

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Μαρτίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή-Εισηγήτρια και
Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από
16.3.2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης
Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)-2018 προδικαστικής προσφυγής
του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο
«.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά του αναθέτοντος φορέα «ΔΗΜΟΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΥΔΡΕΥΣΗΣ
ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΝΟΜΟΥ.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την
ακύρωση, άλλως ανάκληση της υπ' αρ.-2018 διακήρυξης της σύμβασης
με αντικείμενο την «Προμήθεια μονάδων αφαλάτωσης για θαλασσινό νερό με
αντίστροφη ώσμωση δυναμικότητας 200 κμ/ημέρα». Περαιτέρω, με το
συνημμένο στην Προσφυγή του αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ζητά να
ανασταλεί η εκτέλεση της Διακήρυξης, να διαταχθεί ο αναθέτων όπως
απόσχει από κάθε οικεία ενέργεια και να διαταχθεί κάθε πρόσφορο μέτρο για
τη μη συνέχιση της διαδικασίας.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α138/2018

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της ανωτέρω διακήρυξης, ο δε προσφεύγων βάλλει κατά όρων αυτής αυτής και συγκεκριμένα κατά της δυσανάλογης, όπως ισχυρίζεται, με το τεχνικό αντικείμενο του διαγωνισμού απαίτησης βεβαίωσης 'καλής λειτουργίας', που θέτει ο όρος 2.2.6.9.2. περ. Β.4.Α' της διακήρυξης και επικουρικός κατ' επίκληση των αρχών του υγιούς ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης διακρίσεων σε σχέση με τον ως άνω συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης. Συνεπεία των ανωτέρω, ο προσφεύγων ζητά ακύρωση της προσβαλλομένης διακήρυξης.

2. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των άρθρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρθρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται ακόμη και σε αυτεπάγγελτη εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του άρθρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω προσφυγής, βάσει της ρητής οικείας ευχέρειας που απονέμει το άρθρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόν παρεμβαίνοντος ή του αναθέτοντα φορέα. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων, όπως κρίθηκε και στην Απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3/2017 (σκέψη 2), προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια Προσωρινά Μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος ή οιοδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής. Επειδή δε, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 της ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017 περί του σκοπού των "καταλλήλων" προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του άρθρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του άρθρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκόμενων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την έννοια κατά την ως άνω μνημονευθείσα εξάλλου Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017, ότι το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, αναφέρεται στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Συνεπώς, η εκ της

Αριθμός απόφασης: Α138/2018

Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια, ήτοι πρώτον την κρίση περί τυχόν προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου της προσφυγής, με την πιθανολόγηση επί του προδήλως αβασίμου να αφορά την έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία νομικού πλαισίου, δεύτερον την πιθανολόγηση συνδρομής μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των εμπλεκομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, τρίτον τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την όποια ζημία που δύναται να προκληθεί από την αναστολή και τέταρτον την εξέταση του περιεχομένου των μέτρων με πρόκριση εκείνων που είναι κατάλληλα για την αποτροπή της ζημίας και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως με την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (βλ. και Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 3,6 και 8/2017).

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία με ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» και ποσού ευρώ 7.425,00€ ευρώ, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του δια του από 16-3-2018 εμβάσματος του προσφεύγοντος μέσω της τράπεζας ALPHA BANK. Περαιτέρω, η προσφυγή αφορά διαδικασία που διακηρύχθηκε με την υπ' αρ.-2018 διακήρυξη δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου για την ανάθεση της σύμβασης «Προμήθεια μονάδων αφαλάτωσης για θαλασσινό νερό με αντίστροφη ώσμωση δυναμικότητας 200κμ/ημέρα», εκτιμώμενης πλέον ΦΠΑ αξίας 1.485.000,00 ευρώ (CPV 42912340-7 & 65122000-0) που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την (και δημοσιεύθηκε στην ΕΕΕΕ τηνμε αρ. ανακοίνωσης.....) και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ τηνμε Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ την με συστημικό α/α..... Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω (συνολικής) εκτιμώμενης αξίας της διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην

Αριθμός απόφασης: Α138/2018

αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 Ν. 4412/2016, ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε προσφεύγων, παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την εν γένει άσκηση της ως προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως εταιρία δραστηριοποιούμενη στην εμπορία συστημάτων επεξεργασίας νερού, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης σύμβασης, ενώ αυτόνομη τίγεται από τους προσβαλλόμενους με την προσφυγή τους όρους της διακήρυξης, διότι, όπως δηλώνει, δεν τους πληροί και έτσι αποκλείεται, άλλως λίαν ουσιωδώς δυσχεραίνεται από τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, και έτσι προδήλως ευνοείται από την ακύρωσή της. Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

4. Επειδή, ομοίως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους και ορισμένους λόγους, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους με έλεγχο των εγγράφων που κατέθεσε ο προσφεύγων και ερμηνεία ως και υπαγωγή τους ως προς τους όρους της διακήρυξης σε αντιπαραβολή δε και με οικεία ερμηνεία του νόμου.

5. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, του αναθέτοντος, αλλά και κάθε έτερου, εκ της συνέχισης του διαγωνισμού, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας των όρων της διακήρυξης, η τυχόν συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύναται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα των πληττόμενων όρων της διακήρυξης βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 321/19-3-2018 Πράξεως του Προέδρου του Κλιμακίου για την 2-4-2018, ήτοι εντός λίαν συντόμου διαστήματος, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή

Αριθμός απόφασης: Α138/2018

αναστολής προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα 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, επηρεάζοντας τη νομιμότητά τους, διαφοράς.

6. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του ανά περίπτωση ειδικότερου περιεχομένου του αιτήματος του προσφεύγοντος ή την ίδια ύπαρξη το πρώτον τέτοιου αιτήματος, δεδομένης της κατά την ως άνω σκ. 2, αυτεπάγγελτης εξουσίας του Κλιμακίου επί της απόφασης διαταγής ως και της διαμόρφωσης του περιεχομένου του ανά περίπτωση προσωρινού μέτρου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφέροντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Αίτηση Αναστολής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Αίτηση Αναστολής.

Διατάσσει της αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

Διατάσσει τον αναθέτοντα όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21-3-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Αριθμός απόφασης: Α138/2018

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ