

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 19 Απριλίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου και
Μιχαήλ Σειραδάκης Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12/4/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/
354-16/4/2018 Προδικαστικής Προσφυγής της προσφεύγουσας εταιρείας με
την επωνυμία «...» και με τον διακριτικό τίτλο στην ελληνική γλώσσα «...» και
στην αγγλική γλώσσα «...» η οποία εδρεύει στο ..., επί της οδού ..., αρ. ...»,
νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου ...και κατά της με Αριθμό 150/21.03.2018 Απόφασης
της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., η οποία ελήφθη στην από
11^η/21.03.2018 συνεδρίαση αυτής, με την οποία εγκρίθηκε το από 15.12.2017
Πρακτικό Α' σταδίου «Ηλεκτρονική αποσφράγιση των δικαιολογητικών
Συμμετοχής-Τεχνικής προσφοράς» της Επιτροπής του Διαγωνισμού για την
«Προμήθεια πλαστικών κάδων απορριμμάτων για τις ανάγκες του Δήμου ..., για
τα έτη 2017-2018» κατά το μέρος που έγιναν αποδεκτές στο επόμενο στάδιο,
οι συμμετοχές των εταιρειών «...ΜΟΝ ΕΠΕ» και «...Α.Ε.Β.Τ.Ε.», καθώς και
κάθε προηγούμενη ή επόμενη της προσβαλλόμενης πράξη ή παράλειψη της
Αναθέτουσας Αρχής που ερείδεται στην προσβαλλόμενη πράξη.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να
ακυρωθεί η με Αριθμό 150/21.03.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής

του Δήμου ..., η οποία ελήφθη στην από 11^η/21.03.2018 συνεδρίαση αυτής, με την οποία εγκρίθηκε το από 15.12.2017 Πρακτικό Α' σταδίου «Ηλεκτρονική αποσφράγιση των δικαιολογητικών Συμμετοχής-Τεχνικής προσφοράς» της Επιτροπής του Διαγωνισμού για την «Προμήθεια πλαστικών κάδων απορριμμάτων για τις ανάγκες του Δήμου ..., για τα έτη 2017-2018» κατά το μέρος που έγιναν αποδεκτές στο επόμενο στάδιο, οι συμμετοχές των εταιρειών «...ΜΟΝ ΕΠΕ» και «...Α.Ε.Β.Τ.Ε.», καθώς και κάθε προηγούμενη ή επόμενη της προσβαλλόμενης πράξη ή παράλειψη της Αναθέτουσας Αρχής που ερείδεται στην προσβαλλόμενη πράξη. Ταυτόχρονα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα όπως ανασταλεί η ως άνω διαγωνιστική διαδικασία μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή δυνάμει της υπ' αριθ. ...Διακήρυξης, ο Δήμος ...προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό κάτω των ορίων με σφραγισμένες προσφορές και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής για την «Προμήθεια πλαστικών κάδων απορριμμάτων για τις ανάγκες του Δήμου ..., για τα έτη 2017-2018», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 233.430,00 € με το ΦΠΑ, σύμφωνα με το υπ' αριθ. 19/2017 τεύχος τεχνικών προδιαγραφών της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών του ως άνω Δήμου. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίσθηκε η 11^η.12.2017 και ώρα 15:00 ενώ η ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών ορίσθηκε για την 15^η 12.2017 και ώρα 10:00. Ο διαγωνισμός διεξήχθη ηλεκτρονικά με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) μέσω της διαδικτυακής πύλης. Στις 15.12.2017 κατά την ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών των οικονομικών φορέων που συμμετείχαν στον άνω διαγωνισμό, η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι εκτός της

εταιρείας μας (αρ. πρωτ. συστήματος .../11.12.2017), είχαν καταθέσει προσφορές οι κάτωθι εταιρείες: α) «...ΜΟ ΜΟΝ ΕΠΕ» (αρ. πρωτ. συστήματος: .../11.12.2017) και β) «... Α.Ε.Β.Τ.Ε.» (αρ. πρωτ. συστήματος: .../11.12.2017). Ακολούθως, η ως άνω Επιτροπή προέβη στην αξιολόγηση των κατατεθειμένων δικαιολογητικών συμμετοχής των συμμετεχουσών εταιρειών όπου διαπιστώθηκε ότι όλες οι προσφορές ήταν σύμφωνες με τους όρους της διακήρυξης και έγιναν δεκτές στη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας. Περαιτέρω, κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών των τεχνικών προσφορών, διαπιστώθηκε ότι η εταιρεία «...ΜΟΝ ΕΠΕ» δεν κατέθεσε τα απαιτούμενα αναλυτικά τεστ ελέγχου και δοκιμών, όπως απαιτείται από την παράγραφο 2.4.3.2 (ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ) της διακήρυξης και η Επιτροπή έταξε προθεσμία επτά ημερών στην άνω εταιρεία για τη συμπλήρωση των απαιτούμενων αναλυτικών τεστ ελέγχου και δοκιμών. Ακολούθως, κατόπιν εκ νέου σύγκλησης της Επιτροπής και ελέγχου των συμπληρωματικών στοιχείων από την εταιρεία «...ΜΟΝ ΕΠΕ», διαπιστώθηκε αφενός α) ότι η προσφορά της εταιρείας «...ΜΟΝ ΕΠΕ» ήταν σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης και του τεύχους τεχνικών προδιαγραφών και αφετέρου ότι τα δείγματα των προσφερόμενων κάδων όλων των εταιρειών ήταν σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές. Κατόπιν των ανωτέρω, εκδόθηκε το από 15.12.2017 Πρακτικό Α' σταδίου «Ηλεκτρονική αποσφράγιση των δικαιολογητικών Συμμετοχής-Τεχνικής προσφοράς» με το οποίο η Επιτροπή πρότεινε στην Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ...τη συνέχεια και των τριών συμμετεχόντων στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού καθώς όλες οι προσφορές κρίθηκαν σύμφωνες με τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές. Το άνω Πρακτικό εγκρίθηκε ως έχει με την υπ' αριθ. 150/21.03.2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., η οποία ελήφθη στην από 11/21.03.2018 συνεδρίαση αυτής με αποτέλεσμα την έγκριση συμμετοχής στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού των οικονομικών φορέων «...ΜΟΝ ΕΠΕ» και «...Α.Ε.Β.Τ.Ε.».

4. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., σύμφωνα με το

Αριθμός Απόφασης : Α188 /2018

άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 ποσού εννιακοσίων σαράντα δύο ευρώ (942,00 €).

5. Επειδή η Προσφυγή έχει ασκηθεί με 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.

6. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

9. 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.

10. Επειδή η Προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως συμμετέχουσα στον επίδικο διαγωνισμό υποβάλλοντας τη με αρ. ...προσφορά της, της οποίας η προσφορά έχει γίνει αποδεκτή με την προσβαλλόμενη πράξη, που εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης ως προς την αποδοχή της προσφοράς των έτερων συνδιαγωνιζόμενων η οποία, όπως ισχυρίζεται, είναι πλημμελής και μη σύμφωνη με τους όρους της οικείας διακήρυξης και τον αποκλεισμό τους από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία.

11. Επειδή η Προσφεύγουσα μετά ταύτα αιτείται να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και ειδικότερα η αναστολή της αποσφράγισης

των φακέλων με τα οικονομικά στοιχεία των προσφορών έως την έκδοση απόφασης επί της ασκηθείσας προσφυγής.

12. 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».

13. 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».

14. 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).

15. 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».*

16. 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.

17. 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.

18. Επειδή μεταξύ άλλων με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι από το σχετικό πίνακα με τα προσκομισθέντα εκ μέρους της εταιρείας «...ΜΟΝ ΕΠΕ» δικαιολογητικά τεχνικής προσφοράς προκύπτει ότι η εν λόγω εταιρεία δεν προσκόμισε τα αναλυτικά τεστ ελέγχου και δοκιμών που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τη διακήρυξη και το τεύχος τεχνικών προδιαγραφών του διαγωνισμού.

19. Επειδή ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή και της μη αποστολής εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής των απόψεων της, καθίσταται προφανές ότι η αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας χρήζει ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχει δε τεχνική κρίση που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 35/2015, 41/2015, 46/2015).

20. Επειδή όπως προκύπτει από την συνολική επισκόπηση του φακέλου συντρέχει περίπτωση αναστολής της συνέχισης διαγωνιστικής διαδικασίας προκειμένου το Κλιμάκιο να προχωρήσει στην διεξοδική εξέταση των αιτιάσεων της προσφεύγουσας και προκειμένου να μην δημιουργηθούν ανεπανόρθωτες καταστάσεις ως προς την εξέλιξη του διαγωνισμού από το ενδεχόμενο άνοιγμα των οικονομικών προσφορών.

21. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη σύναψη της υπό κρίση δημόσιας σύμβασης. 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 (ΕΑ ΣτΕ 840/2008). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του πρέπει να διαταχθεί, η αναστολή της περαιτέρω προόδου της

Αριθμός Απόφασης : Α188 /2018

διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι η αναστολή ανοίγματος των οικονομικών προσφορών έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της Προσφεύγουσας εταιρείας.

Αναστέλλει την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθμό ... Διακήρυξη του Δήμου ...», μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 19 Απριλίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Ανθούλα Νικολαΐδου