

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 16 Μαρτίου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη Πρόεδρο, Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 207/05-03-2017 Προδικαστική Προσφυγή του ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....», η οποία στρέφεται κατά της εκδοθείσας - μέσα στο πλαίσιο της με αριθμό 419 ΠΕΕ/16-08-2017 διακήρυξης ανοιχτής τακτικής Δημοπρασίας για την Λειτουργία των Κολυμβητικών Δεξαμενών του ΟΠΑΝΔΑ, με αύξοντα αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ 45303,1- από 22-02-2018 απόφασης της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού με τίτλο «ανακοίνωση – πρόσκληση», δια της οποίας αποφασίζεται η παράταση ισχύος των προσφορών για 60 ημέρες, ήτοι έως 25-04-2018 (εφεξής προσβαλλόμενη πράξη), κατά κάθε άλλης επόμενης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής που στηρίζεται στην ανωτέρω απόφαση και κατά της παράλειψης έκδοσης διαπιστωτικής πράξης ματαίωσης του Διαγωνισμού. Σημειώνεται ότι η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ και χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 06-03-2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής.

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ ΑΘΛΗΤΙΣΜΟΥ & ΝΕΟΛΑΙΑΣ ΔΗΜΟΥ ΑΘΗΝΑΙΩΝ» που εδρεύει

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

στον Δήμο Αθηναίων, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής Αναθέτουσα Αρχή ή ΑΑ).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Νεκταρία – Πηνελόπη
Ταμανίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά το εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχουν προσκομιστεί το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 19351091095804300006 ποσού 999,00 Ευρώ, που αντιστοιχεί στο ελάχιστο προβλεπόμενο ποσό παραβόλου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α΄ 64), δεδομένου ότι το προβλεπόμενο ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης των τμημάτων του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό των €199.800,00 πλέον ΦΠΑ 24%, ενώ το ανωτέρω ποσό περιλαμβάνει την αξία προαίρεσης ποσού € 18.500,00 πλέον ΦΠΑ 24%, το οποίο πληρώθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τον πιο πάνω κωδικό e-παραβόλου αυτόματης δέσμευσης, του οποίου προσκομίστηκε εκτυπωμένη σελίδα με κατάσταση «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)».

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

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

3. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του αντικειμένου της (προμήθεια), δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι Ν. 4412/2016 και με συνολική εκτιμώμενη αξία €199.800,00 Ευρώ, χωρίς ΦΠΑ, δεν υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και συνεπώς κατά τις οικείες διατάξεις του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 υπάγεται στην δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της (κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα, μέσω της διαλειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. (Α/Α: 45303,1) την 22-02-2018 και ο προσφεύγων άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή με κατάθεσή της στον ίδιο ηλεκτρονικό τόπο, την 02-03-2018, ήτοι επομένως εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ.

5. Επειδή δυνάμει της με αριθμό 419 Π.Ε.Ε./16-08-2017 Διακήρυξης του ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΥ ΠΟΛΙΤΙΣΜΟΥ ΑΘΛΗΤΙΣΜΟΥ & ΝΕΟΛΑΙΑΣ ΔΗΜΟΥ ΑΘΗΝΑΙΩΝ προκηρύχθηκε ανοικτός Δημόσιος Διαγωνισμός με αντικείμενο την «Λειτουργία των κολυμβητικών δεξαμενών του Ο.Π.Α.Ν.Δ.Α.». Πιο συγκεκριμένα οι υπό προμήθεια υπηρεσίες περιλαμβάνουν εργασίες καθαρισμού των κολυμβητικών δεξαμενών με την χρήση των καταλλήλων μηχανημάτων καθώς και την προμήθεια χημικών για την απολύμανση και χημική ισορροπία του νερού και την συντήρηση των ηλεκτρομηχανολογικών

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

εγκαταστάσεων (εναλλάκτες, αντλίες, καυστήρες, λέβητες, συσκευές χλωρίωσης – χημικών και επισκευές όπου αναφέρονται). Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) :92610000-0 «Υπηρεσίες λειτουργίας αθλητικών εγκαταστάσεων». Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των €199.800,00 πλέον ΦΠΑ 24 % ανερχομένου σε €47.952,00, ήτοι συνολικά €247.752,00. Το ανωτέρω ποσό περιλαμβάνει την αξία προαίρεσης ποσού € 18.500,00 πλέον ΦΠΑ 24% ανερχομένου σε €4.440,00 ήτοι συνολικά €22.940,00. Η Αναθέτουσα Αρχή δικαιούται να ασκήσει το δικαίωμα προαίρεσης με έγγραφη δήλωση προς τον ανάδοχο για οποιαδήποτε από τα παραδοτέα είδη και υπηρεσίες, κατά την απόλυτη διακριτική της ευχέρεια, για διάστημα 3 μηνών, μέχρις εξάντλησης του ποσού της σύμβασης. Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε 12 μήνες από την επομένη της υπογραφής της σύμβασης. Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής για το σύνολο των υπηρεσιών/προμηθειών. Η προκήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 02-08-2017 και έλαβε συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 45303,1. Δυνάμει του άρθρου 1.5 της επίδικης Διακήρυξης ορίστηκε ως καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών είναι η 19-09-2017 και ώρα 15:30, ενώ δυνάμει του άρθρου 3 (της επίδικης Διακήρυξης) με τίτλο «Διενέργεια Διαδικασίας – Αξιολόγηση Προσφορών» και συγκεκριμένα σύμφωνα με την παράγραφο «3.1.1 Ηλεκτρονική αποσφράγιση προσφορών» ορίστηκε ότι η ηλεκτρονική αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» θα λάβει χώρα την 25/9/17 και ώρα 12:00 και η ηλεκτρονική αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Οικονομική Προσφορά» και του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά κατακύρωσης» θα λάβουν χώρα κατά την ημερομηνία και ώρα που θα ορίσει η αναθέτουσα αρχή. Στον Διαγωνισμό συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς καταθέτοντας εμπρόθεσμα προσφορές και

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

συγκεκριμένα: 1. «.....» και προσφεύγων με συστημικό αριθμό προσφοράς 75433/18-09-2017, 2. «.....» με συστημικό αριθμό προσφοράς 74594/19-09-2017 & 3. «.....» με συστημικό αριθμό προσφοράς 74661/19-09-2017. Εν συνεχεία και αφού αποσφραγίσθηκαν και αξιολογήθηκαν οι τεχνικές προσφορές του Διαγωνισμού, η Εκτελεστική Επιτροπή του ΟΠΑΝΔΑ εξέδωσε την με αριθμό 472/2017 απόφασή της, δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ότι και οι τρεις ως άνω οικονομικοί φορείς συμμετέχουν στο επόμενο στάδιο του Διαγωνισμού, δηλαδή στο άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, το οποίο θα λάβει χώρα την 09-10-2017. Περαιτέρω και αφού αποσφραγίσθηκαν και αξιολογήθηκαν οι οικονομικές προσφορές του Διαγωνισμού, η Εκτελεστική Επιτροπή του ΟΠΑΝΔΑ εξέδωσε την με αριθμό 492/2017 απόφασή της, δυνάμει της οποίας αναδείχθηκε ως προσωρινός μειοδότης ο οικονομικός φορέας «.....» και προσφεύγων με συνολική τιμή 165.019,20 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Σε εκτέλεση της ανωτέρω απόφασης η Αναθέτουσα Αρχή μέσω της ηλεκτρονικής επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ απέστειλε σχετικό έγγραφο της Διεύθυνσης Οικονομικού, Τμήμα Προμηθειών Υλικών, Εξοπλισμού & Υπηρεσιών στον προσωρινό μειοδότη «.....» και ήδη προσφεύγοντα με το οποίο τον ενημέρωνε ότι αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος και τον προσκαλούσε όπως υποβάλλει επί ποινή αποκλεισμού, εντός προθεσμίας, που δεν μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα (10) ημερών από την αποστολής του παρόντος, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που περιγράφονται στα άρθρα της επίδικης διακήρυξης. Εντωμεταξύ, την 24-10-2017 δημοσιεύθηκε η με αριθμό 96/2017 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. (6^ο Κλιμάκιο) επί Προδικαστικής Προσφυγής ασκηθείσας από τον έτερο οικονομικό φορέα «.....», η οποία (απόφαση) όριζε στο διατακτικό της: *«Δέχεται εν όλω την Προδικαστική Προσφυγή ως προς κάθε αίτημα, προσβαλλόμενο κεφάλαιο και σκέλος της. Απορρίπτει την παρέμβαση.*

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

Ακυρώνει την Απόφαση 472/06-10-2017 της Εκτελεστικής Επιτροπής του Οργανισμού Πολιτισμού Νεολαίας και Άθλησης του Δήμου Αθηναίων κατά το σκέλος που αυτή αποδέχθη την προσφορά και ενέκρινε την συμμετοχή στο επόμενο στάδιο ανοίγματος οικονομικών προσφορών α. του οικονομικού φορέα «.....» και β. του οικονομικού φορέα «.....». Ακυρώνει την Απόφαση 492/09-10-2017 της Εκτελεστικής Επιτροπής του Οργανισμού Πολιτισμού Νεολαίας και Άθλησης του Δήμου Αθηναίων και το συμπροσβαλλόμενο με αυτήν και ενσωματούμενο σε αυτήν Πρακτικό υπ' αρ. 2 της Επιτροπής Παραλαβής και Αποσφράγισης προσφορών του ίδιου ως άνω Διαγωνισμού, κατά το σκέλος τους με το οποίο ο οικονομικός φορέας «.....» κρίθηκε ως νομίμως μετέχων στο στάδιο οικονομικών προσφορών και περαιτέρω κατετάγη πρώτος μειοδότης και ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του Διαγωνισμού και κατά το σκέλος με το οποίο ο οικονομικός φορέας «.....» κρίθηκε ως νομίμως μετέχων στο στάδιο οικονομικών προσφορών και τρίτος μειοδότης. Ακυρώνει κάθε επόμενη πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας που στηρίζεται στις ως άνω αποφάσεις Εκτελεστικής Επιτροπής. Κηρύσσει ως αποκλεισθέντες τους οικονομικούς φορείς α. «.....» και β. «.....» και τις προσφορές τους από τον Διαγωνισμό ήδη από το στάδιο ανοίγματος τεχνικών προσφορών – δικαιολογητικών. Κηρύσσει τον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα «.....» ως μόνο νομίμως μετέχοντα στο στάδιο οικονομικών προσφορών και κρίνει την δική του προσφορά ως την μόνη αποδεκτή ήδη κατά το στάδιο των τεχνικών προσφορών – δικαιολογητικών ως και κατά το στάδιο των οικονομικών προσφορών. Ανακηρύσσει τον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα «.....» προσωρινό ανάδοχο του Διαγωνισμού και αποφαίνεται την προσωρινή κατακύρωση του διαγωνισμού σε αυτόν. Διατάσσει την Αναθέτουσα όπως άμεσα καλέσει τον προσφεύγοντα προς υποβολή δικαιολογητικών οριστικής

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

κατακύρωσης. ...». Κατόπιν των ανωτέρων και σε συμμόρφωση της απόφασης της ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή την 25-10-2017, απέστειλε μέσω της ηλεκτρονικής επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ σχετικά έγγραφα της Διεύθυνσης Οικονομικού, Τμήμα Προμηθειών Υλικών, Εξοπλισμού & Υπηρεσιών: α. στον «.....» και ήδη προσφεύγοντα με τα οποία τον ενημέρωνε ότι δυνάμει της προρρηθείσας απόφασης της ΑΕΠΠ αποκηρύχθηκε από προσωρινός ανάδοχος και τον προσκαλούσε όπως παραλάβει τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, και β. στον «.....», με τα οποία τον ενημέρωνε ότι αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος και τον προσκαλούσε όπως υποβάλλει επί ποινή αποκλεισμού, εντός προθεσμίας, που δεν μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα (10) ημερών από την αποστολής του παρόντος, τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που περιγράφονται στα άρθρα της επίδικης διακήρυξης. Την 15-11-2017 η Εκτελεστική Επιτροπή του ΟΠΑΝΔΑ εξέδωσε την με αριθμό 554/2017 απόφασή της, δυνάμει της οποίας ορίστηκε ότι η αποσφράγιση του υπό φακέλου «Δικαιολογητικά κατακύρωσης» θα λάβει χώρα την 17-11-2017. Την 30-11-2017 συζητήθηκε ενώπιον του Τριμελούς Διοικητικού Εφετείου Αθηνών αίτηση αναστολής κατ' άρθρο 372 του Ν. 4412/2016 του προσφεύγοντα, στρεφόμενη κατά της με αριθμό 96/2017 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. (6^ο Κλιμάκιο) και αναμένεται η έκδοση δικαστικής απόφασης.

6. Επειδή από τον συνδυασμό του άρθρου 3.1.1 «Ηλεκτρονική αποσφράγιση προσφορών» της επίδικης Διακήρυξης, που ορίζει ως ημεροχρονολογία για την ηλεκτρονική Αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» την 25/9/17, με το άρθρο 2.4.5 της επίδικης Διακήρυξης, όπου ορίζεται ότι: «Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα 90 ημερών από την επόμενη της διενέργειας του διαγωνισμού (αποσφράγιση φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής»-«Τεχνική Προσφορά». Προσφορά η

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

οποία ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ανωτέρω προβλεπόμενο απορρίπτεται. Η ισχύς της προσφοράς μπορεί να παρατείνεται εγγράφως, εφόσον τούτο ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, πριν από τη λήξη της, με αντίστοιχη παράταση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 72 παρ. 1 α του ν. 4412/2016 και την παράγραφο 2.2.2. της παρούσας, κατ' ανώτατο όριο για χρονικό διάστημα ίσο με την προβλεπόμενη ως άνω αρχική διάρκεια. Μετά τη λήξη και του παραπάνω ανώτατου ορίου χρόνου παράτασης ισχύος της προσφοράς, τα αποτελέσματα της διαδικασίας ανάθεσης ματαιώνονται, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή κρίνει, κατά περίπτωση, αιτιολογημένα, ότι η συνέχιση της διαδικασίας εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, οπότε οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία μπορούν να επιλέξουν είτε να παρατείνουν την προσφορά και την εγγύηση συμμετοχής τους, εφόσον τους ζητηθεί πριν την πάροδο του ανωτέρω ανώτατου ορίου παράτασης της προσφοράς τους είτε όχι. Στην τελευταία περίπτωση, η διαδικασία συνεχίζεται με όσους παρέτειναν τις προσφορές τους και αποκλείονται οι λοιποί οικονομικοί φορείς», προκύπτει ότι οι προσφορές του εν θέματι Διαγωνισμού καταρχήν ισχύουν μέχρι την 24-12-2017. Με δεδομένο όμως ότι τίθεται εν αμφιβόλω η ισχύς της με αριθμό 96/2017 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. (6^ο Κλιμάκιο), καθόσον εκκρεμεί η κατά τα ανωτέρω ασκηθείσα αίτηση αναστολής και η επ' αυτής έκδοση δικαστικής απόφασης, (ενώ οι προσφορές του επίδικου Διαγωνισμού ισχύουν καταρχήν μέχρι την 24-12-2017), η Επιτροπή Αξιολόγησης του επίδικου Διαγωνισμού απέστειλε την 07-12-2017 – ήτοι σε χρόνο όπου οι επίδικες προσφορές ήταν εν ισχύ - μέσω της ηλεκτρονικής επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ έγγραφο με τίτλο «ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗ – ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΤΗΣ ΑΡΜΟΔΙΑΣ ΤΡΙΜΕΛΟΥΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ» προς τους τρεις συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς με το εξής περιεχόμενο: «Επειδή εκπνέει σύντομα ο χρόνος ισχύος των τεχνικών και οικονομικών προσφορών για τον διαγωνισμό «ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΚΟΛΥΜΒΗΤΙΚΩΝ ΔΕΞΑΜΕΝΩΝ ΤΟΥ ΟΠΑΝΔΑ»

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

και για να ολοκληρωθούν οι διαδικασίες αξιολόγησης των προσφορών, κρίνεται απαραίτητη η παράταση της ισχύος των προσφορών για 60 ημέρες (άρ. 2.4.5 της διακήρυξης και άρ. 97 του ν. 4412/16). Παρακαλούμε να μας απαντήσετε άμεσα (μέσω ΕΣΗΔΗΣ) αν αποδέχεστε την παράταση της ισχύος της προσφοράς σας για 60 ημέρες ήτοι 25/2/2018». Σημειώνεται ότι και οι τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και ο προσφεύγων, παρέτειναν την ισχύ των προσφορών τους μέχρι την 25-02-2018. Την 22-02-2018, ήτοι σε χρόνο όπου οι επίδικες προσφορές ήταν εν ισχύ κατόπιν της ανωτέρω παράτασης, και ενόσω ακόμη εκκρεμούσε η κατά τα ανωτέρω ασκηθείσα αίτηση αναστολής και η επ' αυτής έκδοση δικαστικής απόφασης, η Επιτροπή Αξιολόγησης του επίδικου Διαγωνισμού απέστειλε εκ νέου μέσω της ηλεκτρονικής επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ έγγραφο με τίτλο «ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗ – ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΤΗΣ ΑΡΜΟΔΙΑΣ ΤΡΙΜΕΛΟΥΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ» - και ήδη προσβαλλομένη με την παρούσα - προς τους τρεις συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς με το εξής περιεχόμενο: «Επειδή εκπνέει σύντομα ο χρόνος ισχύος των τεχνικών και οικονομικών προσφορών για τον διαγωνισμό «ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΚΟΛΥΜΒΗΤΙΚΩΝ ΔΕΞΑΜΕΝΩΝ ΤΟΥ ΟΠΑΝΔΑ» και για να ολοκληρωθούν οι διαδικασίες αξιολόγησης των προσφορών, κρίνεται απαραίτητη η παράταση της ισχύος των προσφορών για 60 ημέρες (άρ. 2.4.5 της διακήρυξης και άρ. 97 του ν. 4412/16). Παρακαλούμε να μας απαντήσετε άμεσα (μέσω ΕΣΗΔΗΣ) αν αποδέχεστε την παράταση της ισχύος της προσφοράς σας για 60 ημέρες ήτοι 25/4/2018». Σημειώνεται ότι και οι τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και ο προσφεύγων, παρέτειναν την ισχύ των προσφορών τους μέχρι την 25-04-2018.

7. Επειδή με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων στρέφεται κατά: 1. της από 22-02-2018 απόφασης της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού με τίτλο «ανακοίνωση – πρόσκληση», δια της οποίας αποφασίζεται η παράταση ισχύος των προσφορών για 60 ημέρες, ήτοι έως 25-

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

04-2018 (εφεξής προσβαλλόμενη πράξη), 2. κατά κάθε άλλης επόμενης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής που στηρίζεται στην ανωτέρω απόφαση και 3. κατά της παράλειψης έκδοσης διαπιστωτικής πράξης ματαίωσης του Διαγωνισμού. Σημειώνεται ότι ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη παραδεκτά προσβάλλεται, γιατί αν και τιτλοφορείται ως «ΑΝΑΚΟΙΝΩΣΗ – ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΤΗΣ ΑΡΜΟΔΙΑΣ ΤΡΙΜΕΛΟΥΣ ΕΠΙΤΡΟΠΗΣ», εντούτοις αποτελεί εκτελεστή πράξη – απόφαση. Επιπλέον ισχυρίζεται ότι: α) η Επιτροπή Αξιολόγησης του επίδικου Διαγωνισμού είναι αναρμόδια ως προς την απόφαση της δεύτερης παράταξης των προσφορών, η οποία εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου περί την διαδικασία και β) δεν προκύπτει ειδική αιτιολογία στην προσβαλλόμενη περί της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος για την συνέχιση του διαγωνισμού. Στην κρινόμενη ο προσφεύγων σωρεύει αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων για αναστολή της συνέχισης του διαγωνισμού σε επόμενο στάδιο και συγκεκριμένα στο στάδιο της οριστικής κατακύρωσης και ταυτόχρονα να επιβληθεί στην αναθέτουσα αρχή να απέχει από κάθε ενέργεια ή απόφαση σχετικά με την πρόοδο της διαδικασίας. Και τούτο είναι αναγκαίο, γιατί, όπως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, επίκειται άμεσα η έκδοση απόφασης επί της αναστολής από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, ενώ σε περίπτωση απόρριψής της, είναι βέβαιο ότι η αναθέτουσα αρχή θα προχωρήσει άμεσα στην ανακήρυξη οριστικού αναδόχου του έργου και στην κατακύρωση της υπηρεσίας, παραβλέποντας το γεγονός ότι λόγω λήξεως της ισχύος των προσφορών ο εν λόγω διαγωνισμός είναι αυτοδικαίως ματαιωθείς. Μια τέτοια δε έκβαση, θα δημιουργήσει μη αναστρέψιμα αποτελέσματα τόσο για τον ανάδοχο, ο οποίος θα έχει αξιώσεις από ανυπόστατη σύμβαση, όσο και για τον προσφεύγοντα γιατί θα απωλέσει το δικαίωμα να κηρυχθεί ανάδοχος του διαγωνισμού που θα προκηρυχθεί μετά από ματαίωση.

8. Επειδή στο άρθρο 97 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Χρόνος ισχύος προσφορών. 1. Προσφορά που ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από αυτόν που

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

προβλέπεται στα έγγραφα της σύμβασης απορρίπτεται ως απαράδεκτη. 2. Σε περίπτωση αιτήματος για παράταση της ισχύος της προσφοράς, σύμφωνα με την περίπτωση α' της παραγράφου 1 του άρθρου 72, για τους οικονομικούς φορείς που αποδέχθηκαν την παράταση, πριν τη λήξη ισχύος των προσφορών τους, οι προσφορές ισχύουν και τους δεσμεύουν για το επιπλέον αυτό χρονικό διάστημα. ... 4. Στις διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών και παροχής γενικών υπηρεσιών, οι προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα που ορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης και δεν μπορεί να υπερβαίνει τους δώδεκα (12) μήνες από την επόμενη της διενέργειας της διαδικασίας ανάθεσης. Η παράταση της ισχύος της προσφοράς μπορεί να λαμβάνει χώρα κατ' ανώτατο όριο για χρονικό διάστημα ίσο με την προβλεπόμενη από τα έγγραφα της σύμβασης αρχική διάρκεια ισχύος της προσφοράς. Μετά τη λήξη και του παραπάνω ανώτατου ορίου χρόνου παράτασης ισχύος της προσφοράς, τα αποτελέσματα της διαδικασίας ανάθεσης ματαιώνονται, εκτός αν η αναθέτουσα αρχή κρίνει, κατά περίπτωση, αιτιολογημένα, ότι η συνέχιση της διαδικασίας εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, οπότε οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία μπορούν να επιλέξουν είτε να παρατείνουν την προσφορά τους, εφόσον τους ζητηθεί πριν την πάροδο του ανωτέρω ανώτατου ορίου παράτασης της προσφοράς τους είτε όχι. Στην τελευταία περίπτωση, η διαδικασία συνεχίζεται με όσους παρέτειναν τις προσφορές τους και αποκλείονται οι λοιποί οικονομικοί φορείς».

9. Επειδή στο άρθρο 103 του Ν 4412/2016 «Πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών» ορίζεται ότι: «Πέραν των οριζόμενων στις παραγράφους 3 και 4 του άρθρου 79 και στο άρθρο 93, ισχύουν και τα ακόλουθα: 1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή ειδοποιεί εγγράφως τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας ... 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν,

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. ... 6. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης [είτε για την κήρυξη του προσωρινού αναδόχου ως εκπτώτου] είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας κατά τις παραγράφους 3, 4 ή 5 είτε κατακύρωσης της σύμβασης. Τα αποτελέσματα του ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών, επικυρώνονται με την απόφαση κατακύρωσης του άρθρου 105. ...».

10. Επειδή, κατ' επίκληση της έννοιας του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 ο Προσφεύγων ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενος την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης επικαλούμενος έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη, καθόσον έχει ήδη συμμετάσχει στον επίδικο διαγωνισμό αλλά ταυτόχρονα επίκειται άμεσα η έκδοση απόφασης επί της αναστολής από το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, ενώ σε περίπτωση απόρριψής της, το συμφέρον του συνίσταται στην ματαίωση του επίδικου Διαγωνισμού.

11. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368»

12. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «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. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων»

13. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

14. 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

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

15. 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, 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.

16. Επειδή ο προσφεύγων έχει ήδη αποδεχθεί ανεπιφύλακτα την παράταση της προσφοράς του και δεν επικαλείται ειδικώς άλλη βλάβη από την παράταση αυτή, πλην της προσδοκίας ματαίωσης του διαγωνισμού και της μετά από επαναπροκήρυξη του υποβολής άρτιας και συμφέρουσας προσφοράς για την ανάληψη της σύμβασης. Περαιτέρω, έχει κριθεί νομολογιακά ότι προβαλλόμενοι λόγοι οι οποίοι αποσκοπούν στην ματαίωση του Διαγωνισμού είναι απορριπτέοι ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενοι και για τον πρόσθετο λόγο ότι τυχόν αποδοχή τους θα οδηγούσε σε ματαίωση του διαγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ ασφ.μ. 733/2012 σκ. 5, 1137/2010 σκ. 4, 977/2010 σκ. 8, 342/2009 σκ. 12, 1087/2008 σκ. 5, 14/2006 σκ. 6), δεδομένου ότι, κατά την έννοια των διατάξεων του ν 3886/2010 (βλ. άρθρο 2 παρ. 1, κατά το οποίο προσωρινή δικαστική προστασία δικαιούται να ζητήσει «κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση ...»), η επιδιωκόμενη με την αίτηση ασφαλιστικών μέτρων προσωρινή δικαστική

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

προστασία αποβλέπει όχι στη ματαίωση του διαγωνισμού, αλλά στη διατήρηση της δυνατότητας του ενδιαφερομένου να συμμετάσχει στην διαγωνιστική διαδικασία, προκειμένου να επιτύχει την κατακύρωση του διαγωνισμού σε αυτόν (147/2016 Αναστ. ΣΤΕ, ΣΤΕ ΕΑ 151/2006, ΣΤΕ ΕΑ 534/2006, ΣΤΕ ΕΑ-Ασφ 960/2008).

17. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. λήψεως απόφασης παροχής προσωρινών μέτρων είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής 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.

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

19. Επειδή, εξάλλου ο χρόνος για την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής δεν είναι ούτε αόριστος ούτε μακρύς. Επομένως, η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη της υπό ανάθεση σύμβασης έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα του Αναθέτοντα Φορέα για ταχεία περάτωση αυτής.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, και δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτής για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων.

21. Επειδή σε κάθε περίπτωση για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού και της βασιμότητας των ισχυρισμών του προσφεύγοντα απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των όρων της επίδικης Διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων που δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα για την από την ΑΕΠΠ παροχή προσωρινής προστασίας.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και εφόσον ο διαγωνισμός έχει εκ των πραγμάτων προχωρήσει στο τελικό στάδιο, έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων, σε κάθε δε περίπτωση δεν δύναται να υπογραφεί η σύμβαση, το δικαίωμα της προσφεύγουσας και η εύλογη προσδοκία της περί συμμετοχής της στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και εν τέλει στην ανάδειξη αυτής ως αναδόχου της εν λόγω σύμβασης δεν θίγεται σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της προδικαστικής της προσφυγής.

23. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, με την ρητή επισήμανση ότι δεν αίρεται η απαγόρευση σύναψης της υπό ανάθεσης σύμβασης, η οποία εξακολουθεί να ισχύει κατά τις διατάξεις των άρθρων 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και του άρθρου 6 του Π.Δ. 39/2017, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί

Αριθμός Απόφασης Α130/2018

της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντα πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

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

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 16-03-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ