

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 31 Μαΐου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.05.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 459/22.05.2018 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «...ΑΝΩΝΥΜΗ ΕΤΑΙΡΕΙΑ» και τον διακριτικό τίτλο «...Α.Ε.» που εδρεύει στον Δήμο, οδός ..., αρ. ..., Τ.Κ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600.163/41/344399/Σ.1133/07 Μαΐ 18/ΑΣΔΥΣ/ΔΠΜ/2β Απόφασης του Διοικητή της Ανώτατης ...Διοίκησης Υποστήριξης ... (....) «...».

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600.163/41/344399/Σ.1133/07 Μαΐ 18/ΑΣΔΥΣ/ΔΠΜ/2β Απόφαση του Διοικητή της Ανώτατης ...Διοίκησης Υποστήριξης ... (....) «...» κατά το μέρος που έκανε δεκτές τις προσφορές των εταιρειών με την επωνυμία «...Α.Ε.», «...Α.Ε.», «...Ε.Π.Ε.» και να αποκλειστούν από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας οι προσφορές των ανωτέρω εταιρειών. Ταυτόχρονα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα επειδή συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη να διαταχθούν προσωρινά μέτρα που θα αναστέλλουν τη διαδικασία του διαγωνισμού, ώστε να μην προχωρήσει η αναθέτουσα αρχή στην αποσφράγιση των οικονομικών φορέων και εν συνεχεία να μην προβεί στην κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού και στην υπογραφή της σύμβασης, καθώς και να διαταχθούν τα κατάλληλα προσωρινά μέτρα που θα αναστέλλουν τη διαγωνιστική διαδικασία μέχρι και την έκδοση

απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, κατά την έννοια του άρθρου 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή η Ανώτατη ...Διοίκηση Υποστήριξης ... (....) «...» ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ηλεκτρονικό Ανοιχτό Δημόσιο Διαγωνισμό, με Διακήρυξης ...και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. ..., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή) κατά τόπο παράδοσης του εφοδίου, για τη «Σύναψη Συμφωνίας Πλαίσιο 2ετούς Διάρκειας, για την Προμήθεια 110Μ.Τ. (55 Μ.Τ. Ανά Έτος) Μελιού, για την Κάλυψη Αναγκών Μονάδων ΣΞ», προϋπολογισμού ανά έτος τριακοσίων ενενήντα οκτώ χιλιάδων επτακοσίων πενήντα ευρώ (398.750,00 €) χωρίς Φ.Π.Α. για το πρώτο έτος και τετρακοσίων ενενήντα τεσσάρων χιλιάδων τετρακοσίων πενήντα ευρώ (494.450,00 €) χωρίς Φ.Π.Α. για το δεύτερο έτος, ήτοι συνολικού προϋπολογισμού εννιακοσίων ογδόντα οκτώ χιλιάδων εννιακοσίων ευρώ (988.900,00 €) περιλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, διάρκειας δύο (2) ετών, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 15^η Ιανουαρίου 2018, ημέρα Δευτέρα και ώρα 15:00 μ.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 19^η Ιανουαρίου, ημέρα Παρασκευή και ώρα 9:30 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε απόλυτα νομότυπα και εμπρόθεσμα στις 15.01.2018 και ώρα 11:35:29 π.μ. την υπ' αριθμ. ...προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της, η οποία κατατέθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 21.05.2018, στρέφεται κατά της με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600.163/41/344399/Σ.1133/07 Μαΐ 18/ΑΣΔΥΣ/ΔΠΜ/2β Απόφασης του Διοικητή της Ανώτατης ...Διοίκησης Υποστήριξης ... (....) «...», η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 11.05.2018 και ώρα 15:04:14 μ.μ., οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 21.05.2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων

Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η αναθέτουσα έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, δυνάμει της οποίας υιοθετήθηκαν πλήρως η από 17.04.2018 Εισήγηση προς γνωμοδότηση στην Α.Σ.Δ.Υ.Σ./Π.Γ.Ε.Π. και η από 27.04.2018 Γνωμοδότηση της Α.Σ.Δ.Υ.Σ./Π.Γ.Ε.Π. (Πρακτικό 2^ο της υπ' αριθμ. 25/2018 Συνεδρίασης), σύμφωνα με την οποία έγιναν δεκτές οι προσφορές των εταιρειών με τις επωνυμίες «...Α.Ε.», «...Α.Ε.», «ΑΙ...Ε.Π.Ε.» για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή η προσφεύγουσα αιτείται να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή της και να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600.163/41/344399/Σ.1133/07 Μαΐ 18/ΑΣΔΥΣ/ΔΠΜ/2β Απόφαση του Διοικητή της Ανώτατης ...Διοίκησης Υποστήριξης ... (....) «...» κατά το μέρος που έκανε δεκτές τις προσφορές των εταιρειών με την επωνυμία «... Α.Ε.», «...Α.Ε.», «...Ε.Π.Ε.» και να αποκλειστούν από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας οι προσφορές των ανωτέρω εταιρειών.

4. Επειδή μετά ταύτα, η προσφεύγουσα εταιρεία αιτείται επειδή συντρέχει κατεπείγουσα ανάγκη να διαταχθούν προσωρινά μέτρα που θα αναστέλλουν τη διαδικασία του διαγωνισμού, ώστε να μην προχωρήσει η αναθέτουσα αρχή στην αποσφράγιση των οικονομικών φορέων και εν συνεχεία να μην προβεί στην κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού και στην υπογραφή της σύμβασης, καθώς και να διαταχθούν τα κατάλληλα προσωρινά μέτρα που θα αναστέλλουν τη διαγωνιστική διαδικασία μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, κατά την έννοια του άρθρου 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

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 έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός ε-παραβόλου ..., όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 21.05.2018 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς), ποσού τριών χιλιάδων εννιακοσίων ογδόντα επτά ευρώ και πενήντα λεπτών (3.987,50 €).

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

8. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην 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.

9. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

10. 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.

Παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

11. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της με αριθμό πρωτοκόλλου Φ.600.163/41/344399/Σ.1133/07 Μαΐ 18/ΑΣΔΥΣ/ΔΠΜ/2β Απόφασης του Διοικητή της Ανώτατης ...Διοίκησης Υποστήριξης ... (....) «...».

12. Επειδή το άρθρο 78 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 που είναι εφαρμοστέος στον υπό κρίση διαγωνισμό, ορίζει ότι: «Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός

φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ' του Μέρους ΙΙ του Παραρτήματος ΧΙΙ του Προσαρτήματος Α' ή με την σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς, μπορούν ωστόσο να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.

[...].».

13. Επειδή στο άρθρο 5 της διακήρυξης με τίτλο «Κριτήρια Επιλογής», παρ. 3 με τίτλο «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» ορίζεται ότι:

«...Όσο αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαγωνιστική διαδικασία οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να δηλώσουν:

α. Το τεχνικό προσωπικό ή τεχνικούς φορείς ποιοτικού ελέγχου που διαθέτουν και θα χρησιμοποιήσουν κατά την εκτέλεση της σύμβασης.

β. Το τεχνικό εξοπλισμό και τα μέτρα για τη διασφάλιση της ποιότητας που διαθέτουν και θα χρησιμοποιήσουν κατά την εκτέλεση της σύμβασης.

γ. Τις εγκαταστάσεις, μηχανήματα και τεχνικό εξοπλισμό που θα έχουν στη διάθεση τους για την εκτέλεση της σύμβασης.

δ. Τα πιστοποιητικά από ιδρύματα ελέγχου της ποιότητας που διαθέτουν, σχετικά με την εκτέλεση της σύμβασης. Διευκρίνιση: Τα παραπάνω στοιχεία (άρθρο 4 και 5) δηλώνονται στο ΕΕΕΣ των οικονομικών φορέων καθώς και στο ΕΕΕΣ των οντοτήτων (εταιρείες, κατασκευαστικοί οίκοι, εργοστάσια κ.τ.λ.) με τις οποίες ο οικονομικός φορέας ή προτίθεται να συνεργαστεί, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο άρθρο 78 του Ν.4412/16 και στην κατευθυντήρια οδηγία υπ' αριθμ. 14 της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (άμεσος – έμμεσος δανεισμός εμπειρίας από τέταρτους/πέμπτους κ.ο.κ. φορείς), ή να αναθέσει τμήμα της σύμβασης υπό μορφή υπεργολαβίας, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στα άρθρα 58 και 131 του Ν.4412/16, για την εκτέλεση της σύμβασης.».

14. Επειδή στο άρθρο 6 της διακήρυξης με τίτλο «Κατάρτιση και Υποβολή Προσφορών – Χρόνος και Τόπος Υποβολής Προσφορών», παρ. 4, περ. ε) ορίζεται ότι: «Ως στήριξη του οικονομικού φορέα στις ικανότητες άλλων οντοτήτων, σύμφωνα με το άρθρο 78 του Ν.4412/16, νοείται η συνεργασία και η στήριξη στην χρηματοοικονομική επάρκεια ή/και στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα αυτών.

Διευκρίνιση: Ως οντότητα σχετική με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα νοείται εργοστάσιο κατασκευής, κατασκευαστικός οίκος, και τυχόν άλλοι φορείς χωρίς την συνδρομή των οποίων ο οικονομικός φορέας, από μόνος του, δε θα είχε τη δυνατότητα να παράγει και συσκευάσει το υπό προμήθεια εφόδιο και κατά συνέπεια δε θα μπορούσε να συμμετάσχει εξ αρχής στις διαγωνιστικές διαδικασίες.», ενώ στην περ. δ) του ίδιου άρθρου ορίζεται ότι: «Αν ο οικονομικός

φορέας επιθυμεί να συνεργασθεί και να στηριχθεί στις ικανότητες ετέρων οντοτήτων, οι έτερες οντότητες οφείλουν να καταθέσουν ξεχωριστό ΕΕΕΣ, δέοντως συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο (ιδιόχειρα ή ηλεκτρονικά από τον νόμιμο εκπρόσωπο) από αυτές, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στα άρθρα 4, 5 και 6 (παράγραφος 3) των Γενικών Όρων της Διακήρυξης καθώς επίσης και νομιμοποιητικά έγγραφα των οντοτήτων (καταστατικό, πρακτικό εκπροσώπησης κλπ), με το οποίο να πιστοποιείτε ποιος εκπροσωπεί αυτές και υπογράφει το ΕΕΕΣ.».

15. Επειδή η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των προσφορών των εταιρειών με τις επωνυμίες «...Α.Ε.», «...Α.Ε.», «...Ε.Π.Ε.» για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

16. Επειδή όπως προκύπτει από τις επικαλούμενες από την προσφεύγουσα διατάξεις, αλλά και το σύνολο των όσων ορίζονται στο κείμενο της διακήρυξης, κατά την κρίση του Κλιμακίου, τα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές των ανωτέρω εταιρειών πιθανολογείται βάσιμα ότι παρουσιάζουν σοβαρές πλημμέλειες και κατά συνέπεια η αναθέτουσα, με την προσβαλλόμενη με την προσφυγή πράξη σφάλλει ως προς την κρίση της, δυνάμει της οποίας οι προσφορές των ανωτέρω εταιρειών προκρίνονται στο στάδιο της αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών.

17. Επειδή ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή, καθίσταται προφανές ότι η αξιολόγηση των τεχνικών προσφορών των συνυποψηφίων της προσφεύγουσας 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).

18. Επειδή ενόψει των όσων εκτέθηκαν αναλυτικά στην παρούσα, πιθανολογείται βάσιμα η ευδοκίμηση των προβαλλόμενων λόγων της κρινόμενης προσφυγής με συνέπεια, η υπό κρίση προσφυγή να θεωρηθεί ότι είναι προδήλως βάσιμη.

19. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη Σύναψη Συμφωνίας Πλαισίου 2ετούς Διάρκειας, για την

Προμήθεια 110Μ.Τ. (55 Μ.Τ. Ανά Έτος) Μελιού, για την Κάλυψη Αναγκών Μονάδων ΣΞ της Ανώτατης ...Διοίκησης Υποστήριξης ... (...) «...». 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 εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και η μη κατακύρωση του αποτελέσματος της, έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση επί της προσφυγής (691/2012 ΔΕφΑθ).

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής σύμφωνα με τα άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 31 Μαΐου 2018 και εκδόθηκε την 1^η Ιουνίου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Ειρήνη Τσιμπούκη