

Αριθμός απόφασης: Α 141 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 29 Μαρτίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής - δυνάμει της με αρ. 444/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 353/21-03-2019 Προδικαστική Προσφυγή της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στη, επί της οδού αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενης (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα»).

Κατά του, που εδρεύει στο, επί της οδού, αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενου (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «.....» ή «ΑΑ») και κατά όρων της με αριθμ. (και με αριθμό Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:) Διακήρυξης ανοικτής ηλεκτρονικής διαγωνιστικής διαδικασίας άνω των ορίων με σκοπό τη σύναψη σύμβασης, προς κάλυψη των ενεργειακών αναγκών τόσο του ιδίου του όσο και των νομικών του προσώπων, συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού 766.64,50 ευρώ (περιλαμβανομένου ΦΠΑ και του δικαιώματος προαίρεσης) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει (χαμηλότερης) τιμής για τη συνολική εκτιμώμενη αξία της προκηρυχθείσας προμήθειας (εφεξής

Αριθμός απόφασης: Α 141 / 2019

«προσβαλλόμενη διακήρυξη» ή «διακήρυξη»), για τους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, με τη με αριθμ. (και με αριθμό Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:) Διακήρυξη ο προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με σκοπό τη σύναψη σύμβασης, προς κάλυψη των ενεργειακών αναγκών τόσο του ιδίου του όσο και των νομικών του προσώπων και ειδικότερα, του, σύμφωνα με τη με αριθμό Μελέτη της Διεύθυνσης Τεχνικών του Υπηρεσιών, συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού 452.300,00€, χωρίς ΦΠΑ, πλέον απροβλέπτων (δικαιώματος προαίρεσης) ανερχόμενων στο 50% της ενδεικτικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, ήτοι σε ποσό 226.150,00€ και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει (χαμηλότερης) τιμής για τη συνολική εκτιμώμενη αξία της προκηρυχθείσας προμήθειας. Προσφορές ορίστηκε ότι δικαιούται κάθε διαγωνιζόμενος να υποβάλει για το σύνολο της προμήθειας (τόσο για τοόσο και για το σύνολο των νομικών του προσώπων). Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών τέλος ορίζεται η 08-04-2019 και ώρα 15:00:00.

2. Επειδή, με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 21-03-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, ο προσφεύγων, πέραν του αιτήματος να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης και εν τέλει και η ίδια η διακήρυξη, αιτείται και να ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του. Και τούτο, διότι οι προσβαλλόμενοι όροι οδηγούν μετά βεβαιότητας και αδικαιολόγητα στον αποκλεισμό του, ορισμένοι δε, λόγω της ασάφειάς τους και των σφαλμάτων

Αριθμός απόφασης: Α 141 / 2019

τα οποία έχουν υιοθετήσει, δημιουργούν, αφενός, ανατιολόγητα εμπόδια στους συμμετέχοντες αναφορικά με τη δυνατότητα σύνταξης της οικονομικής προσφοράς τους, κίνδυνο αλλοίωσης των προσφορών, άνισης μεταχείρισης των προσφερόντων, αλλά και δυσχερούς εξέτασης κα αξιολόγησης αυτών εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 3.392,25€, το οποίο, μάλιστα, υπερβαίνει το προβλεπόμενο στην παρ. 1 των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017 ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας άνευ ΦΠΑ δαπάνης του διαγωνισμού κατά 1.131,00€ (= 3.392,50 - 2.261,50). Και τούτο, διότι ως βάση για τον υπολογισμό του λαμβάνεται υπόψη η προϋπολογισθείσα δαπάνη συμβάσεως, στην ανάθεση της οποίας κατατείνει μετά βεβαιότητας η διαγωνιστική διαδικασία, και όχι η δαπάνη που αντιστοιχεί στο δικαίωμα προαίρεσης της σύμβασης, η ενδεχόμενη άσκηση του οποίου επαφίεται στη διακριτική ευχέρεια της αναθέτουσας αρχής, και, ως εκ τούτου, είναι αβέβαιο εάν και μέχρι ποιου ύψους το δικαίωμα αυτό θα ασκηθεί (ΕΑ ΣΤΕ 187/2017, 10/2017, Δ.Εφ.Κομ. Ν43/2017). Δοθέντος ότι το καταβληθέν παράβολο φαίνεται ότι υπολογίστηκε ως ποσοστό 0,5% επί συνολικής, χωρίς ΦΠΑ, αξίας ανερχόμενης στα 678.450,00€, στην οποία, εκτός της δαπάνης, χωρίς ΦΠΑ, για την δημοπρατούμενη σύμβαση ύψους 452.300,00€, συμπεριλαμβάνεται και η δαπάνη για τα απρόβλεπτα (δικαίωμα προαίρεσης) ανώτατου ύψους 226.150,00€, συνακόλουθα, το ποσό του παραβόλου που αναλογεί στη δαπάνη των απροβλέπτων (226.150,00€ X 0,5% =) 1.131,00€ καταβλήθηκε αχρεώστητα και πρέπει να επιστραφεί.

4. Επειδή, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

Αριθμός απόφασης: Α 141 / 2019

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ (452.300,00€) και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης της σύμβασης για δημοσίευση στην επίσημη εφημερίδα της ΕΕ την 04-03-2019) εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς καταλαμβάνεται και από τις διατάξεις του ν. 4412/2016, με τον οποίο ενσωματώθηκε η ως άνω οδηγία στο εθνικό δίκαιο και συγκεκριμένα από τις διατάξεις του Βιβλίου Ι του νόμου αυτού. Συνακόλουθα, η κρινομένη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του ν. 412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (α/α. Συστήματος), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α του ν. 4412/2016, αφού η πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης έλαβε χώρα την 14^η Μαρτίου του έτους 2019, όπως ο ίδιος ο προσφεύγων συνομολογεί στην προσφυγή του και η υπό εξέταση προσφυγή κατατέθηκε ηλεκτρονικά και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ την 21^η Μαρτίου του ίδιου έτους, πριν ακόμη μάλιστα εκκινήσει η κατά τις πιο πάνω διατάξεις δεκαήμερη προθεσμία από την τεκμαιρόμενη γνώση της, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 07-03-2019.

7. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι λόγω του αντικειμένου της δραστηριότητάς του, ήτοι της άσκησης αποκλειστικώς της δραστηριότητας προμήθειας ηλεκτρικού ρεύματος και φυσικού αερίου κατά τα οριζόμενα στο ν. 4001/2011, προτίθεται να λάβει μέρος στον επίμαχο προκηρυχθέντα διαγωνισμό. Συνακόλουθα, με έννομο συμφέρον προσβάλλει όρους της

Αριθμός απόφασης: Α 141 / 2019

επίμαχης διακήρυξης, διότι, μολονότι έχει πρόθεση να συμμετέχει στον διαγωνισμό, πληροί δε τα κριτήρια για την συμμετοχή του σε αυτόν, ωστόσο, κατά τους ισχυρισμούς τους ένεκα των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης αποκλείεται η συμμετοχή του στο διαγωνισμό ή πάντως δυσχεραίνεται ουσιωδώς η συμμετοχή του σε αυτόν.

8. Επειδή, στην προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι: 1) μη νόμιμα με την παράγραφο 11.5 του άρθρου 11 της διακήρυξης περί κριτηρίων επιλογής και προτύπων διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης, ζητείται οι συμμετέχοντες στον ως άνω διαγωνισμό να διαθέτουν σε ισχύ πιστοποιητικά περιβαλλοντικής διαχείρισης EN 150 14001:2015 ή ισοδύναμο και γ) ασφάλειας και υγείας προσωπικού OHSAS 18001:2007 ή ισοδύναμο, για την προμήθεια φυσικού αερίου. 2) οι όροι που περιέχονται στην περίπτωση Β του άρθρου 12 της προσβαλλόμενης που φέρει τον τίτλο «ΥΠΟΦΑΚΕΛΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» βάσει των οποίων θα συνταχθεί και υποβληθεί η οικονομική προσφορά των συμμετεχόντων προκαλούν ασάφεια ως προς τρόπο σύνταξης της οικονομικής προσφοράς εκ μέρους του συμμετέχοντος, καθώς και τον τρόπο ανάδειξης του αναδόχου. 3) ο περιεχόμενος στην ίδια περίπτωση στο ίδιο ως άνω άρθρο μαθηματικός τύπος βάσει του οποίου θα γίνει η σύγκριση των οικονομικών προσφορών από την αναθέτουσα αρχή και επιπλέον, δίδονται πληροφορίες για την ανάλυση της προσφερόμενης τιμής, είναι εσφαλμένος, πλήρως ασαφής και αόριστος, με αποτέλεσμα, αφενός να δυσχεραίνει τον οικονομικό φορέα στη σύνταξη μιας ορθής οικονομικής προσφοράς και αφετέρου, να διαμορφώνει συνθήκες που στρεβλώνουν τον υγιή ανταγωνισμό, δίνοντας τη δυνατότητα υποβολής εικονικών περιθωρίων κέρδους στους συμμετέχοντες, τέλος δε, 4) ο οριζόμενος στην παράγραφο 25.5 του άρθρου 25 της προσβαλλόμενης διακήρυξης τρόπος διενέργειας ποιοτικού ελέγχου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής στο φυσικό αέριο και δη μακροσκοπικός, είναι μη νόμιμος, αντίκειται στις ισχύουσες διατάξεις του Κώδικα Διαχείρισης ΕΣΦΑ (ΦΕΚ Β' 788/2018) και ειδικότερα, στο Παράρτημα Ι αυτού.

Αριθμός απόφασης: Α 141 / 2019

9. Επειδή, μετά ταύτα, ο προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

10. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και κατόπιν επισκόπησης της διακήρυξης, η υπό εξέταση προσφυγή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι πέραν των προϋποθέσεων του παραδεκτού που αυτή πληροί, επιπλέον, τουλάχιστον ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί μη νόμιμης θέσπισης υποχρέωσης οι συμμετέχοντες στον ως άνω διαγωνισμό να διαθέτουν σε ισχύ πιστοποιητικό ασφάλειας και υγείας προσωπικού OHSAS 18001:2007 ή ισοδύναμο, για την προμήθεια φυσικού αερίου, δεν μπορεί να απορριφθεί ως προδήλως αβάσιμος, διότι δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι δεν σχετίζεται ή ότι δεν είναι ανάλογο με την υπό δημοπράτηση προμήθεια και θέτει αδικαιολόγητα εμπόδια στη συμμετοχή οικονομικών φορέων στο διαγωνισμό, κατά παράβαση της ίσης μεταχείρισης και του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Οριστική κρίση, ωστόσο, επί της ουσίας τόσο επί του πιο πάνω αναφερθέντος όσο και επί των λοιπών ισχυρισμών του προσφεύγοντος φορέα δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

11. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του Ν. 4412/2016 και 15 του Π.Δ. 39/2017, η Α.Ε.Π.Π. με απόφασή της μπορεί να διατάσσει προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, κατά τρόπο, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, δοθέντος ότι η καταληκτική ημερομηνία για την υποβολή προσφορών στο διαγωνισμό (08-04-2019) έχει οριστεί ενωρίτερον από την προβλεπόμενη ημερομηνία κατά την οποία θα έχει εκδοθεί απόφαση επί της υπό εξέταση προσφυγής, συντρέχει περίπτωση εν προκειμένω να ληφθούν μέτρα προσωρινής

Αριθμός απόφασης: Α 141 / 2019

προστασίας. Και τούτο, διότι μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας σε βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων και της αναθέτουσας αρχής ακόμη τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις με αρ. πρωτ. 10099/28-03-2019 απόψεις της, πέραν της αντίκρουσης των λόγων της υπό εξέταση προσφυγής, δεν διαλαμβάνει ότι υφίστανται λόγοι δημοσίου συμφέροντος για την μη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας, ούτε επικαλείται ζημία της από την ολιγοήμερη καθυστέρηση στη διενέργεια του διαγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008).

13. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας και, ιδίως, η αναστολή της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό εξέταση προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: Α 141 / 2019

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού και δη την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στο διαγωνισμό (με αριθμό Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ:) που προκήρυξε ο με σκοπό τη σύναψη σύμβασης, προς κάλυψη των ενεργειακών αναγκών τόσο του ιδίου του όσο και των νομικών του προσώπων.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 29 Μαρτίου 2019, συντάχθηκε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε την 01^η Απριλίου 2019 στον ίδιο τόπο.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης