

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΔΙΚΑΣΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Φεβρουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Κουρή Σταυρούλα και Πουλοπούλου
Αγγελική, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 20-2-2018
Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης
Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 172/20-2-2018 του προσφεύγοντος με την
επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου,

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ ΣΑΡΩΝΙΚΟΥ», νομίμως
εκπροσωπούμενης

Με την Προδικαστική Προσφυγή ο αιτών επιδιώκει την ακύρωση της της
κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 9-2-2018, Απόφασης 17/2018 της υπ' αρ. 4/2018
συνεδρίασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος, κατ' έγκριση του
από 1-2-2018 πρακτικού νο 1 της Επιτροπής Διαγωνισμού, απεκλείσθη αυτός από τα
επόμενα στάδια του διαγωνισμού. Περαιτέρω, ο αιτών με το συνημμένο στην προσφυγή
αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, ζητά την αναστολή της προόδου του διαγωνισμού
και δη της αξιολόγησης τεχνικών προσφορών και της αποσφράγισης και αξιολόγησης
οικονομικών προσφορών, ως και την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προσφυγής
του. Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α86/2018

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 20-2-2018 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 9-2-2018 Απόφασης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας περί περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών κατ' έγκριση του μη εκτελεστού και ενσωματωθέντος στην ως άνω πρώτη προσβαλλόμενη ως αιτιολογία της, οικείου πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, ο δε προσφεύγων ο οποίος κρίθηκε απορριπτέος, βάλλει ειδικότερα κατά της ως άνω προσβαλλομένης καθ' ο μέρος εκρίθη δι' αυτής αποκλειστέος. Με την ως άνω προσβαλλομένη ο προσφεύγων απεκλείσθη διότι πρώτον στην ενότητα Δ του Μέρους II του ΕΕΕΣ του απάντησε αρνητικά στην ερώτηση περί του αν προτίθεται να αναθέσει τμήμα σε τρίτους υπεργολάβους, ενώ στην ενότητα Γ' «ΤΕΧΝΙΚΗ ΚΑΙ ΕΠΑΓΓΕΛΜΑΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ» του Μέρους IV, αναφέρεται η ανάθεση εκτέλεσης μέρους της σύμβασης σε δύο υπεργολάβους με ποσοστό 0,2% (...) και 1% (...) του συνολικού συμβατικού αντικειμένου αντίστοιχα. Εξάλλου, αντί της δεύτερης παραπάνω εταιρείας, ο προσφεύγων υπέβαλε δικαιολογητικά συμμετοχής άλλης εταιρείας που δεν μνημονεύεται στο ΕΕΕΣ του (...). Περαιτέρω, υπεβλήθη ΕΕΕΣ της παραπάνω εταιρίας, στην ενότητα Δ του Μέρους II του οποίου, απαντήθηκε ότι προτίθεται να αναθέσει τμήμα της σύμβασης στον υπεργολάβο ..., ενώ στην ενότητα Γ' του Μέρους IV ανεγράφη ποσοστό υπεργολαβίας «περίπου 20%», παρότι τίποτα τέτοιο δεν αναφέρθηκε στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος. Δεύτερον, ο προσφεύγων απεκλείσθη διότι δεν περιέλαβε την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη υπεύθυνη δήλωση περί δικαιολογητικών ονομαστικοποίησης μετοχών, με την οποία δηλώνεται ότι ο προσφεύγων δεν είναι εξωχώρια εταιρεία, ενώ η συγκεκριμένη δήλωση δεν μνημονεύεται ούτε στον ηλεκτρονικώς υποβληθέντα αναλυτικό πίνακα περιεχομένων των δικαιολογητικών συμμετοχής του προσφεύγοντος, και τα παραπάνω συνιστούν παραβάσεις των άρ. 5.2., 7.1.1.2.δ και των άρ. 4, 8 και 9.3 του Παραρτήματος 4 της προκήρυξης ως και του Ν. 3310/2005. Τρίτον, επειδή η δηλωθείσα στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντος ως δανείζουσα εμπειρία και υπεργολάβος «...» δεν υπέβαλε την επί ποινή αποκλεισμού υπεύθυνη δήλωση περί του ότι δεν είναι εξωχώρια εταιρεία. Τέταρτον, ότι κατά παράβαση του άρ. 14.1 της Προκήρυξης, ο προσφεύγων υπέβαλε το αρχείο 1.6.1.5.2 που αφορά την παραπάνω υπεργολάβο και περιέχει ξενόγλωσσα και αμετάφραστα στην ελληνική έγγραφα εκπροσώπησης των αλλοδαπών εταιρειών που είναι μέτοχοί της. Ο προσφεύγων αιτιάται ότι πρώτον εσφαλμένα απεκλείσθη λόγω ανακριβών στοιχείων της προσφοράς της διότι θα έπρεπε να έχει κληθεί κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 για διευκρινίσεις. Εξάλλου, προσκόμισε ΕΕΕΣ και δικαιολογητικά συμμετοχής των οικονομικών φορέων ... και ... στις ικανότητες των οποίων στηρίζεται, ασχέτως αν

Αριθμός απόφασης: Α86/2018

τους δήλωσε στο δικό του ΕΕΕΣ. Περαιτέρω, η αναγραφή στο ΕΕΕΣ του της εταιρείας ... αντί της εταιρείας ... συνιστά πρόδηλο λεκτικό σφάλμα, διορθώσιμο κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 και του όρου 8.3 της διακήρυξης, χωρίς οιαδήποτε έννομη συνέπεια, αφού προσκομίσθηκαν όλα τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά και συνεπώς, η όποια πλημμέλεια δεν συνιστά ουσιώδη έλλειψη, αλλά συμπληρώσιμη και διορθώσιμη κατ' άρ. 102 Ν. 4412/2016 de minimis πλημμέλεια. Περαιτέρω, ο προσφεύγων επικαλείται ότι ο ... αφού ήταν υπεργολάβος του υπεργολάβου, αφενός ορθώς δεν δηλώθηκε στο ΕΕΕΣ του προσφεύγοντα, αφετέρου το ποσοστό 20% που δηλώθηκε για τη συμμετοχή του αφορά το 1% του οικονομικού φορέα ..., του οποίου είναι υπεργολάβος. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής του που αφορά τον αποκλεισμό περί μη υποβολής υπεύθυνης δήλωσης ότι δεν συνιστά εξωχώριο εταιρεία, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι δεν δύναται να επαχθεί αποκλεισμός του, λόγω της γενικής παραπομπής στην ισχύουσα σχετική νομοθεσία, αλλά θα πρέπει να περιέχεται ειδική ρήτρα περί υποβολής των οικείων δικαιολογητικών με παραπομπή στις συγκεκριμένες διατάξεις του Ν. 3310/2005 και του ΠΔ 82/1996 είτε με απαρίθμηση των συγκεκριμένων δικαιολογητικών που πρέπει να προσκομισθούν, βάσει εξάλλου των αρχών της ισότητας και της αυστηρής ερμηνείας των όρων της διακήρυξης. Εξάλλου, εν προκειμένω, σε συμμόρφωση με τον όρο 6.4 και τον όρο 7.1 του Μέρους Β της διακήρυξης, όπου γίνεται παραπομπή στις οικείες νομοθετικές διατάξεις, ο προσφεύγων τα υπέβαλε ως δικαιολογητικά συμμετοχής του, όμως ο όρος 7.1.1.1 περ. 3 ουδόλως προέβλεπε προσκόμιση υπεύθυνης δήλωσης περί του ότι ο προσφέρων δεν συνιστά εξωχώρια εταιρεία, ενώ αβασίμως η προσβαλλομένη επικαλείται τον όρο της παρ. 8 του Παραρτήματος 4 της διακήρυξης που αφορά δικαιολογητικά κατακύρωσης περί τεκμηρίωσης κριτηρίων επιλογής. Με τον τρίτο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων βάλλει ως προς τη βάση αποκλεισμού του περί μη υποβολής υπεύθυνης δήλωσης από τον δανείζοντα εμπειρία οικονομικό φορέα ..., με τον ειδικότερο ισχυρισμό ότι κατά άρ. 78 Ν. 4412/2016 και τον όρο 5.5 περ. ε' Μέρους Β της διακήρυξης, δεν προβλέπεται η οικεία υπεύθυνη δήλωση περί του ότι δεν είναι εξωχώρια εμπειρία, δικαιολογητικό που αφενός ζητείται στο στάδιο της κατακύρωσης, αφετέρου αφορά μόνο τον προσφέροντα και όχι τους τρίτους οικονομικούς φορείς. Περαιτέρω, ο προσφεύγων επικαλείται ότι αβασίμως και αλυσιτελώς η αναθέτουσα επικαλέστηκε εθνικούς λόγους αποκλεισμού για την ως άνω έλλειψη, αφού ο έλεγχος των λόγων αποκλεισμού των άρ. 73-74 Ν. 4412/2016 λαμβάνει χώρα κατά το στάδιο υποβολής δικαιολογητικών συμμετοχής δια του εντύπου ΕΕΕΣ, νομίμως συμπληρωμένου και υπογεγραμμένου. Ενώ και αν υποτεθεί ότι συνάγεται τέτοια υποχρέωση υποβολής δικαιολογητικών

Αριθμός απόφασης: Α86/2018

ονομαστικοποίησης και από τον τρίτο οικονομικό φορέα, η οικεία υπεύθυνη δήλωση περιλαμβάνεται στα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής του, ο προσφεύγων προσβάλλει τη βάση αποκλεισμού του περί αμετάφραστων εγγράφων, με τον ισχυρισμό ότι κατέθεσε στην αναθέτουσα τα οικεία πιστοποιητικά εκπροσώπησης σε έντυπη μορφή και εντός τριών εργασίμων ημερών μετά μεταφράσεώς τους στην ελληνική. Περαιτέρω, ότι η μη ηλεκτρονική υποβολή των μεταφράσεων δεν συνιστά ουσιώδη λόγο αποκλεισμού, αφού η οικεία υποχρέωση δεν ετέθη ως τέτοια από τη διακήρυξη και τα οικεία δικαιολογητικά δεν συνιστούν νομιμοποιητικά έγγραφα του τρίτου οικονομικού φορέα, αλλά εκπροσώπησης των μετόχων αυτής και επομένως δεν περιλαμβάνονται στον όρο 5.4 περ. ε2 της διακήρυξης.

2. Επειδή, (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 3,6,8/2017) εκ των διατάξεων του άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 παρ. 1 και 3 ΠΔ 39/2017 προκύπτουν τα εξής. Πρώτον, εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, δεύτερον, της διατύπωσης του όρου *“κατάλληλα μέτρα”* όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την *“καταλληλότητά”* τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, τρίτον, της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της *“καταλληλότητας”*, την επανόρθωση της εικαζόμενης παραβάσεως και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και τέταρτον, του ότι το άρ. 366 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και το άρ. 15 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 αναφέρουν ότι τα *“μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται”* στην έννοια των *“καταλλήλων μέτρων”*, συμπεραίνεται 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.

3. Επειδή, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 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 ακόλουθη έννοια. Το Κλιμάκιο κατά την κρίση του, δεν λαμβάνει υπόψη του μόνο την τυχόν επαπειλούμενη βλάβη του προσφεύγοντος, αλλά τη συνεκτιμά ως προς τα

Αριθμός απόφασης: Α86/2018

συμφέροντα οιοδήποτε τρίτου, συμπεριλαμβανομένων εξάλλου των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης), όπως και του εν γένει και εν ευρεία εννοία δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων. Επομένως, όσον αφορά την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου (όπως κατ' άρ. 372 παρ. 4 εδ. ι' Ν. 4412/2016, και άρ. 5 παρ. 5 εδ. α' του προΐσχύσαντος Ν. 3886/2010) ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη του προσφεύγοντος (όπως κατ' άρ. 52 ΠΔ 18/1989), αλλά 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 (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Α62/2017). 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 απαραδέκτου 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. 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,

Αριθμός απόφασης: Α86/2018

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 θιγόνται 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 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, 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), όπως το έννομο συμφέρον επί της εν γένει ασκήσεως του ή επί ορισμένων λόγων της προσφυγής ή ως προς την αναφορά ορισμένων ή και όλων των λόγων σε ανέλεγκτα ζητήματα σκοπιμότητας και όχι νομιμότητας, ήτοι σε ζητήματα που επαφίονται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας, 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

Αριθμός απόφασης: Α86/2018

των οικείων κανόνων άνευ χρείας ερμηνείας και επιστάμενου νομικού ελέγχου για την οικεία υπαγωγή (όπως επί παραδείγματι σε περίπτωση εκπροθέσμου άσκησης, απαράδεκτου τρόπου κατάθεσης, έλλειψης παραβόλου ή πλήρους αοριστίας) και δεν απαιτούν τη μεσολάβηση κάποιας ειδικής επιμέρους κρίσης και εκτεταμένης νομικής σκέψης.

4. 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 19099255595804160006 και ποσού ευρώ 15.000,00 όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος της 16-2-2018, το δε παράβολο φέρει την ένδειξη ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ. Περαιτέρω, η προσφυγή αφορά διαφορά αναφυόμενη από τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης άνω των ορίων που προκηρύχθηκε με την ΠΡΟΚΗΡΥΞΗ ΑΝΟΙΧΤΟΥ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΓΙΑ ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ "ΕΝΕΡΓΕΙΑΚΗ ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ - ΑΥΤΟΜΑΤΟΠΟΙΗΣΗ ΣΥΣΤΗΜΑΤΩΝ ΗΛΕΚΤΡΟΦΩΤΙΣΜΟΥ ΚΟΙΝΟΧΡΗΣΤΩΝ ΧΩΡΩΝ - ΕΦΑΡΜΟΓΕΣ SMART CITIES, ΜΕ ΕΞΟΙΚΟΝΟΜΗΣΗ ΕΝΕΡΓΕΙΑΣ ΣΤΟ ΔΗΜΟ ΣΑΡΩΝΙΚΟΥ" (CPV: 50232100-1, 45316110-9, 32441200-8, 34993000-4, 32441200-8) εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ και προαιρέσεων αξίας 12.046.480,84 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 16-11-2017 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ τη 25-1-2018 με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC002272314 την 21-11-2017 και με Μοναδικό ΑΔΑΜ 17PROC002289035 την 23-11-2017 και στο ΕΣΗΔΗΣ την 21-11-2017 με συστημικό α/α 50043. Ούτως, η Προσφυγή υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου αποστολής για δημοσίευση αυτής στην ΕΕΕΕ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV 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 παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, κοινοποίηση την 9-2-2018, άσκηση προσφυγής την 20-2-2017, ήτοι επόμενη εργάσιμη της τελευταίας της προθεσμίας ημέρας, βλ. και ΔΕφΠατρ Ασφ. 39/2017), ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε Προσφεύγων, παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της ως Προσφυγής, αφού μετείχε στον διαγωνισμό και απεκλείσθη από αυτόν δια της προσβαλλομένης και επομένως, προδήλως ευνοείται από την ακύρωσή της κατά το αντίστοιχο μέρος της. Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

Αριθμός απόφασης: Α86/2018

5. Επειδή, περαιτέρω, κατά την ανωτέρω σκ. 3, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων βάλλει κατά της προσβαλλομένης και των επιμέρους βάσεων αυτής με ισχυρισμούς, οι οποίοι δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης και επομένως απαιτούν καταρχήν εκτίμηση του περιεχομένου των εγγράφων της προσφοράς του και ερμηνεία του συναφούς νομοθετικού πλαισίου σε συνδυασμό με το γράμμα της διακήρυξης. 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 άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 38/2017.

6. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας, αλλά και κάθε έτερου διαγωνιζομένου, εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι της αξιολόγησης τεχνικών προσφορών και περαιτέρω του ανοίγματος οικονομικών προσφορών και επικύρωσης του οικείου όποιου πρακτικού, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης του αποκλεισμού από τα επόμενα στάδια προσφοράς του προσφεύγοντος, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου αξιολόγησης τεχνικών προσφορών κατά τους όρους 8.2.2 και 8.2.3 της διακήρυξης (το οποίο στάδιο είναι διακριτό αυτού των δικαιολογητικών, βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 231/2017) και του σταδίου ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών τίθεται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση του αποκλεισμού του προσφεύγοντος κατ' αποδοχή της προσφυγής, αν ενδιάμεσως έτερος διαγωνιζόμενος έχει αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος, 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 αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα των ίδιων των δικαιολογητικών του προσφεύγοντος του βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, δεδομένου ότι το προκείμενο κριτήριο ανάθεσης, κατά τους όρους 8.2.2-8.2.4 της διακήρυξης, είναι η συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης

Αριθμός απόφασης: Α86/2018

ποιότητας/τιμής, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής ενδέχεται να πλήξει τη νομιμότητα της μεσολαβήσασας αξιολόγησης τόσο των τεχνικών όσο και των οικονομικών προσφορών και την εξαγωγή μη νομίμου βαθμολόγησης τόσο της επιμέρους τεχνικής προσφοράς των έτερων διαγωνιζομένων όσο και της συνολικής προσφοράς (ήτοι την εξαγωγή της ολικής βαθμολογίας), αφού θα καταστήσει αδύνατη τη συγκρισιμότητα των τεχνικών προσφορών των έτερων διαγωνιζομένων με αυτήν του προσφεύγοντος (ο οποίος κατά τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, θα επανέλθει στον διαγωνισμό, πλην όμως ετεροχρονισμένα). Επιπλέον όμως, εν προκειμένω κατά τον μιν όρο 8.2.3 της διακήρυξης περί βαθμολόγησης τεχνικών προσφορών, που προβλέπει ότι *«Η διαφορά της βαθμολόγησης μεταξύ των υποψηφίων προκύπτει αναλογικά και ποσοστιαία με βάση το ποσοστό της αριθμητικής διαφοράς που προκύπτει από τον προσφέροντα την υψηλότερη τιμή εξοικονόμησης, αριθμητικά ο οποίος και παίρνει αντίστοιχα στη βαθμολόγηση του κριτηρίου αυτού τιμή το 120. Η τιμή βάσης 100 του κριτηρίου είναι το ελάχιστο ποσοστό εξοικονόμησης που προβλέπεται στη Προκήρυξη, δηλαδή 50% εξοικονόμηση ενεργειακής κατανάλωσης με βάση την υφιστάμενη κατάσταση.»* η βαθμολογία εκάστου προσφέροντος διαμορφώνεται μεταξύ άλλων και δη όσον αφορά το πέραν και επιπλέον του 100 μέρος του βαθμού, από τον προσφέροντα την υψηλότερη εξοικονόμηση και συνεπώς η αξιολόγηση και βαθμολόγηση τεχνικών προσφορών, ήτοι κάθε επιμέρους τεχνικής προσφοράς εκάστου προσφέροντος είναι φύσει συγκριτική και σχετική και εξαρτάται άμεσα από την ταυτότητα και τα χαρακτηριστικά των λοιπών αξιολογούμενων τεχνικών προσφορών και επομένως, η τυχόν ακύρωση του αποκλεισμού του προσφεύγοντος, ενώ ενδιάμεσως έχει ολοκληρωθεί η αξιολόγηση των λοιπών προσφορών, ενδέχεται να επηρεάσει τη βαθμολόγηση κάθε επιμέρους τεχνικής προσφοράς (αφού αυτή δεν θα βαθμολογηθεί με βάση και την τεχνική προσφορά του προσφεύγοντος, η λήψη υπόψη όμως της οποίας ενδέχεται να μεταβάλει τις επιμέρους βαθμολογίες των λοιπών μετεχόντων) και συνεπώς να καταστήσει την αξιολόγηση και βαθμολόγηση τεχνικών προσφορών εν όλω άκυρη. Εξάλλου, τα ίδια ισχύουν και για τη βαθμολόγηση της οικονομικής προσφοράς, η οποία ομοίως εξαρτάται και είναι επομένως σχετική και συγκριτική ως προς τις λοιπές οικονομικές προσφορές, αφού κατά τον όρο 8.2.4 της διακήρυξης προβλέπεται ότι *«Βαθμολόγηση Οικονομικής Προσφοράς (Συνολική Βαρύτητα 30%): Οι Οικονομικές Προσφορές βαθμολογούνται σε εκατοντάβαθμια κλίμακα και προκύπτουν από το έντυπο της Οικονομικής Προσφοράς του Παραρτήματος 2. Πιο συγκεκριμένα η βαθμολογία ΒΟΠι της κάθε Οικονομικής Προσφοράς ΟΠι ισούται με το λόγο του χαμηλότερου συνολικού προσφερόμενου κόστους για τον Δήμο (ΣΠΚ)min, προς το Βαθμολογούμενο Προσφερόμενο Συνολικό*

Αριθμός απόφασης: Α86/2018

Κόστος για τον Δήμο, που προκύπτει από την Οικονομική Προσφορά (ΣΠΚ)_i ,ως ακολούθως : $ΒΟΠ_i = 100 \times (\Sigma ΠΚ)_{min} / (\Sigma ΠΚ)_i$, όπου: α. ΣΠΚ_{min} είναι το μικρότερο υποβληθέν προσφερόμενο συνολικό κόστος για τον Δήμο (προκύπτει από το άθροισμα του Συνολικού Οικονομικού Οφέλους του Αναδόχου (Α) και του Συνολικού κόστους Ενεργειακής κατανάλωσης του Δήμου (Β), ενώ β. ΣΠΚ_i είναι το βαθμολογούμενο Συνολικό Προσφερόμενο Κόστος για το Δήμο (ΣΠΚ_i), που προκύπτει αντίστοιχα από το άθροισμα του προσφερόμενου Οικονομικού Οφέλους του Αναδόχου (Α) και του προσφερόμενου Συνολικού Κόστους Ενεργειακής κατανάλωσης του Δήμου (Β). Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο δεκαδικό ψηφίο. Ο συντελεστής βαρύτητας της βαθμολογίας της Οικονομικής Προσφοράς ορίζεται σε $ΥΟΠ = 30\%$ ». Επομένως, η πρόοδος της διαδικασίας σε οιοδήποτε εκ των ως άνω σταδίων, ενδέχεται να καταστήσει αυτόθροα μη νόμιμη τόσο όποια επιμέρους και ανά αυτοτελές στάδιο πράξη και κρίση, όσο και την όποια τελική βαθμολόγηση, η οποία λαμβάνει χώρα κατά τον όρο 8.2.5 της διακήρυξης σύμφωνα με τον οποίο «Η τελική αξιολόγηση θα γίνει με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από Οικονομική Άποψη Προσφορά. Η συνολική βαθμολογία Α για κάθε διαγωνιζόμενο προκύπτει από τον παρακάτω τύπο: $A = 0,30 \cdot ΟΠ + 0,70 \cdot T$. Ο προκύπτων βαθμός στρογγυλοποιείται στο δεύτερο (2ο) δεκαδικό ψηφίο. Ο διαγωνιζόμενος με την υψηλότερη βαθμολογία Α ανακηρύσσεται προσωρινός Ανάδοχος. Σε περίπτωση ισοδύναμων προσφορών, η Αναθέτουσα Αρχή επιλέγει τον προσφέροντα με τη μεγαλύτερη βαθμολογία Τεχνικής Προσφοράς. Σε περίπτωση ισοβαθμίας και ως προς την Τεχνική Προσφορά, η Αναθέτουσα Αρχή επιλέγει τον προσφέροντα με κλήρωση μεταξύ των Οικονομικών Φορέων που υπέβαλαν τις ισοδύναμες Τεχνικές Προσφορές.» και ούτως θα καταστεί μη νόμιμη και η ανάδειξη προσωρινού αναδόχου τόσο λόγω ακυρότητας των ενδιάμεσων βαθμολογήσεων τεχνικής και οικονομικής προσφοράς, όσο και διότι η ανάδειξη προσωρινού αναδόχου σε περίπτωση ισοδυναμίας εξαρτάται από την, κατά τα ως άνω εξαρτώμενη από τις έτερες αξιολογούμενες τεχνικής προσφορές, βαθμολόγηση τεχνικής προσφοράς. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 206/20-2-2018 Πράξεως του Προέδρου του Κλιμακίου για την 6-3-2018, 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,

Αριθμός απόφασης: Α86/2018

διαφοράς.

7. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του ειδικότερου περιεχομένου του υ αιτήματος του προσφεύγοντος δεδομένης της κατά την ως άνω σκ. 2, αυτεπάγγελτης εξουσίας του Κλιμακίου επί της απόφασης διαταγής ως και της διαμόρφωσης του περιεχομένου του ανά περίπτωση προσωρινού μέτρου, 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 αξιολόγησης τεχνικών προσφορών, ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών και τελικής βαθμολόγησης προσφορών, ως και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου και κατακύρωσης επ' αυτής, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση οιασδήποτε 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 του αποκλεισμού του προσφεύγοντος, επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα καταστούν αυτοδικαίως άκυρες.

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο Αίτημα Αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας διατάσσοντας ειδικότερα την αναστολή του σταδίου αξιολόγησης τεχνικών προσφορών, ανοίγματος και αξιολόγησης οικονομικών προσφορών ως και τελικής εξαγωγής βαθμολογίας προσφορών και μεταξύ τους κατάταξης, ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, πρόσκλησης σε προσωρινό ανάδοχο προς υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και κατακύρωσης έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα και όλα τα σχετιζόμενα με τη Διαγωνιστική Διαδικασία όργανα αυτής, όπως άμεσα ματαιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης

Αριθμός απόφασης: Α86/2018

του Κλιμακίου επί της Προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφασή και εν γένει ενέργειά τους περί την αξιολόγηση τεχνικών προσφορών, την αποσφράγιση και 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 αποφασίσθηκε στις 20-2-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ