

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22-6-2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη - Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 716/12-6-2020 της εταιρίας με την επωνυμία «», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αρ.πρωτ. διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής «ΔΗΜΟΣ» για την ανάθεση της δημόσιας σύμβασης «ΣΥΤΝΤΑΞΗ ΜΕΛΕΤΗΣ ΠΟΛΕΟΔΟΜΗΣΗΣ ΣΤΗΝ ΠΕ 15 ΤΗΣ ΔΕ». Επίσης στην προδικαστική αυτή προσφυγή σωρεύει αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή «ΔΗΜΟΣ» με την υπ' αρ.πρωτ. διακήρυξη προκήρυξε διαγωνισμό για την ανάθεση με ανοικτή ηλεκτρονική διαδικασία της δημόσιας σύμβασης «ΣΥΤΝΤΑΞΗ ΜΕΛΕΤΗΣ ΠΟΛΕΟΔΟΜΗΣΗΣ ΣΤΗΝ ΠΕ 15 ΤΗΣ ΔΕ», CPV, διάρκειας τριάντα πέντε (35) μηνών. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης για τη διετία ανέρχεται στο ποσό των 461.566,23€ (μη συμπ/νου του αναλογούντος ΦΠΑ). Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης

Αριθμός απόφασης: Α 182 / 2020

ποιότητας τιμής. Η εν λόγω διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στις 16-5-2020, καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 25-05-2020 με ΑΔΑΜ και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Συστημικό Αριθμό α/α και με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στις 2-7-2020 και ώρα 10.00.

3. Επειδή, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω διακήρυξης υποστηρίζοντας τα εξής: **1.** Με τον επίμαχο όρο 19.3 της Διακήρυξης που θέτει ως προϋπόθεση εμπειρίας ενός οικονομικού φορέα να έχει προηγηθεί θετική γνωμοδότηση του οικείου ή, δημιουργείται σύγχυση ως προς το στοιχείο που προσδίδει εμπειρία σε έναν ανάδοχο: Αποτελεί στοιχείο απόδειξης εμπειρίας η έγκριση της πολεοδομικής μελέτης ως ατομική διοικητική πράξη από τον εργοδότη ή η έγκριση αυτής ως κανονιστική πράξη κατόπιν γνώμης του; Κατά το νόμο (βλ. άρθρα 75 & 189 του Ν. 4412/2016) προκύπτει η πρώτη ως άνω εκδοχή. Με την προσβαλλόμενη διακήρυξη, όμως, υιοθετείται *contra legem* η δεύτερη εκδοχή, στοιχείο που την καθιστά παράνομη και ακυρωτέα. Το προστάδιο πριν την έκδοση της κανονιστικής πράξης (γνωμοδότηση ή) είναι αδιάφορο στοιχείο ως προς την εμπειρία του μελετητή. Αντιθέτως η έγκριση από τον εργοδότη μίας μελέτης και η πιστοποίηση της άρτιας εκπόνησής της είναι το κρίσιμο στοιχείο που αποδεικνύει την τεχνική ικανότητα ενός οικονομικού φορέα. Για τον λόγο αυτό, ο ανωτέρω κανονιστικός όρος κατά το σκέλος που απαιτεί οπωσδήποτε θετική γνωμοδότηση του οικείου ή αντί απόφασης έγκρισης ή/και παραλαβής της πολεοδομικής μελέτης από τον εργοδότη Δήμο, είναι μη νόμιμος και ακυρωτέος. **2.** Ο συνδυασμός της απαίτησης εμπειρίας που διαλαμβάνεται στον όρο 19.3.β της διακήρυξης και συνίσταται σωρευτικά σε: i) τουλάχιστον σε μία (1) εγκεκριμένη μελέτη Γεωλογικής Καταλληλότητας που εκπονήθηκε στα πλαίσια Πολεοδομικής Μελέτης και ii) σε εγκεκριμένες όλες τις απαιτούμενες υποστηρικτικές μελέτες (γεωλογικές και υδραυλικές μελέτες) μίας (1) πολεοδομικής μελέτης είναι «φωτογραφικός», αφού εξ ελάχιστοι οικονομικοί φορείς (εξ όσων γνωρίζουμε μόνο ένας) διαθέτουν σωρευτικά την αναφερόμενη στη Διακήρυξη εμπειρία. Επομένως, ο επίμαχος όρος είναι μη νόμιμος. Με την δε εισαγωγή του στη

Αριθμός απόφασης: Α 182 / 2020

διακήρυξη περιορίζεται σημαντικά με τεχνητό τρόπο και χωρίς νόμιμη αιτία ο ανταγωνισμός των επιχειρήσεων που ενδιαφέρονται για την επίμαχη σύμβαση, με αποτέλεσμα την παραβίαση των αρχών της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής διακρίσεων και του υγιούς ανταγωνισμού που εφαρμόζονται στις δημόσιες συμβάσεις. 3. Η υποβάθμιση του στοιχείου της προσφερόμενης τιμής σε σχέση με ποιοτικά στοιχεία των προσφορών που θα αξιολογήσει η ίδια η αναθέτουσα αρχή, όπως έχει διατυπωθεί στον όρο 21.2 της διακήρυξης, δεν είναι επιτρεπτή, καθώς στην περίπτωση αυτή δεν παρέχονται τα εχέγγυα διαφάνειας, αμεροληψίας και πραγματικού ανταγωνισμού μεταξύ των οικονομικών φορέων. Τέτοια μη επιτρεπτή συνθήκη αποτελεί η περίπτωση που η σχετική αναλογία ποιότητας-τιμής ορίζεται σε ποσοστό 85% υπέρ της ποιότητας έναντι μόνο 15% για την προσφερόμενη τιμή. Εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη Διακήρυξη όρισε συντελεστή βαρύτητας της αξιολογητέας τεχνικής προσφοράς των οικονομικών φορέων 85% έναντι 15% της οικονομικής προσφοράς (άρθρα 21.2. έως 21.4). Με τον όρο αυτό δίνεται συντριπτική προτεραιότητα στην επιλογή του αναδόχου βάσει της βαθμολογίας που θα λάβει η τεχνική του προσφορά, ενώ ελάχιστη έως μηδενική –στην πράξη- σημασία έχει για την επιλογή η προσφερόμενη τιμή. Ωστόσο, ο πιο πάνω κανονιστικός όρος είναι μη νόμιμος. Η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει στην προκειμένη περίπτωση απεριόριστη ελευθερία να ελαχιστοποιήσει τη βαρύτητα του κριτηρίου της προσφερόμενης τιμής και να επιλέξει τον «εκλεκτό της» ανάδοχο μόνο σύμφωνα με την αξιολογητέα από την Επιτροπή του Διαγωνισμού τεχνική προσφορά των οικονομικών φορέων. Όπως, εξάλλου, ρητώς επισημαίνεται από την ΕΑΑΔΗΣΥ, δεν είναι νόμιμος ο ορισμός αναλογίας ποιότητας-τιμής σε ποσοστό 90% υπέρ της ποιότητας έναντι μόνο 10% για την προσφερόμενη τιμή, δηλαδή αναλογίας κοντινής με αυτήν του επίμαχου όρου (85% έναντι 15%). Συνεπώς, ο επίμαχος όρος είναι μη νόμιμος και ακυρωτέος.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή κατέθεσε απόψεις επί του αιτήματος του προσφεύγοντος, περί λήψης προσωρινών μέτρων, το οποίο αποκρούει προβάλλουσα ότι: Η υπό ανάθεση πολεοδομική μελέτη έχει ενταχθεί σε πρόγραμμα ΕΣΠΑ, όπως προκύπτει από με αρ. ΑΔΑ: απόφαση του με κωδικό πράξης Η ημερομηνία λήξης της πράξης λήγει στις 30.9.2023, ήτοι σε μόλις 3 έτη από

Αριθμός απόφασης: Α 182 / 2020

σήμερα. Με την αναστολή που επιδιώκεται υπάρχει σοβαρός κίνδυνος να απωλεσθούν σημαντικά Ευρωπαϊκά κονδύλια, ενώ η άρτια, εντελώς εμπρόθεσμη και μεθοδική εργασία των Υπηρεσιών μας θυσιάζεται στα οικονομικά συμφέροντα ενός διαγωνιζόμενου. Η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι με το από 5.3.2020 έγγραφό της η , Αρχιτέκτων Μηχανικός της Διεύθυνσης Πολεοδομικού Σχεδιασμού του – , ήδη σε ανύποπτο χρόνο ενημερώνει σχετικά με το αυστηρό χρονοδιάγραμμα που πρέπει να τηρηθεί, αλλά και την διαδικασία που έχει ήδη αρχίσει από τον Νοέμβριο του 2018. Η αναθέτουσα αρχή σημειώνει ότι η με αναλυτικούς πίνακες έχει θέσει το αυστηρό και απαρέγκλιτο χρονοδιάγραμμα της προκήρυξης και του έργου στο σύνολό του, ενώ για να μην απενταχθεί το έργο από το ΕΣΠΑ θα πρέπει να έχει υπογράψει σύμβαση μέχρι την 1.10.2020. Με βάση την υπογραφή σύμβασης την 1.10.2020 έχει συνταχθεί το χρονοδιάγραμμα και υπάρχει σοβαρός κίνδυνος, ακόμη και με μία μέρα καθυστέρηση να μην υλοποιηθεί το έργο. Η προκήρυξη αυτή έχει ήδη περάσει από προσυμβατικό έλεγχο και έχει όλα τα εχέγγυα νομιμότητας, ενώ η αδικαιολόγητη καθυστέρησή της θα έχει ως αποτέλεσμα την απένταξη από το ΕΣΠΑ και τη ζημία του Δήμου κατά το ποσό των σχεδόν 450.000,00 €.

5. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό , ποσού 2.307,83€.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικείμενου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

7. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 25-5-2020.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν.

Αριθμός απόφασης: Α 182 / 2020

4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017 και τη με αρ. 892/2020 Πράξη της Προέδρου του 3^{ου} Κλιμακίου.

9. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι, ως δηλώνει, δραστηριοποιείται στην εκπόνηση πολεοδομικών μελετών και με τους προσβαλλόμενους όρους της ανωτέρω διακήρυξης εμποδίζεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό αυτό.

10. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως αβάσιμη, διότι σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης, ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία της προσφεύγουσας από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

11. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων της σκέψης 8 της παρούσας και δη: α) εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας και της δυνατότητας υποβολής σχετικού αιτήματος από τον προσφεύγοντα, β) 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, γ) της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες αφενός ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της *“καταλληλότητας”*, την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και αφετέρου 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”*, προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προδικαστικής 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, συμπεριλαμβανομένων, εξάλλου, των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία, όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις

Αριθμός απόφασης: Α 182 / 2020

επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

12. Επειδή, όσον αφορά στην 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 ή της ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης του προσφεύγοντος, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκομένων μερών. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα 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.

13. Επειδή, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και οι λόγοι της κριθούν ως νόμιμοι, εκτός του ότι η εκ της αιτίας αυτής μείωση του ανταγωνισμού θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμη απόφαση διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής - μετά από περαιτέρω πρόοδο της και προώθηση σε επόμενα στάδια - θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του συγκεκριμένου σταδίου της προκηρυχθείσας διαδικασίας.

14. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της υπ' αρ. 892/2020 Πράξης της Προέδρου του 3ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 17-7-2020, η όποια επίπτωση από τυχόν αναστολή για εύλογο χρόνο της προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή ή τρίτους.

15. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή

Αριθμός απόφασης: Α 182 / 2020

της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής. Η αναστολή αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά 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. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την έκδοση απόφασης επί της εν προκειμένω προσφυγής, κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής, που σωρεύεται στην συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, πρέπει να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την διαγωνιστική διαδικασία που προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. διακήρυξη και δη αναστέλλει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή 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 στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 22-6-2020 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Αριθμός απόφασης: Α 182 / 2020

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΙΔΕΡΗ ΜΑΡΙΑ-ΕΛΕΝΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΤΣΟΥΛΟΥΦΑ ΑΡΓΥΡΩ**