

Αριθμός απόφασης: Α 167 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 15 Απριλίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής – δυνάμει της με αρ. 539/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Αργυρώ Τσουλούφα, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 438/11-04-2019 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και δ.τ. «.....», που εδρεύει στην, επί της, αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενης (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «προσφεύγων» ή «.....»).

Κατά της (.....), που εδρεύει στην, επί τηςαρ. (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ» ή «.....») και κατά όρων της με αρ. πρωτ. διακήρυξης (εφεξής «προσβαλλόμενη διακήρυξη» ή «διακήρυξη») δημόσιου συνοπτικού διαγωνισμού, με ανοικτή διαδικασία, που διενεργεί η, με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου της σύμβασης, με τίτλο «.....», εκτιμώμενης αξίας 137.096,77€, χωρίς ΦΠΑ και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από τεχνοοικονομική άποψη προσφορά (εφεξής «διαγωνισμός»), για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω Προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α 167 / 2019

1. Επειδή, η με την προσβαλλόμενη διακήρυξή της, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ), λαμβάνοντας ΑΔΑΜ: την 03-04-2019, προκήρυξε τον ελεγχόμενο συνοπτικό διαγωνισμό, ορίζοντας ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 16^η Απριλίου 2019 και ώρα 10:30. Κατά όρων της διακήρυξης αυτής της ο προσφεύγων άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική του προσφυγή.

2. Επειδή, με την ως άνω προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. με το από 11-04-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, ο προσφεύγων, πλέον του αιτήματος του να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη, επιδιώκει την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και ιδίως την αναστολή της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής προσφορών, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. γ' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. γ' του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, ποσού 685,48€).

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016), του αντικειμένου της (προμήθεια) και της δραστηριότητας που η ασκεί ως αναθέτουσα αρχή (.....), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου ΙΙ αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία δημοσίευσης της Προκήρυξης της σχετικής σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ η 3^η Απριλίου 2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου

Αριθμός απόφασης: Α 167 / 2019

IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, στην υπό εξέταση προσφυγή του, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι αν και επιτυχώς και με πλούσια εμπειρία δραστηριοποιείται στον κλάδο της κατασκευής, προμήθειας, εγκατάστασης και λειτουργίας μονάδων αφαλάτωσης, αλλά και φίλτρανσης (αποσιδήρωσης – απομαγνησίωσης), τόσο στην Ελλάδα, όσο και στο εξωτερικό και επιθυμεί να εκδηλώσει ενδιαφέρον συμμετοχής στο διαγωνισμό, εντούτοις κωλύεται, άλλως δυσχεραίνεται ουσιωδώς να το πράξει και δη με εύλογες πιθανότητες επιτυχίας. Συνακόλουθα, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017 βάλλει κατά όρων της διακήρυξης, δια των οποίων, κατά τους ισχυρισμούς του, είτε περιορίζεται, αδικαιολογήτως και δυσαναλόγως (σε σχέση με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης) ο υγιής ανταγωνισμός, είτε εισάγονται χωρίς ειδική αιτιολογία (σε σχέση με τυχόν συνδρομή ειδικών λόγων που συνεχονται με το δημόσιο συμφέρον και λαμβανομένων υπόψη της φύσης και του αντικειμένου του υπό προμήθεια αγαθού) κριτήρια ποιοτικής επιλογής, πέραν του αναλόγου μέτρου, σε σχέση με τη συνήθη εμπειρία κατάλληλων, κατά τα άλλα, οικονομικών φορέων στη σχετική αγορά, κατά παράβαση των επιταγών του Ν. 4412/2016. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι: 1) είναι μη σύννομη η απαίτηση, ο κατασκευαστής του συστήματος, να έχει, στο παρελθόν, εγκαταστήσει τουλάχιστον δύο (2) μονάδες σε Δήμους ή ΔΕΥΑ (άρθρο 9ο Διακήρυξης υπό τον τίτλο “ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΑ ΦΑΚΕΛΟΥ «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ»”), και ιδίως η πρόβλεψη οι τουλάχιστον δύο (2) παραδόσεις μονάδων αφαλάτωσης να αφορούν εγκατεστημένες μονάδες αποκλειστικά και μόνο σε Δήμους ή Δημοτικές Επιχειρήσεις Ύδρευσης και Αποχέτευσης (ΔΕΥΑ) περιορίζει αδικαιολογήτως τον ανταγωνισμό και τελεί σε δυσαναλογία με το τεχνικό αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Και τούτο, διότι ουδείς

Αριθμός απόφασης: Α 167 / 2019

αποχρών λόγος συνάγεται εκ της Διακήρυξης να μην θεωρείται πρόσφορη για τη θεμελίωση της τεχνικής ικανότητας διαγωνιζομένου η, στο παρελθόν, παράδοση και εγκατάσταση παρόμοιας, με τη νυν υπό ανάθεση, μονάδος αφαλάτωσης νερού, πλην όμως ουχί, κατ' ανάγκην σε Δήμο ή ΔΕΥΑ, όπως, όπως περιοριστικώς, απαιτεί η Διακήρυξη, αλλά, είτε σε ιδιωτικούς φορείς (αλλοδαπούς ή ημεδαπούς) είτε σε οποιονδήποτε άλλον φορέα του ευρύτερου δημοσίου τομέα (π.χ. ΟΤΑ Β' Βαθμού, Ανώνυμες Εταιρείες του Δημοσίου κλπ.). Με τον όρο αυτό, όμως, καταλήγει ο προσφεύγων αποκλείονται αργίσι οικονομικοί φορείς, οι οποίοι, καίτοι διαθέτουν τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης, δεν έχουν ακόμη αποκτήσει πελατολόγιο σε ΟΤΑ ή /και ΔΕΥΑ (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ (ΑΣΦ) 491/2009), ενώ όμως διαθέτουν πελατολόγιο με εγχώριους ή/και αλλοδαπούς ιδιωτικούς ή άλλους φορείς του Δημοσίου, όπως ακριβώς συμβαίνει στην περίπτωση του ίδιου. 2) Το ως άνω πληττόμενο κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, επιπλέον, δημιουργεί σύγχυση και αμφιβολία ως προς την αληθή πρόθεση του κανονιστικού νομοθέτη, παραβιάζοντας την αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, σύμφωνα με τις οποίες όλοι οι όροι και ο τρόπος διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως, πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη. Και τούτο, διότι ο κατάλογος των παραδόσεων τον οποίο οι υποψήφιοι καλούνται να υποβάλουν προς απόδειξη πλήρωσης του κριτηρίου θα συνοδεύεται, στην περίπτωση που ο παραλήπτης ανήκει στο δημόσιο τομέα, με πρωτόκολλο οριστικής παραλαβής, ενώ στην περίπτωση που ο παραλήπτης ανήκει στον ιδιωτικό τομέα, οι παραδόσεις θα βεβαιούνται από τον παραλήπτη με επίσημο έγγραφο του που θα υπογράφεται/σφραγίζεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο και η οποία θα φέρει γνήσιο υπογραφής. 3) Τα προβλεπόμενα στο άρθρο 12ο της Διακήρυξης «ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ», κριτήρια αξιολόγησης Κ1, Κ2, Κ3, Κ4, Κ6, Κ7 και Κ8 και η βαθμολόγηση των υποψηφίων επί αυτών, με βάση την οποία θα προκύψει η πλέον συμφέρουσα από τεχνοοικονομική άποψη προσφορά, έτσι όπως είναι διατυπωμένα είναι ασαφή, αόριστα και το ένα επικαλύπτει

Αριθμός απόφασης: Α 167 / 2019

νοηματικά το άλλο, ώστε προκαλούν πλήρη σύγχυση σε όλους τους Διαγωνιζόμενους, οι οποίοι αδυνατούν να αντιληφθούν, βάσει ποιων ειδικότερων στοιχείων θα αξιολογήσει η Επιτροπή Διαγωνισμού τις προσφορές τους.

6. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και κατόπιν επισκόπησης των εγγράφων της σύμβασης, η υπό εξέταση προσφυγή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, δεν είναι προδήλως απαράδεκτη ούτε προδήλως αβάσιμη. Τούτο, δε, διότι, δοθέντος ότι στο άρθρο 9^ο της διακήρυξης με τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Τεχνική Προσφορά», προβλέπεται ότι «...Ειδικότερα, ο κάθε συμμετέχων, επί ποινή αποκλεισμού, θα πρέπει να τεκμηριώνει επαρκώς ότι μπορεί να ανταπεξέλθει στις απαιτήσεις της υπό ανάθεση προμήθειας, προσκομίζοντας τα παρακάτω έγγραφα: ... • Κατάλογο με τις κυριότερες παραδόσεις. Οι οικονομικοί φορείς πρέπει να προσκομίσουν κατάλογο στον οποίο αναφέρονται οι κυριότερες παραδόσεις (κατά τις τρεις προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις, (2016–2017-2018) μονάδων αφαλάτωσης θαλασσινού νερού που να λειτουργούν για περισσότερο από 12 μήνες ... Επί ποινή αποκλεισμού, ο παραπάνω κατάλογος θα πρέπει να περιέχει τουλάχιστον δύο (2) παραδόσεις μονάδων αφαλάτωσης θαλασσινού νερού με σύστημα ανάκτησης ενέργειας, δυναμικότητας ίσης ή μεγαλύτερης των 100 κ.μ ανά ημέρα έκαστη, που είναι εγκατεστημένες σε Δήμους ή ΔΕΥΑ και λειτουργούν πάνω από δώδεκα (12) μήνες ...» δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι, όπως προβάλλεται στον πρώτο λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, ο επίμαχος ως άνω όρος και, ιδίως η πρόβλεψη τουλάχιστον δύο (2) παραδόσεις μονάδων αφαλάτωσης να αφορούν εγκατεστημένες μονάδες αποκλειστικά σε Δήμο ή ΔΕΥΑ, περιορίζει αδικαιολογήτως τον ανταγωνισμό και δεν τελεί σε αναλογία με το τεχνικό αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Οριστική κρίση, ωστόσο, επί της ουσίας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος επί του συγκεκριμένου λόγου της προσφυγής, αλλά και των λοιπών, δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής

Αριθμός απόφασης: Α 167 / 2019

προστασίας, αλλά θα διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

7. Επειδή, εφόσον εικάζεται ζημία του προσφεύγοντος από την εφαρμογή ενός όρου της διακήρυξης, 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 εξετασθέντα ισχυρισμό, παρέλκει στο παρόν στάδιο η εξέταση για την πιθανολόγηση των λοιπών λόγων της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται προ της υποβολής προσφορών των υποψηφίων συμμετεχόντων.

9. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής, λόγω διενέργειας της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι μη νόμιμα η Αναθέτουσα Αρχή διενεργεί τον υπό κρίση διαγωνισμό με μη σύννομους όρους, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας.

10. Επειδή, εξάλλου, επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει αποστείλει έως σήμερα απόψεις, ούτε και κατ' άλλον τρόπο ενημέρωσε το επιληφθέν Κλιμάκιο, αλλ' ούτε και προκύπτει, ότι λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη διενέργεια του διαγωνισμού κατά τον χρόνο που προβλέπουν τα έγγραφα της σύμβασης, ακόμη και αν σε αυτά περιλαμβάνονται μη σύννομοι όροι. Σε κάθε περίπτωση, 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). Άλλωστε, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 539/2019 Πράξεως της Προέδρου του επιληφθέντος Κλιμακίου για την 7η-05-2019, η όποια επίπτωση από την αναστολή προόδου της διαδικασίας έως την

Αριθμός απόφασης: Α 167 / 2019

έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα. 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 που αν ήθελε κάνει δεκτή την προσφυγή, θα επιφέρει την ακυρότητα κάθε πράξης της διαγωνιστικής διαδικασίας που ερείδεται στην προσβαλλόμενη διακήρυξη και που την έχουν ως βάση και νόμιμη προϋπόθεση.

11. 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 να μην υποβληθούν προσφορές και εάν έχουν υποβληθεί να μην αποσφραγιστούν και αξιολογηθούν. 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.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος 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 δημόσιου συνοπτικού διαγωνισμού, με ανοικτή διαδικασία, που διενεργεί η, με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου της σύμβασης, με τίτλο «.....» (διακήρυξη με αρ. πρωτ.) με συνολική εκτιμώμενη 137.096,77€, χωρίς ΦΠΑ και κριτήριο

Αριθμός απόφασης: Α 167 / 2019

κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από τεchnοοικονομική άποψη προσφορά και δη αναστέλλει την υποβολή προσφορών για το διαγωνισμό και, εφόσον έχουν υποβληθεί τέτοιες, την αποσφράγιση και αξιολόγησή τους, μέχρις εκδόσεως απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 15 Απριλίου 2019, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης