

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 22 Απριλίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Αργυρώ Τσουλούφα – Εισηγήτρια - δυνάμει των με αρ. 572 και 573/2019 Πράξεων της Προέδρου του Κλιμακίου και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στις Προδικαστικές Προσφυγές α) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 466/16-04-2019 της εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ., (εφεξής «πρώτη προσφεύγουσα» ή «πρώτος προσφεύγων» ή «.....») και β) της με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 467/16-04-2019 της εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ., (εφεξής «δεύτερη προσφεύγουσα» ή «δεύτερος προσφεύγων» ή «.....»), δοθέντος ότι και οι δύο ως άνω προσφυγές στρέφονται κατά της ίδιας αναθέτουσας αρχής και της ίδιας εκτελεστής πράξης αυτής, στο πλαίσιο της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας, συνεπώς προσήκει να συνεξεταστούν, ήτοι και οι δύο στρέφονται

Κατά του «.....» που εδρεύει στο, επί της αρ., (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ» ή «.....») και κατά όρων της με αρ.πρωτ. Διακήρυξης του «.....», στο πλαίσιο ανοικτού διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «.....», εκτιμώμενης αξίας 872.000,00 Ευρώ (με Φ.Π.Α.), με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής και

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

αντικείμενο του έργου, για τους λόγους που αναφέρονται σε κάθε μία από τις υπό εξέταση δύο προσφυγές.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Αργυρώ Τσουλούφα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο με την υπ' αρ. Διακήρυξη, προκήρυξε διαγωνισμό (με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ), με αντικείμενο της σύμβασης την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «.....», εκτιμώμενης αξίας 872.000,00 Ευρώ (με Φ.Π.Α.), με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής και αντικείμενο του έργου Κατόπιν της ως άνω Διακήρυξης του, οι προσφεύγοντες άσκησαν προδικαστικές προσφυγές στις οποίες αιτούνται αφενός ο πρώτος 1) Να γίνει δεκτή στο σύνολο της η προδικαστική προσφυγή του, 2) Να ανακληθούν-ακυρωθούν οι φωτογραφικές τεχνικές προδιαγραφές του τεχνητού χλοοτάπητα, όπως αυτές αναφέρονται στη διακήρυξη του, κατά τρόπο ώστε να μην παραπέμπουν αποκλειστικά σε προϊόν της εταιρίας, 3) Να ανακληθούν-ακυρωθούν οι τεχνικές προδιαγραφές του τεχνητού χλοοτάπητα που δεν αποτυπώνονται με ορισμένη τιμή, αλλά με κατώτερα και ανώτερα όρια απόκλισης από μια τιμή αναφοράς, ήτοι +-5% και +-10%, κατά παράβαση της αρχής της διαφάνειας και οι ασαφείς όροι που αφορούν το υλικό καουτσούκ, 4) Να ανακληθούν-ακυρωθούν οι διατάξεις που διευρύνουν την συμμετοχή των οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό, σε βάρος του δημόσιου συμφέροντος και κατά παράβαση των αρχών της τυπικότητας της διαγωνιστικής διαδικασίας, της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και της νομιμότητας, 5) Να ανακληθούν-ακυρωθούν οι μη νόμιμοι όροι της διακήρυξης περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, 6) Να ανακληθούν-ακυρωθούν οι μη νόμιμοι όροι της διακήρυξης που αφορούν στο

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

κριτήριο ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης, 7) Να αναπεμφθεί η υπόθεση στην Αναθέτουσα Αρχή και να δοθεί παράταση στην ημερομηνία υποβολής προσφορών προκειμένου να καταστεί δυνατή η υποβολή προσφοράς βάσει των νέων όρων διακήρυξης, αφετέρου ο δεύτερος προσφεύγων 1) να γίνει δεκτή στο σύνολο της η Προδικαστική Προσφυγή του, 2) Να ακυρωθεί η Διακήρυξη του με αρ. πρωτ. μαζί με τη Μελέτη, συνολικά, 3) άλλως να ακυρωθεί η παραπάνω Διακήρυξη και τα συνημμένα έγγραφα, ως και το κανονιστικό της περιεχόμενο, κατά τους προσβαλλόμενους όρους και τις προσβαλλόμενες με την προσφυγή του παραλείψεις, να αναπεμφθεί δε στην αναθέτουσα για να λάβουν χώρα τα νόμιμα, 4) Να του κοινοποιηθούν οι Απόψεις της αναθέτουσας αρχής καθώς και κάθε τυχόν Παρέμβασης, προς γνώση του και για την άσκηση των νομίμων δικαιωμάτων του.

2. Επειδή, με τις υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές, που χρεώθηκαν στο 2^ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. με τα από 16-04-2019 ενημερωτικά ηλεκτρονικά μηνύματα του Προέδρου της, και οι δύο προσφεύγοντες, πλέον του αιτήματος τους να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, επιδιώκουν την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής τους.

3. Επειδή, και οι δύο (2) υπό εξέταση προδικαστικές προσφυγές έχουν 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, καταβλήθηκαν δε και δεσμεύτηκαν τα νόμιμα παράβολα (για την άσκηση της πρώτης προσφυγής το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, ποσού 3.516,13 €) και (για την άσκηση της δεύτερης προσφυγής το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, ποσού 3.516,13€), σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017.

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016) και του αντικειμένου της (έργο, CPV &) εντάσσεται στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία ανάρτησης της Προκήρυξης της παρούσας σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ την 21^η-03-2019 (ΑΔΑΜ):), θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 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, ο πρώτος προσφεύγων επιθυμεί να υποβάλει προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό και οι τιθέμενοι από τη διακήρυξη όροι αποκλείουν ή πάντως δυσχεραίνουν υπέρμετρα κατά τους ισχυρισμούς του τη συμμετοχή του, συνεπώς με έννομο συμφέρον βάλλει κατά της διακήρυξης και των όρων αυτής και επιδιώκει συγκεκριμένα: α) Την ακύρωση «φωτογραφικής» διάταξης διότι κατά τους ισχυρισμούς του στην προκειμένη περίπτωση, δεν έχουν τηρηθεί τυπικά και ουσιαστικά τα όσα ορίζονται στις διατάξεις των άρθρων 18 και 54 του ν. 4412/2016. Τούτο, δε διότι με την από 29.10.2018 Τεχνική Περιγραφή- Τεχνικές Προδιαγραφές (αρ. μελέτης 13α), στην οποία παραπέμπει το άρθρο 11 της επίμαχης διακήρυξης και η οποία αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής σύμφωνα με το άρθρο 2 αυτής, ορίζονται στο κεφάλαιο «Εργασίες Κατασκευής Στρώσης Αγκύρωσης - Τοποθέτησης Συνθετικού Χλοοτάπητα» οι ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές του συνθετικού χλοοτάπητα που θα τοποθετηθεί στο γήπεδο ως εξής: «Μετά την ολοκλήρωση των παραπάνω εργασιών, θα επακολουθήσουν οι εργασίες τοποθέτησης του τεχνητού χλοοτάπητα ως κάτωθι... γ) θα διαστρωθεί προκατασκευασμένη ελαστοσυνθετική υπόβαση, ελάχιστου πάχους 14,5mm(+/-5%), κατασκευασμένη από κόκκους ανακυκλωμένου ελαστικού, συνδεδεμένου με κόλλα πολυουρεθάνης ενός συστατικού, θερμοκολλημένου κατά την παραγωγή με μη υφαντό γεωύφασμα

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

αμφιπλεύρως άνω και κάτω. Στην κάτω πλευρά της υπόβασης θα σχηματίζονται κανάλια για την απορροή των ομβρίων και εκτιμάται ότι θα έχει συνολικό βάρος 8,20kg/m² (+/-5%).». Από την ανωτέρω λεπτομερειακή περιγραφή συνάγεται ότι τα απαιτούμενα τεχνικά χαρακτηριστικά του χλοοτάπητα που θα διαστρωθεί στο γήπεδο του, κατά τον προσφεύγοντα, προσδιορίζουν αποκλειστικά συγκεκριμένο τρόπο κατασκευής και τρόπο παραγωγής. Δια αυτών των απαιτήσεων, ωστόσο, τα συμβατικά τεύχη του διαγωνισμού υποδεικνύουν ένα συγκεκριμένο είδος συστήματος συνθετικού χλοοτάπητα ποδοσφαίρου που προσδιορίζεται από τις ως άνω συνδυαστικές απαιτήσεις του τρόπου κατασκευής και παραγωγής του ελαστικού υποστρώματος ενός μόνον συγκεκριμένου παραγωγού. Ενόψει των ανωτέρω καθίσταται σαφές κατά τον προσφεύγοντα ότι οι τιθέμενες τεχνικές απαιτήσεις προκαλούν τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού και δημιουργούν αδικαιολόγητους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού (βλ. ΕλΣυν/Τμήμα VI/2402/2010). Περαιτέρω ο προσβαλλόμενος όρος συγκεκριμένου τρόπου κατασκευής και παραγωγής προκατασκευασμένου ελαστικού υποστρώματος που αποτελεί περαιτέρω προαπαιτούμενο συνθετικό μέρος του κυρίως πράγματος που είναι ο συνθετικός χλοοτάπητας ποδοσφαίρου, αντίκειται στις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, ενώ παραβιάζει και την αρχή της αναλογικότητας, αφού δεν εξασφαλίζει ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης της σύμβασης, εισάγοντας αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού στον εν θέματι διαγωνισμό. Προς επίρρωση των ανωτέρω επισημαίνει ότι τα ανωτέρω κριτήρια δεν δικαιολογούνται από κάποιον επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος αλλά ούτε και τελούν σε αναλογία με κάποιον επιδιωκόμενο σκοπό. Περαιτέρω, υποστηρίζει ότι δεν χρησιμοποιήθηκαν οι κανόνες της επιστήμης μέσω της αξιοποίησης συγκεκριμένων αντικειμενικών μετρήσεων για την αξιολόγηση και την επίτευξη των σκοπών τους οποίους προκρίνει η Αναθέτουσα Αρχή. Η τελευταία, μάλιστα, δεν αιτιολογεί και δεν προσδιορίζει με ποια κριτήρια τέθηκε η εν λόγω περιγραφή και ποιον τεχνικό ή λειτουργικό

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

σκοπό αποκλειστικά αυτή και μόνον μπορεί να εξυπηρετεί. Τέλος, ως προς τον όρο αυτό ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο όρος αυτός «φωτογραφίζει» συγκεκριμένο προϊόν, χωρίς να υπάρχει κανένας ειδικότερος και νόμιμος σκοπός προς τούτο και χωρίς να καθίσταται αναγκαία η απαίτηση μόνο του εν λόγω προϊόντος, ώστε να αιτιολογείται με κάποιον τρόπο η θέση της ανωτέρω τεχνικής περιγραφής. β) Την ακύρωση διατάξεων της επίμαχης διακήρυξης που θέτουν αόριστες τεχνικές προδιαγραφές λόγω παραβίασης των όσων ορίζει η διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 53 του ν. 4412/2016 και της αρχής της διαφάνειας, η οποία προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην Προκήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση. Σε δύο από τις απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές που τίθενται με το άρθρο 14 της διακήρυξης, που αφορούν στο κεφάλαιο "Εργασίες Κατασκευής Στρώσης Αγκύρωσης - Τοποθέτησης Συνθετικού Χλοοτάπητα" [ελάχιστο πάχος 14,5 mm (+/- 5%) και συνολικό βάρος 8,20kg/m²(+/- 5%)] , δεν πληρείται η αρχή της διαφάνειας στο βαθμό που οι ανωτέρω ελάχιστες τεχνικές απαιτήσεις δεν διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία. Και τούτο διότι όσον αφορά στα δύο συγκεκριμένα σημεία των ανωτέρω προδιαγραφών, αν και αποτελούν ελάχιστες απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές του συνθετικού χλοοτάπητα που θα πρέπει να τηρεί το προϊόν, εντούτοις και για κάθε μία από τις δύο εν λόγω ελάχιστες τεχνικές προδιαγραφές, ως ποσοτική τιμή δεν ορίζεται μόνο το ελάχιστο ποσοτικό όριο, από το οποίο θα προέκυπτε με σαφήνεια ότι αν το προϊόν τις υπερβαίνει είναι αποδεκτό, και αν όχι θα αποκλείεται, καθιστώντας τον υπόψη όρο ορισμένο και σαφή, αλλά ορίζεται και ποσοστό απόκλισης, προς τα πάνω και προς τα κάτω κατά 5%. Ομοίως,

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

κατά τον προσφεύγοντα, από τις αναφερόμενες απαιτούμενες τεχνικές προδιαγραφές, για τις έξι από αυτές που αφορούν στο κεφάλαιο “Τεχνητός Συνθετικός Ποδοσφαιρικός Χλοοτάπητας” [ύψος του πέλους 45mm (+/-5%), ίνες με συνολικό αριθμό 115.000/m² (+/-10%), ραμμένες σε σύνολο 9.700/m² (+/-10%), επί πρωταρχικής βάσης (primary backing) διπλής στρώσης εκ πολυπροπυλενίου, βάρους της βάσης 215gr/m² (+/-5%), η οποία θα καλύπτεται με πολυουρεθάνη βάρους 750gr/m² (+/-10%), δημιουργώντας έτσι τη συνολική βάση (backing) του πέλους, γ) το συνολικό του βάρος θα πρέπει να είναι 2.220gr/m² (+/-10%)] δεν πληρείται η αρχή της διαφάνειας κατ’ αντιστοιχία με όσα αναφέρθηκαν παραπάνω. Υπό την ανωτέρω διατύπωση, οι ως άνω τεχνικές απαιτήσεις είναι αόριστες στο βαθμό που εκφράζονται όχι ως μια συγκεκριμένη ελάχιστη τιμή, αλλά ως διάστημα μεταξύ μιας τιμής και μιας άλλης, καθιστώντας μη κατανοητό αν το “ελάχιστο” όριο για κάθε κριτήριο - τεχνική προδιαγραφή είναι τελικά το “κατώτερο/προς τα κάτω” όριο του παραπάνω διαστήματος και απόκλισης, ανά προδιαγραφή ή η βασική τιμή που αναφέρει η προδιαγραφή ή αντίστροφα το “ ανώτατο/προς τα πάνω ” όριο του παραπάνω διαστήματος και απόκλισης. Σε κάθε δε περίπτωση, δεν είναι κατανοητό γιατί η διακήρυξη αντί να θεσπίσει μια συγκεκριμένη ελάχιστη τιμή, επέλεξε να ορίσει μια άλλη μεγαλύτερη τιμή, αλλά παράλληλα να θέσει και απόκλιση προς τα κάτω 5% ή 10%, ενώ η θέσπιση ανώτερης τιμής είναι αντιφατική, αφού σε περίπτωση που η τεχνική προσφορά των υποψήφιων αναδόχων ξεπερνάει αυτήν, τούτο σημαίνει ότι το προϊόν θα είναι αντίστοιχα, για κάθε μια από τις προδιαγραφές πιο συμπαγές, «βαρύ», σταθερό και ανθεκτικό. Η ασάφεια, η ανομία και το πρόβλημα επιτείνονται με δεδομένο ότι το κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού είναι η συμφερότερη προσφορά από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, η οποία προκύπτει μετά από αξιολόγηση του βαθμού συμμόρφωσης των προσκομιζόμενων τεχνικών προδιαγραφών, τεχνικών χαρακτηριστικών, παρεχόμενων εγγυήσεων, πιστοποιητικών, βεβαιώσεων, δειγμάτων, κλπ., των βασικών υλικών του σύνθετου τεχνητού χλοοτάπητα και της αντικραδασμικής του υπόβασης, σε σχέση με τα αντιστοίχως τιθέμενα στην

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

υπ' αριθμόν μελέτης της υπηρεσίας. Τούτο διότι για παράδειγμα θα κριθούν αποδεκτά και θα πρέπει να αξιολογηθούν ως προς τα τεχνικά χαρακτηριστικά τους 2 προϊόντα που θα εμφανίζουν μεταξύ τους απόκλιση 10% ή και 20% ακόμα ως προς τα ελάχιστα ποιοτικά τους κριτήρια, ήτοι την βάση από την οποία θα πρέπει να ξεκινήσει η βαθμολόγησή τους, γεγονός όμως που εξ ορισμού δημιουργεί άνισες συνθήκες ανταγωνισμού, κατά παράβαση των ανωτέρω σχετικών διατάξεων και των αργών του εθνικού και του ενωσιακού δικαίου. Με τον τρόπο αυτό δηλαδή, πέρα από όλα τα άλλα, καθίσταται ασαφής και διαφοροποιείται ανά προϊόν, κατά μη νόμιμο τρόπο, η βάση εκκίνησης της βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών. Κατόπιν τούτων, καθίσταται σαφές κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα ότι τα εν λόγω ελάχιστα ποιοτικά κριτήρια, ειδικά σε σύστημα όπου κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού είναι η συμφερότερη προσφορά από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής και θα λάβει χώρα η βαθμολόγηση των προϊόντων που πληρούν τα ελάχιστα ποιοτικά κριτήρια, επιβάλλεται να θεσπίζονται από την αναθέτουσα αρχή αποκλειστικά με την μορφή κριτηρίων on/off, ώστε να καθίσταται σαφές από τους διαγωνιζόμενους ποια είναι τα ελάχιστα κριτήρια που πρέπει να πληροί το προϊόν καθώς και ποιος είναι ο βαθμός συμμόρφωσης των προσκομιζόμενων τεχνικών προδιαγραφών σε σχέση με τα αντιστοίχως τιθέμενα από τη διακήρυξη. Επομένως, για τους παραπάνω λόγους, οι συγκεκριμένες τεχνικές προδιαγραφές καθ' ο μέρος θεσπίζονται με προς τα πάνω και προς τα κάτω όρια απόκλισης από την τιμή αναφοράς, ήτοι +-5% και +-10%, ασαφώς και αορίστως τίθενται, σε κάθε δε περίπτωση χωρίς καμία ειδικότερη αιτιολόγηση ή διευκρίνιση από την αναθέτουσα αρχή, προσβάλλοντας τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, και κατά τούτο θα πρέπει να ακυρωθούν. Κατά τον προσφεύγοντα προκύπτει και δεύτερο ζήτημα ασάφειας διότι στο Τιμολόγιο Μελέτης (υπ' αριθ. μελέτη), το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο μέρος αυτής, σύμφωνα με το άρθρο 2 της διακήρυξης, ορίζονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: «Α.Τ.: 46 Άρθρο: ΝΑΟΙΚ ΑΑ73.96.ΣΧ2- Εργασίες διάστρωσης κόκκων καουτσούκ δια κατάλληλων μηχανικών μέσων και μεθόδων

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

ενσωμάτωσης σε ποσότητα τουλάχιστον 9 kg/m². Κωδικός αναθεώρησης: ΟΙΚ 7396 100%. Οι εργασίες διάστρωσης - επίπασης των κόκκων καουτσούκ, κοκκομετρίας από 0,5mm έως 2,5mm, μαύρου χρώματος, σε ποσότητα 9kg/m², θα γίνουν δια κατάλληλων μηχανικών μέσων & μεθόδων ενσωμάτωσης, κατά τα λοιπά κατά τα οριζόμενα στη τεχνική περιγραφή και τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης της υπηρεσίας. Συμπεριλαμβάνεται και η προμήθεια και μεταφορά κόκκων ανακυκλωμένου ελαστικού χαρακτηριστικών ως ανωτέρω και απαλλαγμένων από ξένα στοιχεία και σκόνη. Τιμή για έναν τετρ. μέτρο πλήρους και έντεχνης διάστρωσης - επίπασης στρώσης μίγματος οικολογικού θερμοπλαστικού καουτσούκ συμπεριλαμβανομένης της προμήθειας των υλικών ΕΥΡΩ (Αριθμητικά) : 5.70 € /τμ (Ολογράφως) ΠΕΝΤΕ ΕΥΡΩ ΚΑΙ ΕΒΔΟΜΗΝΤΑ ΛΕΠΤΑ». Περαιτέρω, στη Τεχνική Περιγραφή-Τεχνικές Προδιαγραφές (υπ' αριθ. μελέτη), η οποία αποτελεί ομοίως αναπόσπαστο μέρος αυτής σύμφωνα με το άρθρο 2 της διακήρυξης, ορίζονται στο κεφάλαιο «Εργασίες Κατασκευής Στρώσης Αγκύρωσης – Τοποθέτησης Συνθετικού Χλοοτάπητα» τα ακόλουθα: «...στ) επί του ήδη διαστρωθέντος τάπητα, με κατάλληλο μηχανολογικό εξοπλισμό στη συνέχεια θα γίνει διάστρωση - διανομή υλικού πλήρωσης από μίγμα χαλαζιακής άμμου στρογγυλής, πλυμένης και στεγνωμένης, κοκκομετρικής διαβάθμισης από 0.8mm έως 1.6mm σε ποσότητα τουλάχιστον 20kg m² με κόκκους ανακυκλωμένου ελαστικού καουτσούκ, κοκκομετρικής διαβάθμισης από 0.5mm έως 2.5mm. μαύρου χρώματος, σε ποσότητα τουλάχιστον 9kg/m², πλήρως απαλλαγμένων των υλικών αυτών από ξένα στοιχεία και σκόνη». Από την συνδυαστική ερμηνεία των ανωτέρω, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, προκύπτει ότι α) οι εργασίες διάστρωσης κόκκων καουτσούκ θα γίνουν κατά τα οριζόμενα στη τεχνική περιγραφή και τεχνικές προδιαγραφές και ότι η τιμή για έναν τετρ. μέτρο πλήρους και έντεχνης διάστρωσης - επίπασης στρώσης μίγματος οικολογικού θερμοπλαστικού καουτσούκ -συμπεριλαμβανομένης της προμήθειας των υλικών- ανέρχεται στο ποσό των 5.70 € /τμ και ότι β) σύμφωνα με την Τεχνική Περιγραφή-Τεχνικές Προδιαγραφές, επί του ήδη διαστρωθέντος τάπητα, με κατάλληλο

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

μηχανολογικό εξοπλισμό θα γίνει διάστρωση - διανομή υλικού πλήρωσης από μίγμα χαλαζιακής άμμου στρογγυλής, πλυμένης και στεγνωμένης, κοκκομετρικής διαβάθμισης από 0.8mm έως 1.6mm σε ποσότητα τουλάχιστον 20kg/m² με κόκκους ανακυκλωμένου ελαστικού καουτσούκ, κοκκομετρικής διαβάθμισης από 0,5mm έως 2,5mm, μαύρου χρώματος. Από το σύνολο των ανωτέρω δημιουργείται ασάφεια σχετικά με το είδος ελαστικού υλικού πλήρωσης του πέλους που πράγματι απαιτείται για την παραδεκτή συμμετοχή των οικονομικών φορέων στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία. Ειδικότερα, όπως ισχυρίζεται ο πρώτος προσφεύγων, δεν προκύπτει εν προκειμένω το είδος του απαιτούμενου υλικού, δεδομένου ότι το υλικό που αναφέρεται στο τιμολόγιο μελέτης είναι το οικολογικό θερμοπλαστικό καουτσούκ, ενώ το υλικό που αναφέρεται στη τεχνική περιγραφή είναι το ανακυκλωμένο καουτσούκ μαύρου χρώματος. Δεδομένου όμως, ότι δεν ταυτίζονται τα ως άνω υλικά, η διακήρυξη είναι ασαφής με αποτέλεσμα να καθίσταται ιδιαίτερα δυσχερής η υποβολή άρτιας και παραδεκτής εκ μέρους του προσφοράς. Τούτο διότι δεν είναι σαφές και ξεκάθαρο ποιο από τα δύο υλικά είναι αυτό που θα γίνει αποδεκτό στο πλαίσιο του υπό κρίση διαγωνισμού. Με τον τρόπο αυτό παραβιάζεται το άρθρο 53 Ν. 4412/2016 ενόψει της δημιουργούμενης αμφιβολίας για το παραδεκτό της υποβληθείσας εκ μέρους του προσφοράς. Επιπρόσθετα επισημαίνεται ότι τα δύο υλικά διαφέρουν σημαντικά και ως προς την τιμή (η τιμή του θερμοπλαστικού οικολογικού καουτσούκ είναι οκταπλάσια από τη τιμή του ανακυκλωμένου καουτσούκ μαύρου χρώματος), ώστε καθίσταται ιδιαίτερα δυσχερές για εκείνον να υποβάλει μία προσφορά που θα είναι η συμφερότερη από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, σε συνδυασμό με το γεγονός ότι δεν είναι σαφές ποιο από τα δύο προϊόντα ή αν και τα δύο θα γίνουν αποδεκτά στον υπό κρίση διαγωνισμό. Ενόψει όμως του ότι κριτήριο ανάθεσης του διαγωνισμού που είναι η συμφερότερη προσφορά από οικονομική άποψη βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, είναι προφανές ότι η διατήρηση των ανωτέρω όρων της διακήρυξης του προκαλεί άμεση βλάβη. Επομένως, οι συγκεκριμένες προδιαγραφές τίθενται ασαφώς και

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

αορίστως, προσβάλλοντας τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, και κατά τούτο θα πρέπει να ακυρωθούν. γ) Την ακύρωση διατάξεων της επίμαχης διακήρυξης λόγω μη νόμιμου όρου-παραβίαση της διάταξης του άρθρου 76 του ν. 4412/2016. δ) Την ακύρωση μη νόμιμου όρου της επίμαχης διακήρυξης όσον αφορά στις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας i. Ως προς τις τραπεζικές βεβαιώσεις, ii. Ως προς τον κύκλο εργασιών. ε) την ακύρωση μη νόμιμου όρου της επίμαχης διακήρυξης όσον αφορά το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης διότι εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή επέλεξε ως κριτήριο ανάθεσης στην επίμαχη σύμβαση έργου την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, χωρίς ωστόσο να έχει εκδοθεί η ΥΑ της § 15 του άρθρου 86 του Ν. 4412/2016 και οι σχετικές εγκύκλιοι. Ελλείπει υπουργικής απόφασης που να ορίζει ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να χρησιμοποιούν είτε την τιμή ή το κόστος ως κριτήριο ανάθεσης, είτε τη σχέση βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, καθίσταται σαφές, κατά τον προσφεύγοντα, ότι μέχρι και σήμερα μοναδικό νόμιμο κριτήριο ανάθεσης για τις συμβάσεις έργων είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής ή κόστους.

6. Επειδή, εξάλλου, και ο δεύτερος προσφεύγων που όπως και ο πρώτος επιθυμεί να συμμετέχει στο διαγωνισμό και να υποβάλει προσφορά και σκοπός της παρούσας προδικαστικής προσφυγής του είναι ακριβώς η παροχή της δυνατότητας να συμμετάσχει και να έχει την ευκαιρία να αναλάβει την εν λόγω δημόσια σύμβαση, με έννομο συμφέρον, προβάλλει λόγους ακύρωσης της προσβαλλόμενης διακήρυξης και όρων αυτής και συγκεκριμένα επικαλείται τα εξής: «1^{ος} Λόγος: Σύγχυση και επικάλυψη κριτηρίων επιλογής και κριτηρίων ανάθεσης/παράνομη θέσπιση κριτηρίων αξιολόγησης-ανάθεσης με περιεχόμενο κριτηρίου επιλογής/αοριστίες και επικαλύψεις μεταξύ κριτηρίων αξιολόγησης-ανάθεσης/αοριστίες και ασάφειες ως προς τα κριτήρια επιλογής και χρήση της δυνατότητας στήριξης σε ικανότητες τρίτων/αποκλεισμός δυνατότητας στήριξης σε ικανότητες τρίτων για πλήρωση συγκεκριμένων κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας/σύγχυση

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

σταδίων διαγωνιστικής διαδικασίας/σύγκυση δικαιολογητικών συμμετοχής – αντικειμένου αξιολόγησης τεχνικών προσφορών-δικαιολογητικών κατακύρωσης/αόριστο περιεχόμενο κριτηρίων αξιολόγησης και αξιολογητέα και απαιτούμενα ασύνδετα με το υπό ανάθεση (δεκατρείς επιμέρους ισχυρισμοί υπό Α'-ΙΓ'). 2^{ος} Λόγος: Παρανομίες/αοριστίες/αντιφάσεις τεχνικών προδιαγραφών και μέσων απόδειξης αυτών, στοιχειοθέτησης της τεχνικής προσφοράς, αποδοχής και βαθμολόγησης της / παρανομία και του κριτηρίου αξιολόγησης Β3 που στηρίζεται επί αυτών (οχτώ αυτοτελείς περαιτέρω προβαλλόμενοι ισχυρισμοί). 3^{ος} Λόγος: Παράνομος ορισμός κατηγοριών ΜΕΕΠ που γίνονται αποδεκτές για υποβολή προσφοράς (δύο αυτοτελείς προβαλλόμενοι ισχυρισμοί). 4^{ος} Λόγος: Παρανομίες και αοριστίες ως προς τα κριτήρια επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (πέντε αυτοτελείς προβαλλόμενοι ισχυρισμοί)».

7. Επειδή, μετά ταύτα, και οι δύο προσφεύγοντες επιδιώκουν την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του ο καθένας.

8. Επειδή, καταρχάς η πρώτη προσφυγή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, κατά το σκέλος της τουλάχιστον που βάλλει κατά της αοριστίας, ασάφειας συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης, ήτοι των τεθειμένων με το άρθρο 14 της διακήρυξης τεχνικών προδιαγραφών και αφορούν στο κεφάλαιο "Έργασίες Κατασκευής Στρώσης Αγκύρωσης - Τοποθέτησης Συνθετικού Χλοοτάπητα" [ελάχιστο πάχος 14,5 mm (+/- 5%) και συνολικό βάρος 8,20kg/m²(+/- 5) κατά παραβίαση των όσων ορίζει η διάταξη της παρ. 1 του άρθρου 53 του ν. 4412/2016 και της αρχής της διαφάνειας, η οποία προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην Προκήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση, δεν είναι προδήλως απαράδεκτη ούτε προδήλως αβάσιμη. Οριστική κρίση, ωστόσο, επί της ουσίας των ισχυρισμών του πρώτου προσφεύγοντος φορέα δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

9. Επειδή, εφόσον εικάζεται ζημία του πρώτου προσφεύγοντος από την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή εθνικού δικαίου, σύμφωνα με τον πιο πάνω τουλάχιστον λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, παρέλκει στο παρόν στάδιο η εξέταση για την πιθανολόγηση των λοιπών της λόγων.

10. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, κατά την οποία οι υποψήφιοι συμμετέχοντες καλούνται να υποβάλουν προσφορά για το προκηρυσσόμενο έργο με καταληκτική ημερομηνία υποβολής αυτής την 23^η Απριλίου 2019.

11. Επειδή, η ζημία τόσο της πρώτης όσο και της δεύτερης προσφεύγουσας αλλά και της αναθέτουσας αρχής είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας πλείστων όρων της διακήρυξης, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας, όσο και ειδικότερα των σταδίων αφενός υποβολής των προσφορών αφετέρου δε το άνοιγμα των προσφορών μετά την ολοκλήρωση του χρόνου της υποβολής αυτών τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμες όλες τις πράξεις μετά την έκδοση της διακήρυξης, οδηγώντας τοιουτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών και υποχρεώνοντας την αναθέτουσα αρχή να ακυρώνει πράξεις, με συνέπεια περαιτέρω χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Οι παραπάνω κίνδυνοι, ωστόσο,

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση των προσφυγών έχει ήδη προσδιοριστεί δια των με αρ. 572/2019 και 573/2019 Πράξεων της Προέδρου του 2^{ου} για την 16^η-05-2019, η όποια επίπτωση από την αναστολή προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στο ή στους υποψήφιους να συμμετέχουν στο διαγωνισμό οικονομικούς φορείς. 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 αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

12. 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 συμπληρωθεί η ημερομηνία που κατά τη διακήρυξη υποχρεούνται οι υποψήφιοι συμμετέχοντες στον εν λόγω διαγωνισμό να υποβάλλουν τις προσφορές τους. 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.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων του πρώτου προσφεύγοντος πρέπει να γίνει δεκτό.

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

14. Επειδή, μετά ταύτα, παρέλκει η κρίση επί του παραδεκτού ή και η πιθανολόγηση της βασιμότητας των αιτημάτων και των ισχυρισμών του δεύτερου προσφεύγοντος, διότι οι έννομες συνέπειες από την αποδοχή του αιτήματος περί αναστολής της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως ότου εκδοθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της πρώτης υπό εξέταση προσφυγής καταλαμβάνουν, κατ' αποτέλεσμα, και το δικό του συμφέρον. Και τούτο, διότι και το δικό του αίτημα περί προσωρινών μέτρων σκοπούσε στην αναστολή της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας, στο αυτό στάδιο του υπό κρίση διαγωνισμού, μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της προσφυγής του, απόφαση που θα εκδοθεί μαζί με αυτήν για την πρώτη προσφυγή, αφού, δυνάμει των με αρ. 572 και 573/2019 Πράξεων της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., το οποίο ανέλαβε να τις εξετάσει, και οι δύο οι υπό κρίση προσφυγές θα εξεταστούν την ίδια μέρα και από κοινού. Σε κάθε περίπτωση και προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της δεύτερης προσφεύγουσας, σε περίπτωση που για οποιονδήποτε λόγο αρθεί η προσωρινή προστασία στο πρόσωπο του πρώτου προσφεύγοντα, το αίτημα προσωρινής προστασίας και του δεύτερου προσφεύγοντα πρέπει να γίνει και ρητώς δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

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

Αναστέλλει την πρόοδο του ανοιχτού διαγωνισμού κάτω των ορίων του «.....» για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου «.....», εκτιμώμενης αξίας 872.000,00 Ευρώ (με Φ.Π.Α.), με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής και αντικείμενο του έργου, και ιδίως αναστέλλει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και, αν μέχρι σήμερα έχουν υποβληθεί τέτοιες, την

Αριθμός απόφασης: Α 181, 182 / 2019

αποσφράγιση τους, μέχρις εκδόσεως απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί των δύο (2) υπό εξέταση προσφυγών.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 22 Απριλίου 2019, συντάχθηκε δε από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης