα αποδεικτικά τους μέσα, όροι που καθιστούν ιδιαίτερα δυσχερή για τον προσφεύγοντα την υποβολή προσφοράς του, διότι θεσπίζουν παράλογες, δυσανάλογες και αδικαιολόγητες απαιτήσεις σε συνδυασμό με τους λοιπούς όρους του διαγωνισμού, ενώ συγχρόνως αποκλείουν τα εκ του νόμου προβλεπόμενα μέσα απόδειξης πλήρωσής τους, - δηλαδή αποκλείεται από το να χρησιμοποιήσει βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας του ΤΣΜΕΔΕ αποκλειστικά ή συνδυαστικά με την βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας από τράπεζα-, με αποτέλεσμα η προσφορά του να υπάγεται σε ακόμη δυσχερέστερες, άνισες συνθήκες και τελικώς αποκλείουσες τη δυνατότητά του για υποβολή προσφοράς. Ο τέταρτος λόγος αφορά στην παράνομη ζήτηση δικαιολογητικών κατακύρωσης ως δικαιολογητικών συμμετοχής ήδη με την προσφορά και την παράβαση του κανόνα προκαταρκτικής απόδειξης, ζήτημα που πρώτον, διακινδυνεύει την ίση μεταχείρισή του και την εκ μέρους του δυνατότητα ανάληψης του συμβατικού αντικειμένου που την υπάγουν σε κίνδυνο, και δεύτερον απομειώνει τη δικονομική του προστασία και τη δικονομική του ισότητα και τρίτον, τον εκθέτουν στον κίνδυνο κατάπτωσης της εγγυητικής συμμετοχής, χωρίς να συντρέχουν οι κατά νόμο συνθήκες. Ο πέμπτος λόγος αφορά στην ασάφεια και ελλειπτικότητα διατύπωσης κριτηρίου

Αριθμός Απόφασης Α 399, 400 / 2018

επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που διακινδυνεύει την ίση μεταχείρισή του, επιτρέποντας τη συμμετοχή οικονομικών φορέων χωρίς το απαιτούμενο προσόν στην πραγματικότητα, επαφίοντας ευρύ εκτιμητικό περιθώριο στην αναθέτουσα και βλάπτοντας τη διαφάνεια της διαδικασίας. Ο έκτος λόγος αφορά σε όρους που αποκλείουν τα προϊόντα που προμηθεύεται ο προσφεύγων άρα και συνολικά την προσφορά του. Ο έβδομος λόγος αφορά σε όρους περί εργαστηριακών ελέγχων για τοξικότητα, που ζητούνται σωρευτικά και με διαφορετικό τρόπο στα διάφορα σημεία της διακήρυξης. Δηλαδή, ενώ ο προσφεύγων διαθέτει για το προϊόν του τον ευρείας χρήσης σε παγκόσμιο επίπεδο έλεγχο με βάση το πρότυπο REACH, το οποίο είναι ισοδύναμο του EN 11885, που ζητείται (και ήδη εκτελείται έλεγχος και για το EN 11885 ως προς το προϊόν του άρα θα κατέχει και αυτό κατά την υποβολή της προσφοράς του), αχρείαστα ζητούνται και άλλα πρότυπα, δηλαδή το EN 71-3 που αφορά άλλου είδους προϊόντα και ειδικά ζητείται και το NF P90-112 που αφορά τοξικότητα και είναι άγνωστο και ασαφές τελικά πως θα ερμηνευθεί η μεταξύ των προτύπων ισοδυναμία. Ζητούνται δε σωρευτικά πρότυπα για το ίδιο θέμα με αποτέλεσμα η επίκληση ισοδυναμίας να καταργείται στην πράξη, αφού ζητούνται όλα μαζί συγχρόνως. Εξάλλου, στο ένα σημείο της διακήρυξης το ένα μέρος του προϊόντος ελέγχεται με βάση το ένα πρότυπο και σε άλλο σημείο της διακήρυξης με διαφορετικό πρότυπο, με αποτέλεσμα να μην γνωρίζει ο προσφεύγων τι να προσκομίσει και τι απαιτείται. Άρα, οι παραπάνω όροι ως ένα μέρος τον αποκλείουν, κατά άλλο μέρος είναι αντιφατικοί ή καταλείπουν ευρύ περιθώριο ερμηνείας από την αναθέτουσα καθιστώντας επισφαλή τη θέση του στον διαγωνισμό.

2. Με την υπό εξέταση 2^η Προδικαστική Προσφυγή, ο δεύτερος προσφεύγων επιδιώκει ομοίως την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, ήτοι να ακυρωθεί η Διακήρυξη με αρ. πρωτ. 7541/9-8-2018 «ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ “ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΠΛΑΣΤΙΚΟΥ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ ΣΤΟ ΓΗΠΕΔΟ ΑΝΩ

Αριθμός Απόφασης Α 399, 400 / 2018

ΜΕΡΑΣ», άλλως να ακυρωθούν ή τροποποιηθούν οι προσβαλλόμενοι όροι προκειμένου ο διαγωνισμός να διενεργηθεί με βάση τις διατάξεις περί αναθέσεως συμβάσεων δημοσίων έργων και όχι τις διατάξεις περί προμηθειών, όπως αναλυτικά αναφέρονται επί του σώματος της προδικαστικής του προσφυγής. Πιο αναλυτικά, ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση της ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας, η επίδικη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί για τους εξής λόγους: Γιατί από την επίδικη Διακήρυξη και τη συνημμένη τεχνική μελέτη αυτής προκύπτει με σαφήνεια και άνευ αμφιβολίας ότι τόσο κατά την κοινή πείρα και λογική, την επιστήμη και την τέχνη όσο και κατά τις σχετικές διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συμφώνως με την οποία ανεξαρτήτως αξίας οφείλεται ο χαρακτηρισμός της σύμβασης, η σύμβαση του θέματος αντιθέτως του χαρακτηρισμού της ως σύμβασης προμήθειας αφορά στην πραγματικότητα σύμβαση έργου. Η σύμβαση κατά τη μελέτη αφορά στην εκτέλεση εργασιών αποξηλώσεων, καθαιρέσεων, κατεδαφίσεων, κατασκευής των βάσεων και υποβάσεων και στην αποξήλωση και επανατοποθέτηση των πυλώνων φωτισμού και pillars σε νέες βάσεις από σπλισμένο σκυρόδεμα χωρίς να υφίστανται παράλληλα οι απαιτούμενες κατά νόμο έρευνες, μελέτες και άδειες ώστε να προκύπτουν με σαφήνεια τα απαραίτητα στοιχεία για την προκοστολόγηση και την κατασκευή. Η κατασκευή και ορθή λειτουργία των επιμέρους κατασκευών, όπως από την τεχνική έκθεση της 22/2018 μελέτης προκύπτει, είναι συνδεδεμένη, αλληλεξαρτώμενη και αλληλεπικαλυπτόμενη. Το σύνολο των εργασιών του παραδοτέου κρίνεται τεχνικά και λογίζεται κατά την αξιολόγησή του ως ένα ενιαίο και αδιαίρετο σύνολο και χρειάζεται ειδικές γνώσεις και εμπειρία, επιστημονικό προσωπικό και μηχανολογικό εξοπλισμό για να υλοποιηθεί με τρόπο που να ικανοποιήσει την τεχνική του λειτουργία. Τόσο οι επί μέρους κατασκευές όσο και το σύνολό τους είναι σταθερά συνδεδεμένες με το έδαφος, με το υπέδαφος αλλά και μεταξύ τους και τόσο κατά την κοινή πείρα και λογική όσο και κατά την τέχνη και την επιστήμη δεν είναι δυνατόν μεταξύ τους να διαχωρισθούν και να λειτουργήσουν αυτοτελώς

Αριθμός Απόφασης A 399, 400 / 2018

και ανεξάρτητα ούτε να διαχωρισθούν από το έδαφος και το υπέδαφος δίχως βλάβη της ουσίας και του προορισμού ούτε της δικής τους ούτε και του ενιαίου τεχνικού αντικειμένου της σύμβασης που είναι το γήπεδο ποδοσφαίρου ως ενιαίο και αδιαίρετο τεχνικό αντικείμενο που περιλαμβάνει το σύνολο των υλικών και εργασιών της σύμβασης. Η χρονική διάρκεια περαίωσης των εργασιών είναι τρεις (3) μήνες, απαιτείται ειδικός μηχανολογικός εξοπλισμός για την έντεχνη εκτέλεση των εργασιών και έμπειροι επαγγελματίες σε βαθμό που κρίθηκε ότι θα πρέπει ακριβώς για όλους τους προηγούμενους λόγους αλληλεπίδρασης και αλληλεξάρτησης των επί μέρους κατασκευών ένας μόνον να είναι υπεύθυνος για το σύνολο των προμηθειών και των εργασιών, για το σύνολο δηλαδή της κάθε μιας και όλων ξεχωριστά των ενιαίων αυτοτελών κατασκευών ώστε να διασφαλίζεται το τεχνικό αποτέλεσμα διότι είναι ακριβώς αυτό το επίπεδο της ποιότητας εκτέλεσης των εργασιών που θα κρίνει καθοριστικά στην σύμβαση του θέματος το επίπεδο ποιότητας και πληρότητας του παραδοτέου. Από τον συνδυασμό όλων των προηγούμενων στοιχείων αποδεικνύεται κατ' αρχάς και άνευ ουδεμίας αμφιβολίας ότι ο κύριος και προεξέχων χαρακτήρας της 22/2018 μελέτης και της σχετικής σύμβασης που θα την υλοποιήσει είναι εκείνος του έργου και των εργασιών που στα πλαίσια αυτού εκτελούνται. Θα έπρεπε επομένως να διενεργηθεί ο διαγωνισμός συμφώνως των διατάξεων που διέπουν τα δημόσια έργα και όχι τις προμήθειες τόσο για την διαδικασία επιλογής αναδόχου όσο και κατά την εκτέλεση των εργασιών. Επικουρικά προς τα παραπάνω επισημαίνεται ότι κατά τις διατάξεις του κοινοτικού δικαίου όταν μία σύμβαση δεν δύναται, λόγω του μικτού αντικειμένου της, να χαρακτηριστεί αμιγώς ως σύμβαση προμηθειών, έργου ή υπηρεσιών, με αποτέλεσμα να προκαλείται σύγχυση ως προς το εφαρμοστέο θεσμικό πλαίσιο, τίθενται σε εφαρμογή συγκεκριμένα κριτήρια που η κοινοτική νομοθεσία αφενός και η νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων αφετέρου έχουν καθιερώσει. Ένα από τα κριτήρια που εφαρμόζεται όταν τα περισσότερα αντικείμενα μιας μικτής σύμβασης τελούν σε αλληλένδετη

Αριθμός Απόφασης Α 399, 400 / 2018

σχέση, με αποτέλεσμα να μην είναι ευχερής ο διαχωρισμός τους, είναι ο σκοπός της σύμβασης. Ερευνάται, δηλαδή, ποιο είναι, κατά τη βούληση των μερών, το κύριο αντικείμενο της σύμβασης και ποιο έχει, μόνο παρεπόμενο χαρακτήρα. Ειδικότερα εξετάζεται, αν τα συμβαλλόμενα μέρη απέβλεψαν κυρίως στην παράδοση προϊόντων ή στην παροχή υπηρεσιών ή στο αποτέλεσμα ενός συνόλου οικοδομικών εργασιών ή εργασιών πολιτικού μηχανικού, το οποίο προορίζεται να πληροί αυτό καθ' εαυτό μία οικονομική ή τεχνική λειτουργία, οπότε θα εφαρμοσθούν για το σύνολο της μικτής σύμβασης οι διατάξεις του Κοινοτικού Δικαίου για τη σύναψη συμβάσεων προμηθειών ή για τη σύναψη συμβάσεων υπηρεσιών ή για τη σύναψη συμβάσεων δημοσίων έργων (βλ. σχετικά την Υπόθεση C-331/92). Στην παρούσα περίπτωση σκοπός του "έργου" του Δήμου Μυκόνου και της μελέτης της οικείας Τεχνικής υπηρεσίας είναι η αναβάθμιση του υφισταμένου γηπέδου ποδοσφαίρου της Άνω Μεράς Μυκόνου με την κατασκευή και ενσωμάτωση σ' αυτό νέου συνθετικού τάπητα ποδοσφαίρου (συνθετικός χλοοτάπητας ποδοσφαίρου) ώστε το αποτέλεσμα να είναι ένα νέο γήπεδο ποδοσφαίρου (γήπεδο με συνθετικό χλοοτάπητα) σύμφωνα με τις επιταγές της Παγκόσμιας Ποδοσφαιρικής Ομοσπονδίας και τους κανόνες της τέχνης και της επιστήμης ώστε να ικανοποιηθούν οι άμεσες, βραχυπρόθεσμες και μεσοπρόθεσμες ανάγκες για άθληση και ψυχαγωγία των δημοτών και των σωματείων και των επισκεπτών λαμβάνοντας υπόψιν την υγεία, υγιεινή και το περιβάλλον. Η ουσία και ο προορισμός του υπαίθριου κατασκευαζόμενου " πράγματος" είναι προφανώς αυτή καθαυτή η εξυπηρέτηση αυτών των αναγκών με αυτό τον ανελιγμένο ποιοτικά τρόπο, δια της συνθέσεως και κατεργασίας επί τόπου του έργου αυστηρά ελεγχόμενων πρώτων υλών που μαζί με την βάση στήριξης των οποίων, εφόσον αυτή είτε είναι ήδη κατάλληλη είτε καταστεί κατάλληλη, η νέα επιδομή συνολικά, θα είναι ένα γήπεδο ποδοσφαίρου με νέο συνθετικό χλοοτάπητα. Συνεπώς καθίσταται πρόδηλο ότι η επίμαχη σύμβαση είναι σύμβαση δημοσίου έργου και όχι σύμβαση προμήθειας. Σε κάθε περίπτωση η τοποθέτηση του συνθετικού χλοοτάπητα

Αριθμός Απόφασης Α 399, 400 / 2018

παρουσιάζει μεγάλο βαθμό τεχνικής δυσκολίας, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στην τεχνική περιγραφή και απαιτεί τη χρήση εξειδικευμένου τεχνικού προσωπικού και ανάλογων μέσων, που δικαιολογεί την ένταξή της στην κατηγορία του δημοσίου έργου, λαμβανομένων και μάλιστα υπόψη των ιδιαιτεροτήτων του εν λόγω έργου και συγκεκριμένα των διαστάσεων του γηπέδου (7.700,00 Μ2) καθώς και ότι η τοποθέτηση του χλοοτάπητα σ' αυτό πρέπει να γίνει κατά τρόπο τέτοιο ώστε ο χώρος αυτός να ανταποκρίνεται στους σκοπούς της αθλητικής χρήσης για την οποία προορίζεται. (ΕΣ 7ο τμήμα 3/2009). Συνεπώς το ανωτέρω έργο θα έπρεπε να δημοπρατηθεί και να ανατεθεί με βάση τις περί δημοσίων έργων διατάξεις και όχι τις διατάξεις περί προμηθειών. Περαιτέρω, το άρθρο 4§§6 και 7 του Ν. 4412/2016 που διέπει τον επίμαχο διαγωνισμό ορίζει τα εξής: «6. Όταν τα διάφορα μέρη συγκεκριμένης σύμβασης δεν μπορούν να χωρισθούν αντικειμενικά, το ισχύον νομικό καθεστώς καθορίζεται με βάση το κύριο αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης. ... 7. Αν η σύμβαση αυτή περιλαμβάνει στοιχεία και από δημόσια σύμβαση έργων, το ισχύον νομικό καθεστώς, κατά την προηγούμενη παράγραφο, καθορίζεται για μεν δημόσιες συμβάσεις έργων άνω των ορίων μετά από σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της ΕΚΑΑ της περίπτωσης α' της παρ. 1 του άρθρου 41, για δε δημόσιες συμβάσεις έργων κάτω των ορίων μετά από σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται υποχρεωτικά στην ΕΚΑΑ.». Η διάταξη είναι ρητή και σαφής και επιβάλλει στην περίπτωση που η σύμβαση περιλαμβάνει στοιχεία και από δημόσια σύμβαση έργων το ισχύον νομικό καθεστώς να καθορίζεται μετά από σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της ΕΚΑΑ. Στην παρούσα περίπτωση όμως από τα τεύχη δημοπράτησης δεν προκύπτει ότι για τον καθορισμό του νομικού καθεστώτος ως διαγωνισμού προμήθειας έχει εκδοθεί γνωμοδότηση του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου. Συνεπώς ο επίμαχος διαγωνισμός είναι ακυρωτέος για παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας καθορισμού του νομικού πλαισίου βάσει του οποίου θα διενεργηθεί. Στον

Αριθμός Απόφασης Α 399, 400 / 2018

ενδεικτικό προϋπολογισμό έχει συμπεριληφθεί τιμή οκτώ ευρώ / μ³ (8€/Μ³) για την εργασία: ΒΑΣΗ ΜΕΤΑΒΛΗΤΟΥ ΠΑΧΟΥΣ ΑΠΟ ΘΡΑΥΣΤΑ ΑΔΡΑΝΗ ΥΛΙΚΑ. Η τιμή συμπεριλαμβάνει εργασία και υλικά συμφώνως της μελέτης: «βάση μεταβλητού πάχους από θραυστά αδρανή υλικά σύμφωνα με την ΕΤΕΠ 05-03-03-00 "Στρώσεις από ασύνδετα αδρανή υλικά", με συμπύκνωση κατά στρώσεις μεγίστου συμπυκνωμένου πάχους κάθε στρώσης 0,10 m, ανεξάρτητα από τη μορφή και την έκταση της επιφάνειας στην τιμή μονάδας περιλαμβάνονται η προμήθεια των αδρανών και του νερού διαβροχής, η μεταφορά τους επί τόπου του έργου από οποιαδήποτε απόσταση, η διάστρωση, διαβροχή και πλήρης συμπύκνωση, δημιουργώντας ταυτόχρονα τις κατάλληλες συνθήκες ώστε να επεκταθεί ο χώρος του γηπέδου». Από τα ως άνω διαλαμβανόμενα, α. δεν προκύπτει με σαφήνεια εάν η τιμή αφορά συμπυκνωμένα είτε μη συμπυκνωμένα αδρανή, β. η ορισθείσα τιμή φαίνεται να είναι εξαιρετικά δυσανάλογη σε σχέση με το πραγματικό κόστος της εργασίας λαμβανομένων υπόψιν: 1. της ανυπαρξίας νόμιμου λατομείου στο νησί, 2. του πολύ μεγάλου κόστους της θαλάσσιας και της χερσαίας μεταφοράς αδρανών, 3. της αρχικής τιμής μονάδος όπως έχει προσδιορισθεί συμφώνως του άρθρου Γ-2.1. Βάση Οδοστρωσίας μεταβλητού πάχους της Αριθ. ΔΝΣγ/οικ.35577/ΦΝ 466 σε 11,50€/Μ³ πλέον της μεταφοράς η οποία οφείλεται να έχει προσδιορισθεί με την προσήκουσα ακρίβεια κατά την σύνταξη του προϋπολογισμού της μελέτης, 4. του μεγάλου κόστους θαλάσσιας μεταφοράς των μηχανημάτων και του μεγάλου κόστους διαμονής του προσωπικού και 5. του κόστους των καυσίμων. Η μεθοδολογία προκοστολόγησης της εργασίας που ακολουθήθηκε, για τον προσδιορισμό της τιμής μονάδος αγοράς αδρανών από τα στοιχεία της αγοράς, την απόσταση και την τιμή σε €/m³.km με την οποία συναρτήθηκε η τιμή μονάδος της μελέτης και τον επιπρόσθετο υπολογισμό της δαπάνης των μηχανημάτων, καυσίμων, χειριστών και μηχανικών που λογίσθηκαν κατά την σύνταξη της τιμής της μελέτης, είναι προδήλως εσφαλμένη δεδομένου του ότι από την σύντομη έρευνα αγοράς που διεξήγαγε ο προσφεύγων η σχετική τιμή

Αριθμός Απόφασης Α 399, 400 / 2018

δεν φαίνεται χωρίς κανέναν υπολογισμό οφέλους να μπορεί να είναι μικρότερη των 19€/Μ3. Η διαφορά μεταξύ της τιμής μονάδος της μελέτης και του κόστους της εργασίας δημιουργεί έλλειμμα στον προϋπολογισμό μελέτης ποσού $2.200,00\text{M}^3 \times 11\text{€/M}^3 = 24.200\text{€}$ περίπου, που δεν φαίνεται να μπορεί να δικαιολογηθεί.

3. Από τα ως άνω αναφερόμενα και αναλυτικώς εκτιθέμενα στις υπό κρίση προσφυγές, σε συνδυασμό με τις κρίσιμες διατάξεις της διακήρυξης και τις οικείες νομικές διατάξεις, δεν μπορεί να αποκλειστεί παράβαση του ενωσιακού και εθνικού δικαίου για κάθε μία από αυτές. Για την οριστική κρίση επί των προσφυγών, ωστόσο, απαιτείται ενδελεχής μελέτη των δύο υποθέσεων, η οποία δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασης αυτής για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

4. Επειδή, για την άσκηση και των δύο Προδικαστικών Προσφυγών προκύπτει πως καταβλήθηκαν αντίστοιχα τα νόμιμα παράβολα, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, εκ ποσού Ευρώ 1.530,50 το καθένα (κωδικός e-Παραβόλου 2311642555958 1030 0052 για τον πρώτο προσφεύγοντα και 231433080958 1102 0033 για τον δεύτερο προσφεύγοντα) και επιπλέον προσκομίστηκαν εκτυπωμένες σελίδες, και για τα δύο, για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», που, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017, αντιστοιχεί σε ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού, στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκαν οι υπό κρίση προσφυγές, η οποία ανέρχεται συνολικά στο ποσό των ευρώ 306.100,00 χωρίς ΦΠΑ, προσκομίστηκαν δε αντίστοιχες εκτυπωμένες σελίδες των πιο πάνω παραβόλων σε κατάσταση «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» και για τα δύο.

5. Επειδή, και οι δύο Προδικαστικές Προσφυγές ασκήθηκαν 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.

Αριθμός Απόφασης Α 399, 400 / 2018

4412/2016, περιέχουν δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγονται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

6. Επειδή, και οι δύο Προσφυγές έχουν κατατεθεί εμπρόθεσμα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ αα 63173), στις 03-09-2018 και οι δύο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η τελευταία ημέρα της αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας άσκησης της προσφυγής έληγε στις 03-09-2018 και για τις δύο, δεδομένου ότι οι προσφεύγοντες τεκμαίρεται ότι έλαβαν γνώση της προσβαλλομένης δεκαπέντε (15) ημέρες μετά τις 09-08-2018 οπότε αυτή αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του ΚΗΜΔΗΣ, ήτοι 24-08-2018. Οι εν λόγω προσφυγές αναρτήθηκαν στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.

7. Επειδή η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση των υπό κρίση προδικαστικών προσφυγών και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

8. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 και οι δύο προσφεύγοντες ασκούν τις υπό εξέταση Προδικαστικές Προσφυγές αιτούμενοι την ακύρωση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, επικαλούμενοι, μεταξύ άλλων, ότι, δραστηριοποιούνται επιχειρηματικά στον κλάδο της προμήθειας και εγκατάστασης πλαστικού χλοοτάπητα. Συνεπώς οι προσφεύγοντες πιθανολογείται ότι ασκούν την Προδικαστική Προσφυγή τους έκαστος με έννομο συμφέρον, καθόσον έχουν καταρχήν συμφέρον να τους ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και περαιτέρω, ενδέχεται, , να υποστούν ζημία σε περίπτωση παρανομίας της προσβαλλομένης διακήρυξης, στο μέτρο που καθίσταται αδύνατη ή δυσχεραίνεται ουσιωδώς η συμμετοχή τους στον διαγωνισμό.

Αριθμός Απόφασης Α 399, 400 / 2018

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»

Αριθμός Απόφασης Α 399, 400 / 2018

11. 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).

12. 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».*

13. 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.

14. 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

Αριθμός Απόφασης Α 399, 400 / 2018

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.

15. Επειδή, εφόσον εικάζεται ζημία των προσφευγόντων 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 την σκέψη 3, η ΑΕΠΠ δύναται να λάβει μέτρα προσωρινής προστασίας.

16. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας των λόγων των δύο προδικαστικών προσφυγών, απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, , 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 -.

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 συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από

Αριθμός Απόφασης Α 399, 400 / 2018

τα οφέλη. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προσβαλλόμενης διακήρυξης, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας σε βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, αν ήθελε χωρήσει ο διαγωνισμός, τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

18. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε απόψεις επί του αιτήματος προσωρινών μέτρων των προδικαστικών προσφυγών, αλλά σε κάθε περίπτωση δεν προέκυψαν ειδικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος για την μη αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας. Σημειώνεται ότι λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν 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). Συνεπώς, για όλους τους πιο πάνω λόγους, πρέπει να διαταχθεί η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί των υπό εξέταση Προδικαστικών Προσφυγών.

19. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, και επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή δεν παρίσταται ούτε προδήλως अपαράδεκτη ούτε προδήλως αβάσιμη, μολονότι επί του εν γένει παραδεκτού και της ύπαρξης βλάβης και εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο των προσφευγόντων για την άσκηση των υπό εξέταση προσφυγών, αλλά και της βασιμότητας των λόγων και των αιτημάτων τους, το επιληφθέν Κλιμάκιο επιφυλάσσεται να αποφανθεί κατά την οριστική κρίση του, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή μίας ή και των δύο προδικαστικών προσφυγών, λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης των Προσφευγόντων σε περίπτωση που κριθούν μη νόμιμοι οι προσβαλλόμενοι όροι της επίδικης Διακήρυξης, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας.

Αριθμός Απόφασης Α 399, 400 / 2018

21. Επειδή βάσει και των ανωτέρω, το πλέον πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων των δύο προσφευγόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά 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.

22. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων των προσφευγόντων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στις υπό εξέταση Προδικαστικές Προσφυγές.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού στα πλαίσια της προσβαλλόμενης Διακήρυξης με αρ. πρωτ. 7541/9-8-2018 δυνάμει της οποίας προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός Διαγωνισμός προμήθειας και εγκατάστασης πλαστικού χλοοτάπητα γηπέδων (άνω των ορίων) του Δήμου Μυκόνου, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. (αριθμός ΕΣΗΔΗΣ 63173) μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί των υπό κρίση προδικαστικών προσφυγών.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη την 13-09-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Αριθμός Απόφασης Α 399, 400 / 2018

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΟΛΓΑ ΘΑΝΟΥ