

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 15.12.2017 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Μανδράκη και
Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην με
ημερομηνία καταχώρησης 04.11.2017 στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού
στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης
ΑΕΠΠ 311/05.12.2017, Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης [redacted] και χρέωσης
στο 5^ο Κλιμάκιο με το από 05.12.2017 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα της
Γραμματείας του 5^{ου} Κλιμακίου, της εταιρείας με την επωνυμία « [redacted] »
[redacted] η
οποία εδρεύει στην [redacted]
όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθ. 456/13.11.2017 απόφασης της Οικονομικής
Επιτροπής του Δήμου [redacted] με την οποία έγινε αποδεκτό το από 20.09.2017
Πρακτικό Ι αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών
αναφορικά με την υπ' αριθ. Πρωτ. [redacted] Διακήρυξη του Δημάρχου
[redacted] για την προκήρυξη ανοικτού ηλεκτρονικού δημόσιου διαγωνισμού με
σφραγισμένες προσφορές και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα
από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για το σύνολο των
προκηρυσσόμενων υλικών με τίτλο «Προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε
λειτουργία 13 Φ/Β διασυνδεδεμένων συστημάτων σε κτίρια και εγκαταστάσεις
του Δήμου [redacted]», προϋπολογισμού 259.000,00€ με ΦΠΑ και αριθμό
μελέτης 75/2017.

Αριθμός απόφασης: Α79/2017

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση, άλλως την ανάκληση της ανωτέρω προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που απέρριψε την προσφορά της, να της επιτραπεί η συμμετοχής της ως υποψήφιας στην περαιτέρω διαδικασία του υπό κρίση διαγωνισμού, να αποκλεισθούν οι συνυποψήφιες εταιρείες, «~~ΕΤΕΡΩΘΕΝ~~» και «~~ΕΤΕΡΩΘΕΝ~~» καθώς και να ακυρωθεί κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη βλαπτική των συμφερόντων της.

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως διαταχθεί η αναστολή της υπ' αριθ. 456/13.11.2017 προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αφορά στον αποκλεισμό της και την αποδοχή των προσφορών των ανωτέρω δύο συνυποψηφίων της, καθώς και όπως διαταχθούν προσωρινά μέτρα, ήτοι η αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας με την αναστολή της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, αξιολόγησης αυτών και ανάδειξης αναδόχου έως την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ~~ΕΤΕΡΩΘΕΝ~~), ποσού 1.044,36 €, το οποίο και υπολογίζεται με βάση τον προϋπολογιζόμενη δαπάνη σύμφωνα με τη σύμβαση, ύψους 208.871,00 €, χωρίς ΦΠΑ.

2. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του, 208.871,00 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν.

Αριθμός απόφασης: Α79/2017

4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτώς, κατά τούτο, ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη, υπ' αριθ. 456/2017 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου [redacted], με την οποία έγινε αποδεκτό το υπ' αριθ. Ι Πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης του υπόψη διαγωνισμού, αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 24.11.2017, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 04.12.2017.

5. Επειδή, κατά της υπ' αριθ. 456/13.11.2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου [redacted] με την οποία έγινε αποδεκτό το από 20.09.2017 Πρακτικό Ι αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών αναφορικά με την προκήρυξη ανοικτού ηλεκτρονικού δημόσιου διαγωνισμού για την «Προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία 13 Φ/Β διασυνδεδεμένων συστημάτων σε κτίρια και εγκαταστάσεις του Δήμου [redacted]», έχουν ασκηθεί επίσης η με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 309/04.12.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης [redacted] Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία [redacted] [redacted]» και τον δ.τ. «[redacted]» και η με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 310/05.12.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης [redacted] Προδικαστική Προσφυγή του [redacted], καθώς και η με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ ΠΑΡ 90/11.12.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης VI/ [redacted] 2017 και ΑΕΠΠ ΠΑΡ 91/11.12.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης VI/ [redacted] 2017 Παρεμβάσεις της εταιρείας με την επωνυμία « [redacted] [redacted]» και τον δ.τ. « [redacted]» επί της 1^{ης} και 3^{ης} προαναφερόμενης αντίστοιχα Προδικαστικής Προσφυγής, καθώς και το από 13.12.2017 «Υπόμνημα έναντι της ένστασης της εταιρείας [redacted] [redacted]» του [redacted]

Αριθμός απόφασης: Α79/2017

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) 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 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).

7. 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».

8. 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,

Αριθμός απόφασης: Α79/2017

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.

9. 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.

10. 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. Ράϊκο, 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

Αριθμός απόφασης: Α79/2017

δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

11. Επειδή, η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 456/13.11.2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου με την οποία έγινε αποδεκτό το από 20.09.2017 Πρακτικό Ι αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών αναφορικά με την υπ' αριθ. Πρωτ. Διακήρυξη του Δημάρχου για την προκήρυξη ανοικτού ηλεκτρονικού δημόσιου διαγωνισμού με σφραγισμένες προσφορές και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για το σύνολο των προκηρυσσόμενων υλικών με τίτλο «Προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία 13 Φ/Β διασυνδεδεμένων συστημάτων σε κτίρια και εγκαταστάσεις του Δήμου», προϋπολογισμού 259.000,00€ με ΦΠΑ και αριθμό μελέτης 75/2017, αιτούμενη την ακύρωση, άλλως την ανάκληση της ανωτέρω προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που απέρριψε την προσφορά της καθώς και για τη μη απόρριψη των προσφορών των εταιρειών, «» και «», για τους λόγους που αναφέρει στην κρινόμενη Προδικαστική της Προσφυγή, προβάλλοντας παράλληλα το αίτημα αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης και της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

12. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της και κατά τούτο εσφαλμένως αποκλείστηκε η συμμετοχή της από το επόμενο στάδιο του υπόψη διαγωνισμού, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως έκρινε ως μη αποδεκτή την προσφορά της.

Αριθμός απόφασης: Α79/2017

13. 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 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 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα εταιρεία προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως τον πλήρη φάκελο της προσφοράς, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία παρανόμως έκρινε ως μη αποδεκτή την προσφορά της, υφίσταται ζημία, αφού ευλόγως προσδοκά τη συμμετοχή της στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και εν τέλει στην ανάδειξη αυτής ως αναδόχου της εν λόγω σύμβασης, καθώς και τον αποκλεισμό έτερων συνυποψηφίων της που κατά τους ισχυρισμούς της απαραδέκτως κρίθηκαν οι προσφορές του τεχνικά αποδεκτές. Ως εκ τούτου, αιτείται την προσωρινή διασφάλιση του ως άνω δικαιώματός της έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής της, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος της για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ' αυτής βλάβη της.

15. Επειδή, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι η προσφορά της απορρίφθηκε εσφαλμένα και καταχρηστικά δήθεν ως ελλιπής με την αιτιολογία ότι δεν κατατέθηκαν τεχνικά χαρακτηριστικά για το σύνολο των προσφερόμενων

Αριθμός απόφασης: Α79/2017

ειδών, ήτοι για τα είδη Α/Α: 1) Δ-Ηλεκτρικοί Πίνακες, 2) Ζ-Ηλεκτρικοί Διακόπτες, 3) Η-Προστασία εγκατάστασης από Υπερτάσεις, ισχυριζόμενη ότι τα ανωτέρω εμπεριέχονται στο φάκελό της, τουναντίον δε και ενώ ήταν υποχρεωτική η απαίτηση από τη Διακήρυξη όπως η τεχνική προσφορά κάθε συμμετέχοντα συνοδεύεται και με τα ανάλογα τεχνικά σχέδια, ηλεκτρολογικά, μονογραμμικά και χωροθετήσεις για τις 13 φωτοβολταϊκές εγκαταστάσεις του έργου, οι προαναφερόμενες δύο συνυποψήφιες εταιρείες καίτοι δεν υπέβαλαν αυτά, οι προσφορές τους δεν απερρίφθησαν.

16. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συντελέσθη με την προσβαλλόμενη και με την κρίση αυτής ως μη αποδεκτής της προσφοράς της και τον μη αποκλεισμό έτερων συνυποψηφίων της, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχουν δε τεχνική κρίση, σύμφωνα και με τους ανωτέρω προβαλλόμενους ισχυρισμούς, που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας, ως τεχνική κρίση, επιπλέον, εμπεριέχεται και επί των λοιπών δύο ασκηθέντων Προδικαστικών Προσφυγών και Παρεμβάσεων επ' αυτών (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

17. Επειδή, νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων (σκέψη 10), προσέτι δε και λαμβανομένων υπόψη των λοιπών ασκηθεισών Προδικαστικών Προσφυγών και Παρεμβάσεων, η κρίση επί των οποίων προϋποθέτει ενδελεχή έρευνα των σχετικών νομικών και τεχνικών ζητημάτων που τίθενται, γίνεται δεκτό ότι η περαιτέρω πρόοδος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας και σύμφωνα με τις αρχές της ασφάλειας δικαίου, του ενιαίου μέτρου κρίσης, της εύλογης εμπιστοσύνης του διοικούμενου αλλά και της αμεροληψίας και της μη διάκρισης μεταξύ των συμμετεχόντων, θα πρέπει να εξελιχθεί μόνον εφόσον εκκαθαριστούν τα πραγματικά και νομικά ζητήματα που τίθενται με τα υπόψη ένδικα βοηθήματα, προκειμένου να μην καταστούν αυτά αλυσιτελή σε περίπτωση αποδοχής τους.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα της προσφεύγουσας εταιρείας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αρ. [redacted] Διακήρυξης για τη διενέργεια ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού για την «Προμήθεια, εγκατάσταση και θέση σε λειτουργία 13 Φ/Β διασυνδεδεμένων συστημάτων σε κτίρια και εγκαταστάσεις του Δήμου [redacted]», προϋπολογισμού 259.000,00€ με ΦΠΑ και μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 15 Δεκεμβρίου 2017, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Εισηγητή και δημοσιεύθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος



Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Η Γραμματέας



Βασιλική Κ. Μπάκου