

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 30 Μαΐου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 24-5-2018 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/472/25-5-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ...», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας από 15.5.2018 Αποφάσεως 114/2018 Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος και κατ' έγκριση του Πρακτικού Νο1 της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, ενέκρινε στο στάδιο δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών τις προσφορές αφενός του πρώτου έτερου διαγωνιζομένου, ..., αφετέρου του δεύτερου έτερου διαγωνιζομένου ..., στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης του Ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού με την ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου της δημόσιας σύμβασης «Συντήρηση χώρων πρασίνου σε κοινόχρηστους χώρους ευθύνης του Δήμου ...2018-2019», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 157.464,30 ευρώ (CPV: ...και ...), που δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 26-3-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ...και στο ΕΣΗΔΗΣ την 27-3-2018 με συστημικό α/α

Με το συνημμένο στην προσφυγή του αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων αιτείται την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλομένης και την αναστολή προόδου της διαδικασίας και δη της αποσφράγισης οικονομικών προσφορών, έως την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 24-5-2018 Προδικαστικής Προσφυγής, η οποία στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης και δη κατά απόφασης περατώσεως σταδίου δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών. Ειδικότερα, ο προσφεύγων που δια της προσβαλλομένης κρίθηκε αποδεκτός, στρέφεται κατά της αποδοχής των δύο έτερων διαγωνιζομένων που κρίθηκαν από την προσβαλλόμενη αποδεκτοί και συγκεκριμένα του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (πρώτος έτερος διαγωνιζόμενος) και του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (δεύτερος έτερος διαγωνιζόμενος). Ειδικότερα, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής που στρέφεται κατά της αποδοχής του πρώτου έτερου διαγωνιζομένου, ο προσφεύγων επικαλείται ότι όσον αφορά το στοιχείο 1β, εφόσον ο προσφέρων στηρίζει την προσφορά του σε δάνεια εμπειρία – δηλαδή σε τρίτο οικονομικό φορέα, ο τρίτος δηλαδή εν προκειμένου η επιχείρηση ..., υποχρεούτο στο αντίστοιχο πεδίο της ΤΕΥΔ, στο στοιχείο Γ και 1β) να συμπληρώσει παρόμοιες υπηρεσίες του αυτού είδους που είχε παράσχει στο παρελθόν με ποσά, ημερομηνίες και τους παραλήπτες δημόσιους ή ιδιωτικούς. Δηλαδή υποχρεούτο να συμπληρώσει τον ως άνω πίνακα, όπως έκανε και ο οικονομικός φορέας που συμμετέχει στην προκήρυξη ως υποψήφιος ανάδοχος, προκειμένου να προκύπτει η αποδεδειγμένη εμπειρία σε ανάλογες εργασίες όπως απαιτεί το άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης (κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας) και το άρθρο 2.2.9.1 (Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών) και σύμφωνα με την ΟΔΗΓΙΑ 23 Μέρος ΙΙ Ενότητα Γ

«εφόσον είναι σχετικές με την ειδική ικανότητα ή ικανότητες στις οποίες στηρίζεται ο οικονομικός φορέας παρακαλείσθε να συμπεριλάβεται τις πληροφορίες που απαιτούνται σύμφωνα με τα μέρη IV και V για κάθε έναν από τους οικονομικού φορείς». Ομοίως και στο στοιχείο 6) όφειλε να συμπληρώσει τα επαγγελματικά προσόντα στα οποία στηρίζεται η προσφορά του υποψηφίου αναδόχου. Ακολούθως ο υποψήφιος ανάδοχος δεν προσκόμισε ιδιωτικό συμφωνητικό υπογεγραμμένο νομίμως που να αποδεικνύει τη χρησιμοποίηση του καλαθοφόρου οχήματος μεταξύ της επιχείρησής του και της επιχείρησης Mateco Ελλάς, απαραίτητο δικαιολογητικό – ως σύμβαση δεσμευτική για τα συμβαλλόμενα μέρη ώστε να παρέχονται οι εγγυήσεις στην αναθέτουσα αρχή και να εξασφαλίζεται η έντεχνη προσήκουσα και άρτια εκτέλεση του έργου (βλ. Οδηγία ΕΑΑΔΗΣΥ 14). Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής που στρέφεται κατά της αποδοχής του δεύτερου έτερου διαγωνιζομένου, ο προσφεύγων επικαλείται ότι όσον αφορά το στοιχείο 1β, εφόσον ο προσφέρων στηρίζει την προσφορά της σε δάνεια εμπειρία – δηλαδή σε τρίτο οικονομικό φορέα, ο τρίτος δηλαδή εν προκειμένω οι επιχειρήσεις α) ..., β) ...και γ) ...υποχρεούνται στο αντίστοιχο πεδίο της ΤΕΥΔ στοιχείο Γ και 1β) να συμπληρώσουν παρόμοιες υπηρεσίες του αυτού είδους που είχαν παράσχει στο παρελθόν με ποσά, ημερομηνίες και τους παραλήπτες δημόσιους ή ιδιωτικούς. Δηλαδή υποχρεούνται να συμπληρώσουν τον ως άνω πίνακα όπως έκανε και ο οικονομικός φορέας που συμμετέχει στην προκήρυξη ως υποψήφιος ανάδοχος, προκειμένου να προκύπτει η αποδεδειγμένη εμπειρία τους (με συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν), σε ανάλογες εργασίες όπως ρητά αναφέρουν στα ιδιωτικά συμφωνητικά που έχουν συνάψει με τον προσφέροντα, ότι δηλαδή διαθέτουν την απαραίτητη εμπειρία και ικανότητα για την διεκπεραίωση των συμφωνηθεισών εργασιών που απαιτεί το άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης, και το άρθρο 2.2.9.1 (Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών) και σύμφωνα με την ΟΔΗΓΙΑ 23 . Ομοίως στο στοιχείο 6) ο οικονομικός φορέας ...όφειλε να αναφέρει τα επαγγελματικά προσόντα του, δηλαδή σε τι συνίσταται η επιχείρηση του στην οποία στηρίζεται η προσφορά του υποψηφίου αναδόχου. Επιπλέον ο ...όφειλε να αναφέρει εργασίες του παρελθόντος σε ανάλογες συμβάσεις όπου είχε παρέχει το κατάλληλο προσωπικό

του. Ακολούθως οι α) ..., β) ...και γ) ...υποχρεούνται στο αντίστοιχο πεδίο της ΤΕΥΔ που αναφέρεται ως κεφάλαιο Γ: Πληροφορίες σχετικά με τη στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων και στο στοιχείο που ζητά απάντηση για τον αν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται στο μέρος IV και στα τυχόν κριτήρια και κανόνες που καθορίζονται στο μέρος V κατωτέρω " να σημειώσουν αντί της λέξης ΝΑΙ τη λέξη ΟΧΙ . Από όλα τα παραπάνω πραγματικά στοιχεία προκύπτει κατά τον προσφεύγοντα αβίαστα ότι δεν τηρήθηκαν οι διατάξεις του Νόμου και οι όροι της διακήρυξης και οι 2 ως άνω προσφέροντες έπρεπε να αποκλειστούν της διαδικασίας.

2. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται ακόμη και σε αυτεπάγγελτη εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω Προσφυγής, βάσει της ρητής οικείας ευχέρειας που απονέμει το άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόν παρεμβαίνοντος ή της αναθέτουσας. 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 αρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του αρ. 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 Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια. Πρώτον, πιθανολογείται το τυχόν προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο της Προσφυγής και η εξ αυτού δικαιολόγηση εφαρμογής του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, ζήτημα που προηγείται προφανώς κάθε περαιτέρω κρίσης περί τυχόν επιβολής προσωρινών μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 και 2 ΠΔ 39/2017. Σε αυτό το στάδιο, όμως, ήτοι περί χορήγησης προσωρινών μέτρων, δεν λαμβάνει χώρα αναλυτική και εις βάθος εξέταση του απαράδεκτου ή του αβασίμου (που συνεπάγεται αντιστρόφως, του παραδεκτού και του βασίμου), λόγω αφενός του όρου «προδήλως» που η ως άνω διάταξη του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 υιοθετεί, θέτοντας συγχρόνως τα όρια και την έκταση ελέγχου στο στάδιο των προσωρινών μέτρων, αφετέρου του ιδιαίτερα περιορισμένου χρονικού διαστήματος για την έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων (10 ημέρες από την επομένη της χρέωσης στο Κλιμάκιο κατ' άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017), όπως εξάλλου και την έμφαση στο στοιχείο της ζημίας των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών ως δικαιολογητικό έρεισμα των προσωρινών μέτρων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Α77/2018). Επομένως, κατά την εξέταση επί λήψης προσωρινών μέτρων από την ΑΕΠΠ, η πιθανολόγηση εξαντλείται (ως προς το προδήλως απαράδεκτο) στη διάγνωση ευχερώς εντοπίσιμων, άνευ χρείας επισταμένης κρίσεως, διαδικαστικών σφαλμάτων, όπως και (ως προς το προδήλως αβάσιμο) στην έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση του περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία του συναφούς νομοθετικού πλαισίου. Δεύτερον, πιθανολογείται η ύπαρξη μιας μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των συμφερόντων που εμπλέκονται στη διαδικασία ανάθεσης, συμπεριλαμβανομένου τόσο αυτών του προσφεύγοντος, όσο και ακόμη και των έτερων μετεχόντων και ενδιαφερομένων για συμμετοχή στη διαδικασία, ανεξαρτήτως ενδιάμεσης εκ μέρους τους παρεμβάσεως. Τα δε συμφέροντα των τελευταίων ως και αυτά της αναθέτουσας δύνανται να θίγονται εκ της συνεχίσεως μιας αμφισβητούμενης νομιμότητας διαδικασίας ή από την τυχόν ακύρωση της διαδικασίας σε πιο προχωρημένο

στάδιο. Τρίτον, σταθμίζεται η ως άνω συνολική ζημία που προκύπτει εκ της συνεχίσεως της διαδικασίας επί του όλου των θιγομένων συμφερόντων, με την αντίστοιχη ζημία που δύναται να προκληθεί εκ της αναστολής της διαδικασίας. Τέταρτον, εξετάζεται το δυνητικό περιεχόμενο των προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' άρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μίγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (πρβλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 3,6,8/2017 και εξής). Αυτά εξάλλου συνάδουν όχι μόνο, κατά τα ως άνω, με την εξαιρετικά βραχεία προθεσμία προς έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων (10 ημέρες από τη χρέωση στο Κλιμάκιο κατ' άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017), αλλά και τον εν γένει χαρακτήρα του θεσμού της προδικαστικής προστασίας ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. και ειδικότερα και της προσωρινής ενώπιον της προστασίας, η οποία ομοιάζουσα με την προσωρινή διαταγή στο πλαίσιο της δικαστικής προσωρινής προστασίας, σκοπεί στον συγκερασμό της ταχύτητας με την αποτελεσματικότητα, δια της αποτροπής δημιουργίας τετελεσμένων που θα καταστήσουν εν τέλει την προδικαστική προστασία αλυσιτελή για τον προσφεύγοντα (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016) ή και θα επιφέρει βλάβη και καθυστερήσεις για την αναθέτουσα και τους έτερους ενδιαφερομένους δια της ακάθεκτης προόδου ενός διαγωνισμού, ο οποίος κινδυνεύει να ακυρωθεί εξ υπαρχής. Συνεπώς (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Α51/2018), ακόμη και όταν από το καταρχήν περιεχόμενο του δικογράφου καταλείπεται μια καταρχήν αμφιβολία ως προς το αν συντρέχουν επιμέρους στοιχεία του παραδεκτού του (όχι όμως και βεβαιότητα περί της μη συνδρομής τους), τότε οι ως άνω κανόνες περί αφενός συνδρομής όχι πιθανολογούμενου παραδεκτού/βασίμου αλλά μη προδήλως απαραδέκτου/αβασίμου για την εφαρμογή του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, αφετέρου πρόληψης της αθροιστικής επαπειλούμενης βλάβης κατά όλων των ενδιαφερόμενων μερών, επιτάσσουν τη χορήγηση ανασταλτικής φύσης προσωρινών μέτρων, εφόσον πάντως δεν εντοπίζονται αυταπόδεικτοι λόγοι απόρριψης που συνάγονται ευθέως εκ των οικείων κανόνων άνευ χρείας ερμηνείας και επιστάμενου νομικού ελέγχου για την οικεία υπαγωγή (όπως επί

παραδείγματι σε περίπτωση εκπροθέσμου άσκησης, अपαράδεκτου τρόπου κατάθεσης, έλλειψης παραβόλου ή πλήρους αοριστίας) και δεν απαιτούν τη μεσολάβηση κάποιας ειδικής επιμέρους κρίσης και εκτεταμένης νομικής σκέψης.

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 ...και ποσού ευρώ 788,00 όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω Τραπέζης Πειραιώς της 24-5-2018, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ». Περαιτέρω, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, κάτω των ορίων περί ανάθεσης σύμβασης γενικών υπηρεσιών, και του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ 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 αρμοδιότητά της κατ' άρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, χρόνος κοινοποίησης την 15-5-2018, και άσκηση την 24-5-2018, ήτοι την ένατη ημέρα από την κοινοποίηση), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε Προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον αφού δια της προσβαλλομένης έγινε αποδεκτός και αυτός και οι δύο έτεροι διαγωνιζόμενοι, και έτσι προδήλως ευνοείται από την ακύρωσή της όσον αφορά την αποδοχή τους και ούτως, κατ' αποτέλεσμα τον αποκλεισμό τους. Επομένως, δεν χωρεί εξέταση περί εφαρμογής του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, αλλά χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 38/2017.

4. Επειδή, η Προσφυγή προσδιορίστηκε ήδη με την 613/29-5-2018 προς αυθημερόν εξέταση, ήτοι για την 30-5-2018. Συνεπώς, δεδομένου του ανωτέρω χρόνου εξετάσεως δεν είναι δυνατόν να προκύψει ζημία οιοδήποτε μέρους ούτε να χωρήσει πρόοδος της διαδικασίας και κατ' αποτέλεσμα δεν χρήζει η επιβολή προσωρινών μέτρων, σύμφωνα και με τα εκτεθέντα στην ως άνω σκ. 2,

καθώς εξάλλου δεν δύνανται αυτά να έχουν κάποια διάρκεια, λόγω του αμέσως επικείμενου εκδόσεως Αποφάσεως επί της ίδιας της Προσφυγής.

5. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει απορριφθεί το Αίτημα Αναστολής ως άνευ αντικείμενου και αλυσιτελής, βάσει της αμέσως προηγούμενης σκέψης.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Αίτηση Αναστολής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 30 Μαΐου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ