

Αριθμός απόφασης: Α 427 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 12.09.2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 03.09.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1100/03.09.2019 της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και δ.τ. «.....», που εδρεύει στην, όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου, που εδρεύει στη, όπως νομίμως εκπροσωπείται και για την ακύρωση της υπ' αρ.διακήρυξης (εφεξής «η προσβαλλόμενη») ή αναπροσαρμογής όρων αυτής, αναφορικά με την ανάθεση σύναψης σύμβασης για την «.....».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 2.750,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό

2. Επειδή, με την υπ' αριθ.διακήρυξη του Δήμου προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου, διεθνούς διαγωνισμού, για την ανάθεση σύναψης σύμβασης, με αντικείμενο την «.....»

Αριθμός απόφασης: Α 427 / 2019

προϋπολογισμού 550.000,00 € μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 09.08.2019 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α Ειδικότερα και σύμφωνα με το άρθρο 1.3 «*Συνοπτική Περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης*» της Διακήρυξης ορίζεται ότι «..... Στο αντικείμενο της σύμβασης συμπεριλαμβάνονται τα παρακάτω βασικά παρακολουθηματικά έργα, προμήθειες και υπηρεσίες:

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του ανωτέρω αντικείμενου του, στο οποίο κατατείνει η υπόψη σύμβαση και το οποίο έχει μεικτό χαρακτήρα σύμβασης προμήθειας, έργου και παροχής υπηρεσίας, της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου αποστολής (09.08.2019) της Προκήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό εξέταση Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 09.08.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 03.09.2019, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας από την πλήρη γνώση αυτής, η οποία κατά νόμο όταν η προσφυγή στρέφεται κατά διακήρυξης τεκμαίρεται μετά δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευση της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ, ήτοι στις 24.08.2019.

4. Επειδή, ο Δήμος, ως αναθέτουσα αρχή, κατά την έννοια του άρθρου 3 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και την αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 223

Αριθμός απόφασης: Α 427 / 2019

του Ν. 4412/2016 [Βλ. και Παράρτημα ΙΙΙ του Κανονισμού (ΕΚ) αριθ. 1059/2003 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Μαΐου 2003, για τη θέσπιση μιας κοινής ονοματολογίας των εδαφικών στατιστικών μονάδων (NUTS), ΕΕ L 154], ενεργεί ως αναθέτων φορέας στον τομέα της τροφοδότησης σταθερού δημόσιου δικτύου με πόσιμο ύδωρ, καθώς και της μεταφοράς και διανομής του, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 4 παρ. 1 και 10 παρ. 1 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ και τις αντίστοιχες διατάξεις των άρθρων 224 παρ. 1 και 230 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι ο ίδιος ασκεί τη σχετική δραστηριότητα. Επιπλέον, η διενέργεια του ένδικου διαγωνισμού (προμήθεια μονάδας) τελεί σε άμεση σχέση με την άσκηση της ανωτέρω δραστηριότητας του αναθέτοντος φορέα. Ενόψει αυτών και δεδομένου ότι η συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη, χωρίς ΦΠΑ, του ένδικου διαγωνισμού υπερβαίνει το κατώτατο όριο που τίθεται στο άρθρο 15 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, η σύμβαση στη σύναψη της οποίας σκοπεύει ο διαγωνισμός αυτός εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής τόσο της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ όσο και του Ν. 4412/2016 (ΣτΕ ΕΑ 86/2019).

5. Επειδή, με τις από 09.09.2019 απόψεις του, ο αναθέτων φορέας αιτείται «να μην ακυρωθεί η υπ' αριθμ. πρωτ. οικ..... Διακήρυξη με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ του Δήμουκαι να διαταχθεί η συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας λόγω της ΣΠΟΥΔΑΙΟΤΗΤΑΣ της παρούσας προμήθειας».

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) ορίζεται ότι: *«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*

Αριθμός απόφασης: Α 427 / 2019

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 ...». Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017). Περαιτέρω, 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*».

7. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.), γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

8. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του

Αριθμός απόφασης: Α 427 / 2019

αντικείμενου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν, έχει άμεσο, ενεστώδες και προσωπικό έννομο συμφέρον, όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη και οι προαναφερόμενοι όροι της Διακήρυξης, αφού υφίσταται ζημία και πλήττεται η συμμετοχή της στον διαγωνισμό αυτόν για τους αναφερόμενους στην Προσφυγή της λόγους. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των όρων 2.2.6, 2.2.9.2, και 2.3 της διακήρυξης, ισχυριζόμενη α) ότι είναι μη σύννομη η απαίτηση κριτηρίων τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που δεν είναι συναφή με το κύριο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, αφού με τον όρο 2.2.6 τίθενται τεχνικές προδιαγραφές περί εκτέλεσης ανάλογων εργασιών γεωτρήσεων και οικοδομικών εργασιών, οι οποίες μάλιστα απαιτείται να συντρέχουν σωρευτικά, οι οποίες δεν σχετίζονται με το κύριο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης που αφορά την προμήθεια φορητής μονάδας β) ότι είναι μη σύννομη η – στο πλαίσιο διαγωνισμού προμήθειας - απαίτηση του όρου 2.2.6 της διακήρυξης εγγραφής των προσφερόντων στο Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων (Μ.Ε.ΕΠ.) γ) ότι υφίσταται ασάφεια του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής του άρθρου 2.2.6. περ. δ' της διακήρυξης όσον αφορά τη *«διάθεση του ηλεκτρομηχανολογικού και λοιπού τεχνικού εξοπλισμού για την κατασκευή της Μονάδος και για την τεχνική υποστήριξη αυτής»* δ) ότι είναι μη σύννομη και ασαφής η πρόβλεψη του άρθρου 2.2.9.2. περ. Β.4, παρ. ε' της διακήρυξης περί υποβολής πιστοποιητικών καταλληλότητας *«για όλα τα κύρια επιμέρους συστήματα και υλικά της μονάδος»*, ε) ότι υφίσταται αντίθεση του άρθρου 2.2.7.2.Β.4. με την αρχή του ανταγωνισμού, της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς και στ) ότι υφίσταται αοριστία, άλλως αλυσιτέλεια του επιμέρους κριτηρίου αξιολόγησης Κ1 αναφορικά με τη *«συμφωνία της προσφοράς με τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές της μελέτης»*.

9. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως

Αριθμός απόφασης: Α 427 / 2019

διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 86/2018, ΣτΕ Ολ 12-15/2018, πρβλ. ΣτΕ ΕΑ Ολ 146-148/2016, ΔΕφΑθ 26/2019).

10. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε δε περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, αφού, ως ισχυρίζεται, οι υπόψη όροι της διακήρυξης είναι παράνομοι και υφίσταται άμεση βλάβη στα συμφέροντά της εξ αυτών, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή η (λυσιτελής) συμμετοχής της στον διαγωνισμό (ΔΕφ.Αθ. 26/2019), αναφέροντας τα συγκεκριμένα πραγματικά εκείνα στοιχεία που χρειάζονται, ώστε να μπορεί να κριθεί εάν οι πλημμέλειες των όρων που προσβάλλονται καθιστούν ανέφικτη ή πάντως ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της (ΣτΕ ΕΑ 86/2018). Τούτων δοθέντων, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με τους προσβαλλόμενους όρους της υπό εξέταση διακήρυξης, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχουν, δε, κρίση που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

11. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και σε περίπτωση τυχόν ακύρωσης της προσβαλλόμενης είναι πρόδηλη, αφού θα έχει ως αποτέλεσμα την ακύρωση των επόμενων πράξεων της αναθέτουσας

Αριθμός απόφασης: Α 427 / 2019

αρχής για τον υπό κρίση διαγωνισμό και τελικώς την ματαίωση αυτού, οδηγώντας σε καθυστέρηση της υπόψη υπηρεσίας.

12. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (βλ. σκέψεις 5 και 6), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπιθύμητων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ.διακήρυξης του Δήμου όσον αφορά την ανάθεση σύναψης σύμβασης, με αντικείμενο την «.....», μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής και ορίζει ως κατάλληλο μέτρο τη μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών μετά είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία ορισμού εξέτασης (08.10.2019) της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 11 Σεπτεμβρίου 2019, συντάχθηκε αυθημερόν από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 12 Σεπτεμβρίου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: Α 427 / 2019

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κασίκα