



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
ΚΛΙΜΑΚΙΟ 6ο
ΑΠΟΦΑΣΗ Α 26/2017

Το 6ο Κλιμάκιο της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, συνεδρίασε στην έδρα της Αρχής, την 30η Οκτωβρίου 2017, με την εξής σύνθεση: Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Κουρή Σταυρούλα και Πουλοπούλου Αγγελική, μέλη.

Για να εξετάσει, την κατόπιν της Πράξης 36/25-10-2017 Προέδρου 6^{ου} Κλιμακίου, με αρ. πινακίου (1) της προκείμενης συνεδριάσεως, κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 αυτεπάγγελτη εισαγωγή προς εξέταση περί τυχόν λήψης μέτρων των άρ. 15 παρ. 1 και 3 ΠΔ 39/2017 επί της από 23-10-2017 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 181/23-10-2017 και Ειδ. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. VI/29/23-10-2017 Προδικαστικής Προσφυγής του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «

» (εφεξής «προσφεύγων») κατά της Αναθέτουσας (εφεξής «αναθέτουσα») και της με αρ. 312/2017 του Πρακτικού της με αρ.

41/12-10-2017 Συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής Δήμου Ζίτσας (εφεξής «προσβαλλόμενη»), η οποία ενέκρινε το με αρ. I/1-9-2017 Πρακτικό Ηλεκτρονικής Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών της Επιτροπής Διαγωνισμού που αφορά την Προμήθεια-Τοποθέτηση Συνθετικού Χλοοτάπητα στο Γήπεδο Τ.Κ. Κληματαριάς Δήμου Ζίτσας, όπως και το μετ' αυτής συμπροσβαλλόμενο ως άνω Πρακτικό Επιτροπής Διαγωνισμού το οποίο εγκριθέν από αυτή, ενσωματώθηκε στην προσβαλλόμενη ως η αιτιολογία της. Η αναθέτουσα δεν κατέθεσε απόψεις περί των προσωρινών μέτρων. Ο Πρόεδρος και Εισηγητής προσκόμισε και παρουσίασε ενώπιον του Κλιμακίου την οικεία Εισήγησή του, το δε Κλιμάκιο

**ΑΦΟΥ ΜΕΛΕΤΗΣΕ ΤΟΝ ΦΑΚΕΛΟ ΤΗΣ ΥΠΟΘΕΣΗΣ ΚΑΙ ΕΛΑΒΕ ΥΠΟΨΗ ΤΗΝ ΕΙΣΗΓΗΣΗ
ΣΚΕΦΤΗΚΕ ΚΑΤΑ ΝΟΜΟ**

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 23-10-2017 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της με αρ. 312/2017 του Πρακτικού της με αρ. 41/12-10-2017 Συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής Δήμου Ζίτσας, η οποία ενέκρινε το με αρ. I/1-9-2017 Πρακτικό Ηλεκτρονικής Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Τεχνικών Προσφορών της Επιτροπής Διαγωνισμού που αφορά την Προμήθεια-Τοποθέτηση Συνθετικού Χλοοτάπητα στο Γήπεδο Τ.Κ. Κληματαριάς Δήμου Ζίτσας, όπως και το μετ' αυτής συμπροσβαλλόμενο Πρακτικό Επιτροπής Διαγωνισμού το οποίο εγκριθέν δι' αυτής, ενσωματώθηκε στην προσβαλλόμενη ως η αιτιολογία της. Ο προσφεύγων ζητά την ακύρωσή της κατά το σκέλος της με το οποίο εγκρίθηκε για συμμετοχή στο επόμενο στάδιο και έγινε αποδεκτή η προσφορά του μόνου έτερου διαγωνιζομένου ., επί τω τέλει αυτή να ακυρωθεί κατά το παραπάνω σκέλος της, να κριθεί ο παραπάνω έτερος διαγωνιζόμενος

ως αποκλειστέος και έτσι να

απομείνει ο προσφεύγων ως ο μόνος εγκριθείς και αποδεκτός για το επόμενο στάδιο των οικονομικών προσφορών διαγωνιζόμενος. Αιτιάται δε πρώτον ότι ο παραπάνω έτερος διαγωνιζόμενος προσκόμισε πιστοποιητικό ISO 14001 κατά τον όρο 2.2.7 της διακήρυξης, το οποίο όμως κατά το περιεχόμενό του δεν συμμορφωνόταν με τα οριζόμενα κατά τη διακήρυξη ως προς το αναγκαίο περιεχόμενό του, δεύτερον ότι η εγγύηση κατασκευαστή που προσκόμισε κατά τον όρο 2.4.3 στοιχείο 19 της διακήρυξης δεν ήταν ισχύουσα και αληθής και τρίτον ότι παρότι είχε κηρυχθεί έκπτωτος από προηγούμενη δημόσια σύμβαση και μάλιστα προσωρινά κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αλλά οριστικά πλέον κατά τον χρόνο αξιολόγησης αυτής, δεν δήλωσε τίποτα σχετικό στο οικείο Μέρος III του ΤΕΥΔ, ενώ σε κάθε περίπτωση το ίδιο το γεγονός της έκπτωσης συνιστά λόγο αποκλεισμού κατ' άρ. 73 Ν. 4412/2016, ενώ η όποια ευχέρεια τυχόν επίκλησης επανορθωτικών μέτρων δεν μπορεί καν να ληφθεί υπόψη αφού ο ως άνω διαγωνιζόμενος δεν δήλωσε ούτε περί αυτών ούτε περί της ίδιας της έκπτωσης στο ΤΕΥΔ του. Περαιτέρω, ο αιτών ζητά να διαταχθούν προσωρινά μέτρα για την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη της αποσφράγισης οικονομικών προσφορών, την αξιολόγησή τους και την ανάδειξη αναδόχου έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

2. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται σε αυτεπάγγελτη εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του άρ. 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. 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 οιουδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής. Επειδή δε, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 περί του σκοπού των "καταλλήλων" προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του άρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του άρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκομένων 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 εμπλεκομένων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια, ήτοι πρώτον την κρίση περί τυχόν προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου της Προσφυγής, με την πιθανολόγηση επί του προδήλως αβασίμου να αφορά την έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία νομικού πλαισίου, δεύτερον την πιθανολόγηση συνδρομής μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των εμπλεκομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, τρίτον τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την όποια ζημία που δύναται να προκληθεί από την αναστολή και τέταρτον την εξέταση του περιεχομένου των μέτρων με πρόκριση εκείνων που είναι κατάλληλα για την αποτροπή της ζημίας και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως με την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (βλ. και Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 3,6 και 8/2017).

3. Επειδή, παρίσταται ότι για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017

άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ.

ποσού 600 ευρώ),

πληρώθηκε αυτό την 20-10-2017 μέσω εμβάσματος τράπεζας Eurobank η δε αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει με το από 25-9-2017 εσωτερικό έγγραφό της την πληρωμή, τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου. Περαιτέρω, η Προσφυγή αφορά διαδικασία που προκηρύχθηκε με τη Διακήρυξη

«Προμήθεια και Τοποθέτηση Συνθετικού

Χλοοτάπητα στο Γήπεδο Τ.Κ. Κληματαριάς Δήμου Ζίτσας» (CPV) με συνολικό προϋπολογισμό άνευ ΦΠΑ 119.370,00 ευρώ που, δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 21-7-2017 με Μοναδικό ΑΔΑΜ

και στο ΕΣΗΔΗΣ την 25-7-2017 με συστημικό α/α

Επομένως, υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου δημοσίευσης της 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' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησής της προσβαλλομένης δια ΕΣΗΔΗΣ την 13-10-2017), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται και υποβάλλεται δια του τυποποιημένου εντύπου. Ο δε Προσφεύγων, παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως Προσφυγής, αφού μετείχε στον διαγωνισμό με τεχνική προσφορά-δικαιολογητικά που κρίθηκε ως δεκτή για τα επόμενα στάδια, επομένως προδήλως ευνοείται από τον αποκλεισμό του έτερου ομοίως προκριθέντος στα επόμενα στάδια διαγωνιζομένου. Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη. Ομοίως, δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους αντίθεσης της προσφοράς του έτερου διαγωνιζόμενου με τη διακήρυξη, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους με αντιπαραβολή των τεχνικών προσφορών και των δικαιολογητικών των διαγωνιζομένων με τις προδιαγραφές της διακήρυξης, ενώ συγχρόνως απαιτούν και νομική ερμηνεία των επικαλουμένων διατάξεων. Επομένως, δεν πληρούνται οι όροι του αρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 38/2017 και συνεπώς δεν δύναται να αρθεί η αυτοδίκαιη εκ του νόμου αναστολή σύναψης σύμβασης, ενώ περαιτέρω χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του αρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 38/2017.

4. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας, αλλά και του έτερου διαγωνιζομένου εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι του ανοίγματος οικονομικών προσφορών και επικύρωσης του οικείου όποιου πρακτικού, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας συμμετοχής στα επόμενα στάδια προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου ανοίγματος οικονομικών προσφορών τίθεται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της τεχνικής προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου αν ενδιαμέσως έχει τυχόν μειοδοτήσει και λάβει χώρα προσωρινή κατακύρωση εις βάρος του, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της έγκρισης πρακτικού οικονομικών προσφορών άρα και προσωρινής κατακύρωσης, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβήτησεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της ίδιας της τεχνικής προσφοράς του βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 36/25-10-2017 Πράξεως του Προέδρου δου Κλιμακίου για την 3-11-2017, ήτοι εντός λίαν συντόμου διαστήματος, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης

επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα ή τρίτους. 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.

5. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφέροντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών ως και κατακύρωσης επ' αυτής, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιαδήποτε απόφασης και διενέργεια οιαδήποτε πράξης ή ματαίωση οιαδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης ή απεύθυνσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με το στάδιο αυτό και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου, επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα κηρυχθούν αυτοδικαίως άκυρες.

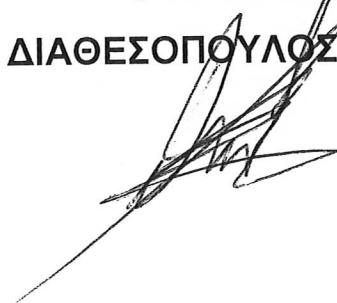
Επομένως, το Κλιμάκιο ομόφωνα δέχεται την Εισήγηση και

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

- Διατάσσει την Αναστολή της προόδου της Διαγωνιστικής Διαδικασίας και δη του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών ως και προσωρινής κατακύρωσης και πρόσκλησης σε προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, και έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής.
- Διατάσσει την αναθέτουσα και όλα τα σχετιζόμενα με τη Διαγωνιστική Διαδικασία όργανα αυτής, ως και την Οικονομική Επιτροπή της, όπως άμεσα ματαιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφασή και εν γένει ενέργειά τους περί την αξιολόγηση οικονομικών προσφορών και προσωρινή κατακύρωση, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού ή πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και αξιολόγηση ή και έγκρισή τους.
- Διατάσσει την αναθέτουσα όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη Πειραιώς, την 30η Οκτωβρίου 2017, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Εισηγητή και δημοσιεύθηκε την 31^η Οκτωβρίου.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ



Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΥΣ
ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ

