

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 15 Ιανουαρίου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη Πρόεδρο και Εισηγητή, δυνάμει της με αρ. Οικ/35/04-01-2018 με αρ. 4/2018 Πράξη του ίδιου, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, μέλος και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη, μέλος.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στην από 29-12-2017 με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 2/02-01-2018 και Ειδ. Αριθ. Κατ. ΙΙ/1/02-01-2018 Προδικαστική Προσφυγή του για την υπ' αριθ. 4788/19-09-2017 Διακήρυξη που αφορά στον Ηλεκτρονικό Δημόσιο Ανοικτό Διαγωνισμό με αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 44698,1 για την «Προμήθεια και Εγκατάσταση Υλικών για την Σύνδεση των Ηλεκτροπαραγωγών Ζευγών (Η/Ζ) των Αντλιοστασίων Ευμοίρου και Κυψέλης και θέση σε λειτουργία αυτών-Προμήθεια και Εγκατάσταση Συστημάτων Αντιστάθμισης Αέργου Ισχύος στα Αντλιοστάσια Ευμοίρου, Κυψέλης και Δροσερού της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης-Αποχέτευσης Ξάνθης (Δ.Ε.Υ.Α.Ξ.).» με σφραγισμένες προσφορές και με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής για το σύνολο των προκηρυσσομένων υλικών, με προϋπολογισμό 111.792,13 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%, κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ και χρεωθείσα στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 04.01.2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα της Γραμματείας του, ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο

Αριθμός Απόφασης Α25 / 2018

«.....», που εδρεύει στ.., οδός αρ. ...(εφεξής Προσφεύγων).

Κατά του Αναθέτοντος Φορέα με την επωνυμία «ΔΗΜΟΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΥΔΡΕΥΣΗΣ – ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΞΑΝΘΗΣ (Δ.Ε.Υ.Α.Ξ.)» που εδρεύει στην Ξάνθη και επί της οδού Τέρμα 4ης Οκτωβρίου, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «ΔΕΥΑΞ» ή Αναθέτων Φορέας ή ΑΦ) και κατά της υπ' αριθμ. 208/05-12-2017 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της (ΑΔΑ: Ω91ΔΟΡΥ7-273) με θέμα «Έγκριση 1^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και Αξιολόγησης για το έργο “Προμήθεια και Εγκατάσταση Υλικών για την Σύνδεση των Ηλεκτροπαραγωγών Ζευγών (Η/Ζ) των Αντλιοστασίων Ευμοίρου και Κυψέλης και θέση σε λειτουργία αυτών - Προμήθεια και Εγκατάσταση Συστημάτων Αντιστάθμισης Αέργου Ισχύος στα Αντλιοστάσια Ευμοίρου, Κυψέλης και Δροσερού”» προϋπολογισμού 111.792,13 ευρώ χωρίς τον Φ.Π.Α. 24%, στα πλαίσια του οποίου ο προσφεύγων κατέθεσε προσφορά (εφεξής διαγωνισμό), κατά το μέρος αυτής, που αφορά στην αποδοχή των προσφορών των οικονομικών φορέων «.....» και «.....».

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, ο προσφεύγων ζητεί να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το μέρος που έγιναν δεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «.....» και «.....» που υπέβαλαν, όπως και ο προσφεύγων, προσφορά στον υπό κρίση διαγωνισμό, ισχυριζόμενος ότι α) στο ΤΕΥΔ το οποίο προσκόμισε ο, στην ικανότητα του οποίου είχε δηλώσει ότι στηρίζεται ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....», και πιο συγκεκριμένα στην Ενότητα Γ («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα») του Μέρους IV («Κριτήρια επιλογής»), σημ. 6, δηλώνεται μόνον ο τίτλος σπουδών του, χωρίς να γίνεται καμία απολύτως αναφορά στα επαγγελματικά του προσόντα, επομένως δεν αποδείχθηκε η πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της παρ.

Αριθμός Απόφασης Α25 / 2018

2.2.6. από τον συνυποψήφιο του οικονομικό φορέα β) το ΤΕΥΔ το οποίο υπέβαλε ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....» υπογράφεται ψηφιακά μόνο από τον Διευθύνοντα Σύμβουλο και όχι από όλα τα μέλη του Διοικητικού Συμβουλίου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 73 και 79 Ν. 4412/16 και γ) το ΤΕΥΔ το οποίο προσκόμισε ο, τον οποίο είχε δηλώσει ως υπεργολάβο του ο συνυποψήφιος του προσφεύγοντα οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....» δεν έφερε ψηφιακή υπογραφή, κατά παράβαση των διατάξεων των άρθρων 2.4.6 περ. α, β και θ, 2.2.8, 2.2.6 και 2.1.3 της διακήρυξης σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 73 και 79 Ν. 4412/2016, έτι περαιτέρω ζητεί την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ιδίως δε της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, της αξιολόγησης αυτών και της ανάδειξης προσωρινού μειοδότη, μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της προδικαστικής προσφυγής του, εφόσον η προσφορά του έχει ήδη γίνει αποδεκτή και σε περίπτωση αποκλεισμού των λοιπών διαγωνιζομένων, θα αποτελέσει τον μοναδικό οικονομικό φορέα, που προκρίνεται στο επόμενο διαγωνιστικό στάδιο (αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά το εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί δυνάμει της με αρ. ΑΠ 1227/27-12-2017 Βεβαίωσης ελέγχου και δέσμευσης ηλεκτρονικού παραβόλου της ΑΕΠΠ, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 181525501958 0226 0064, το οποίο πληρώθηκε εμπρόθεσμα την 27-12-2017, ποσού εξακοσίων Ευρώ (600,00 €), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης

Αριθμός Απόφασης Α25 / 2018

Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α΄ 64) δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 111.792,13 Ευρώ, χωρίς ΦΠΑ.

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την 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.

3. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, του αντικειμένου της και της ημερομηνίας δημοσίευσής της στο ΚΗΜΔΗΣ (την 19-09-2017 με ΑΔΑΜ 17PROC001965456), δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016, αφού, σύμφωνα με την διακήρυξη κύρια δραστηριότητα του Αναθέτοντος Φορέα είναι η Συλλογή Επεξεργασία παροχής νερού και Υπηρεσίες Β.Κ. – λυμάτων και δεν υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/25/ΕΕ και συνεπώς κατά τις οικείες διατάξεις του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 υπάγεται στην δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της (κατ' αρ. 345 παρ. 1 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, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α΄ 116).

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα, μέσω της διαλειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. (Α/Α: 44698,1) την 22-12-2017 και ο προσφεύγων άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή με κατάθεσή της

Αριθμός Απόφασης Α25 / 2018

στον ίδιο ηλεκτρονικό τόπο, την 29-12-2017, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ.

5. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 ο Προσφεύγων ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενος την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης κατά το σκέλος αυτής, με το οποίο έκανε δεκτές προσφορές έτερων οικονομικών φορέων που υπέβαλαν προσφορά στον ίδιο διαγωνισμό με αυτόν και έγιναν δεκτές στα επόμενα στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας, επομένως ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη, εφόσον η προσφορά του έχει ήδη γίνει αποδεκτή και, σε περίπτωση αποκλεισμού των λοιπών διαγωνιζομένων, θα αποτελέσει τον μοναδικό οικονομικό φορέα, που προκρίνεται στο επόμενο διαγωνιστικό στάδιο και συνακόλουθα θα αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος της υπό ανάθεση σύμβασης.

6. Επειδή, μετά ταύτα, ο Προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλομένης και την λήψη του μέτρου της προσωρινής διακοπής της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις εκδόσεως Απόφασης επί της προσφυγής του, προκειμένου να διασφαλιστεί ότι, σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής, θα έχει τηρηθεί η νομιμότητα και νομίμως θα αξιολογηθεί μόνον η δική του προσφορά και εν τέλει θα του ανατεθεί η υπό ανάθεση σύμβαση.

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*

Αριθμός Απόφασης Α25 / 2018

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»

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

Αριθμός Απόφασης Α25 / 2018

αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

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, η Δημοτική Επιχείρηση Ύδρευσης Αποχέτευσης Ξάνθης έχει κύρια δραστηριότητά της την συλλογή και επεξεργασία παροχής νερού και τις υπηρεσίες Β.Κ. – λυμάτων, στον υπό κρίση διαγωνισμό εφαρμόζονται οι

Αριθμός Απόφασης Α25 / 2018

διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 (άρθρα 222 έως 338) και η διακήρυξη του διαγωνισμού.

14. Επειδή, με τον πιο πάνω αναφερόμενο ως 1^ο εξεταζόμενο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, ο προσφέρων ισχυρίζεται ότι, μολονότι για την ικανοποίηση του κριτηρίου της παρ. 2.2.6. της διακήρυξης, σύμφωνα με τη δήλωσή του στο ΤΕΥΔ, ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....» στηρίζεται στην ικανότητα του οικονομικού φορέα, στο ΤΕΥΔ το οποίο προσκόμισε ο τελευταίος, και πιο συγκεκριμένα στην Ενότητα Γ («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα») του Μέρους ΙV («Κριτήρια επιλογής»), σημ. 6, δηλώνεται μόνον ο τίτλος σπουδών του εν λόγω οικονομικού φορέα, χωρίς να γίνεται καμία απολύτως αναφορά στα επαγγελματικά του προσόντα. Ως εκ τούτου, παρέλειψε να δηλώσει και να αποδείξει ότι καλύπτει τα ελάχιστα απαιτούμενα ως προς την τεχνική και επαγγελματική ικανότητά του, σύμφωνα και με τα προβλεπόμενα στο άρθρ. 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 2.2..6 της διακήρυξης.

15. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 308 Ν. 4412/2016 για τους κανόνες που εφαρμόζονται σε περίπτωση χρήσης των κριτηρίων αποκλεισμού και ποιοτικής επιλογής του Βιβλίου Ι (παρ. 3 του άρθρου 80 και υποπαράγραφος 2 της παρ. 1, καθώς και υποπαράγραφος 2 της παρ. 2 του άρθρου 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) «1. Προς το σκοπό εφαρμογής του άρθρου 305, αν οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, εφαρμόζονται τα άρθρα 79, 80, και 81. 2. Προς το σκοπό εφαρμογής των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 307, εφόσον, δυνάμει του άρθρου 305, οι αναθέτοντες φορείς αναφέρονται στα κριτήρια αποκλεισμού ή επιλογής που προβλέπονται στο Βιβλίο Ι, οι αναθέτοντες φορείς ελέγχουν, σύμφωνα με την παράγραφο 1 εάν οι άλλοι φορείς στην ικανότητα των οποίων ο οικονομικός φορέας προτίθεται να στηριχθεί, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής ή εάν συντρέχουν λόγοι

Αριθμός Απόφασης Α25 / 2018

αποκλεισμού, στους οποίους αναφέρονται οι αναθέτοντες φορείς, δυνάμει του άρθρου 73 και 74 ...» . Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου Άρθρο 307 για την στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 79 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) «1. .. 2. Εάν οι αντικειμενικοί κανόνες και τα κριτήρια για τον αποκλεισμό και την επιλογή των υποψηφίων και των προσφερόντων στην ανοικτή διαδικασία, σε κλειστή διαδικασία, σε διαδικασία με διαπραγμάτευση, σε ανταγωνιστικό διάλογο ή σε σύμπραξη καινοτομίας, περιλαμβάνουν απαιτήσεις σχετικά με την οικονομική και χρηματοπιστωτική ικανότητα του οικονομικού φορέα ή με τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητές του, ο οικονομικός φορέας μπορεί, όπου κριθεί απαραίτητο, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών που τον συνδέουν με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα του παρόχου υπηρεσιών ή του αναδόχου ή των διευθυντικών στελεχών της επιχείρησης ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν, ωστόσο, να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν ένας οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στον αναθέτοντα φορέα ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, παραδείγματος χάριν, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για το σκοπό αυτό. ...»

16. Επειδή, στο άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης περί Τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, προβλέπεται ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν κατάλληλο τεχνικό προσωπικό για την εγκατάσταση των υπό προμήθεια συστημάτων (υλικών) υπό την επίβλεψη και καθοδήγηση Διπλωματούχου Ηλεκτρολόγου / Μηχανολόγου Μηχανικού ή αντίστοιχου Υπομηχανικού ο οποίος θα έχει την δυνατότητα υπογραφής

Αριθμός Απόφασης Α25 / 2018

εγκατάστασης των αναφερόμενων συστημάτων». Περαιτέρω, στις διατάξεις του άρθρου 2.2.9.1 της διακήρυξης περί Προκαταρκτικής απόδειξης κατά την υποβολή προσφορών ορίζεται ότι: «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (B/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα ΙΙΙ, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. Το ΤΕΥΔ καταρτίζεται από τον αναθέτοντα φορέα βάσει του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Α της Απόφασης 158/2016 της ΕΑΑΔΗΣΥ και συμπληρώνεται από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς σύμφωνα με τις οδηγίες της Κατευθυντήριας Οδηγίας 15/2016 (ΑΔΑ:ΩΧΟΓΟΞΤΒ-ΑΚΗ). Το ΤΕΥΔ σε επεξεργάσιμη μορφή είναι αναρτημένο στην ιστοσελίδα της ΕΑΑΔΗΣΥ (www.eaadhsy.gr) και (www.hsppa.gr)». Τέλος, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 2.2.8 της διακήρυξης περί Στήριξης στην ικανότητα τρίτων «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Ειδικά, όσον αφορά στα κριτήρια επαγγελματικής ικανότητας που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν να στηρίζονται

Αριθμός Απόφασης Α25 / 2018

στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο, εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες.»

17. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, αν οικονομικός φορέας στηρίζεται στην ικανότητα τρίτων, μεταξύ άλλων για την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής των παραγράφων 2.2.6 της διακήρυξης, θα έπρεπε καταρχήν να το δηλώσει στο ΤΕΥΔ που θα έπρεπε να υποβάλει και, επιπλέον, ο τρίτος θα έπρεπε α) να υποβάλει δικό του ΤΕΥΔ, στο οποίο να δηλώνει ότι είναι ο ίδιος Διπλωματούχος Ηλεκτρολόγος / Μηχανολόγος Μηχανικός ή αντίστοιχος Υπομηχανικός ή ότι έχει στην διάθεσή της επιχείρησής του τέτοιο στέλεχος, ο οποίος θα έχει την δυνατότητα υπογραφής εγκατάστασης των αναφερόμενων συστημάτων και β) να υποβάλει δήλωση δέσμευσης ο ίδιος ή το στέλεχός του, αναλόγως, ότι θα εκτελέσει τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες που διαθέτει.

18. Επειδή, κατόπιν απλής επισκόπησης της διακήρυξης και της προσφοράς (.....) που υπέβαλε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Α/Α συστήματος 44698,1) ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....», στο περιλαμβανόμενο σε αυτήν ΤΕΥΔ το οποίο προσκόμισε ο, στην ικανότητα του οποίου είχε δηλώσει ότι στηρίζεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας, και πιο συγκεκριμένα στην Ενότητα Γ («Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα») του Μέρους IV («Κριτήρια επιλογής»), σημ. 6, δηλώνεται μόνον ο τίτλος σπουδών του, χωρίς να γίνεται αναφορά αν έχει τη δυνατότητα υπογραφής εγκατάστασης των αναφερόμενων συστημάτων, επομένως πιθανολογείται ότι δεν αποδεικνύεται κατά τους όρους της διακήρυξης στο στάδιο αυτό η πλήρωση του κριτηρίου της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της παρ. 2.2.6. από τον συνυποψήφιο του προσφεύγοντος οικονομικό φορέα. Μπορεί, πράγματι, να μην απαιτείται στο

Αριθμός Απόφασης Α25 / 2018

στάδιο αυτό η προσκόμιση της κατά Νόμο άδειας για την υπογραφή των απαιτούμενων εγκαταστάσεων, για να αποδείξει ότι έχει την δυνατότητα αυτή, καθώς, όπως βάσιμα υποστηρίζει και ο αναθέτων φορέας στις από 05-01-2018 Απόψεις του, που απέστειλε με μήνυμα στην ΑΕΠΠ, η προσκόμιση αυτή θα λάβει χώρα σε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, εφόσον ο οικονομικός φορέας κηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος, και του ζητηθεί πλέον να προσκομίσει τα σχετικά αποδεικτικά στοιχεία, όπως ρητώς αναφέρεται στην παράγραφο 3.2 εδάφιο α' της Διακήρυξης. Ωστόσο, λαμβανομένης υπόψη της δήλωσης δέσμευσης του ίδιου και όχι στελέχους της επιχείρησής του ότι θα εκτελέσει τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες που διαθέτει, πιθανολογείται ότι στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε ο τρίτος, στις ικανότητες του οποίου δήλωσε ότι στηρίζεται ο φορέας «.....», είχε υποχρέωση να δηλώνει ότι ο ίδιος με την ιδιότητα του Διπλωματούχου Ηλεκτρολόγου / Μηχανολόγου Μηχανικού ή Υπομηχανικού έχει την δυνατότητα υπογραφής εγκατάστασης των αναφερόμενων συστημάτων και επιπλέον να υποβάλει δήλωση, με άλλα λόγια εκτός της δέσμευσης που υποβλήθηκε πιθανολογείται ότι όφειλε να δηλώσει ότι διαθέτει την σχετική άδεια. Λαμβανομένου, μάλιστα, υπόψη των ισχυρισμών του προσφεύγοντος ότι α) ως άδεια για την υπογραφή των απαιτούμενων εγκαταστάσεων, που συνιστά και την μοναδική απόδειξη για την δυνατότητα αυτή, νοείται είτε η το πρώτον χορήγηση άδειας είτε η αναγγελία της έναρξης άσκησης του επαγγέλματος ήδη αδειούχου εγκαταστάτη ηλεκτρολόγου στις οικείες Αρχές, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων του Ν. 3982/2011 σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 10 και 14 του π.δ. 108/2013, ισχυρισμού που δεν αντικρούεται από τον αναθέτοντα φορέα στις πιο πάνω απόψεις του και β) αναγγελία, με άλλα λόγια άδεια, δεν διαθέτει ο τρίτος οικονομικός φορέας, ισχυρισμού που ομοίως δεν αντικρούστηκε ενώπιόν μας ούτε από τον αναθέτοντα φορέα, ούτε από τον καθ' ου οικονομικό φορέα, η παράλειψη δήλωσης της ύπαρξης ή μη τέτοιας

Αριθμός Απόφασης Α25 / 2018

αναγγελίας ή άλλης τυχόν ισχύουσας άδειας υπογραφής εγκατάστασης των αναφερόμενων συστημάτων στο ΤΕΥΔ που υπέβαλε ο τρίτος οικονομικός φορέας στις ικανότητες του οποίου στηρίχτηκε ο συνυποψήφιος του προσφεύγοντα οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....», πιθανολογείται ότι συνιστά παράβαση των διατάξεων 2.4.3.1 της διακήρυξης περί στοιχείων και δικαιολογητικών για την συμμετοχή των προσφερόντων στη διαγωνιστική διαδικασία τα οποία περιλαμβάνουν: *«α) Το τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), όπως προβλέπεται στην παρ. 4 του άρθρου 79 του ν. 4412/201648, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.9.1. της παρούσας διακήρυξης.»*

19. Επειδή για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας των ισχυρισμών του προσφεύγοντα σχετικά με τον υπό εξέταση λόγο της προσφυγής του, οι οποίοι πάντως δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι, απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων από αρμόδιες Αρχές και Φορείς.

20. Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης του Προσφεύγοντα σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι μη νόμιμα ο Αναθέτων Φορέας έκανε δεκτή την προσφορά του συνυποψηφίου του προσφεύγοντα οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....».

21. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του

Αριθμός Απόφασης Α25 / 2018

αιτούντος ως διαγωνιζομένου- και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, 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 αποδοχής συνδιαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου ανοίγματος οικονομικής προσφοράς έτερων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

22. Επειδή, η χωρίς καθυστέρηση προμήθεια και εγκατάσταση Ηλεκτροπαραγωγών Ζευγών, μια προμήθεια ιδιαίτερα αναγκαία για την εύρυθμη λειτουργία του Αναθέτοντα Φορέα, που άπτεται της λειτουργικότητας αντλιοστασίων του, μπορεί να συνιστά λόγο δημοσίου συμφέροντος για την συνέχιση του διαγωνισμού. Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου 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, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του πρέπει, για όλους τους πιο πάνω λόγους, να διαταχθεί η αναστολή της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

23. Επειδή, μετά ταύτα, παρέλκει η κρίση επί του παραδεκτού ή και η πιθανολόγηση της βασιμότητας των λοιπών λόγων και ισχυρισμών του

Αριθμός Απόφασης Α25 / 2018

προσφεύγοντος προς τον σκοπό ακύρωσης της προσβαλλόμενης, γιατί και προδήλως απαράδεκτοι ή αβάσιμοι και εάν ήθελε κριθούν, καμία έννομη συνέπεια δεν θα είχε επί του αιτήματος περί αναστολής της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθόσον γίνεται δεκτό ότι για τον εδώ εξεταζόμενο μόνο λόγο της υπό κρίση προσφυγής πρέπει να διαταχθεί η αναστολή της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί αυτής.

24. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και, ιδίως, η αναστολή ανοίγματος των οικονομικών προσφορών έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό κρίσης προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. 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 του Αναθέτοντα Φορέα για ταχεία πρόοδο αυτής.

25. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντα πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

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

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού και δη την αποσφράγιση οικονομικών προσφορών του Ηλεκτρονικού Δημόσιου Ανοικτού Διαγωνισμού με αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 44698,1 για την «Προμήθεια και Εγκατάσταση Υλικών για την Σύνδεση των Ηλεκτροπαραγωγών Ζευγών (Η/Ζ) των Αντλιοστασίων Ευμοίρου και Κυψέλης και θέση σε λειτουργία αυτών-Προμήθεια και Εγκατάσταση

Αριθμός Απόφασης Α25 / 2018

Συστημάτων Αντιστάθμισης Αέργου Ισχύος στα Αντλιοστάσια Ευμοίρου, Κυψέλης και Δροσερού της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης-Αποχέτευσης Ξάνθης (Δ.Ε.Υ.Α.Ξ.).» με σφραγισμένες προσφορές και με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής για το σύνολο των προκηρυσσομένων υλικών με προϋπολογισμό 111.792,13 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 15-01-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΪΔΟΥ