

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής την 1^η Ιουνίου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη, Πρόεδρο και Εισηγητή και τα μέλη, Μαρία Μανδράκη, που, δυνάμει της με αρ. 23/2018 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, αναπληρώνει την Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 471/25-05-2018 Προδικαστική Προσφυγή της η Ανώνυμη Εταιρεία με την επωνυμία «.....» και δ.τ. «.....ΑΕ», που εδρεύει στην Αττικής, αρ. και εκπροσωπείται νόμιμα, (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα»), στρεφόμενη κατά όρων της με αρ. 634/23- 03-2018 και α.α. ΕΣΗΔΗΣ 57320 διακήρυξης της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης Αποχέτευσης Μυκόνου («Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΔΕΥΑΜ») για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια δύο φορητών μονάδων αφαλάτωσης τύπου αντίστροφης όσμωσης (R.O) ελάχιστης παραγωγής 1000 m³ ημερησίως εκάστη της ΔΕΥΑΜ, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.300.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής (εφεξής «προσβαλλόμενη διακήρυξη» ή «διακήρυξη»), προσφυγή κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ την 24-05-2018 και χρεωθείσα στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 25-05-2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής.

Αριθμός Απόφασης Α252 / 2018

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «Δημοτική Επιχείρηση Ύδρευσης Αποχέτευσης Μυκόνου» που εδρεύει στην Πλατεία Αγίας Μονής στην Μύκονο, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ») ή «ΔΕΥΑΜ»).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα, επιδιώκει να ακυρωθεί ολικά ή μερικά η υπό εξέταση διακήρυξη, διότι 1) το άρθρο 2.2.6 του τεύχους της Διακήρυξης, υπό τον υπέρτιτλο «*Δικαίωμα Συμμετοχής – Κριτήρια Ποιοτικής Επιλογής*» και τον τίτλο «*Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα και συγκεκριμένα το εδάφιο «...Εάν ο αποδέκτης είναι ιδιωτικός φορέας, με τα αντίστοιχα επίσημα παραστατικά έγγραφα και με βεβαίωση με πρωτότυπη σφραγίδα και υπογραφή από το νόμιμο εκπρόσωπο του αγοραστή. Η βεβαίωση θα φέρει νόμιμη θεώρηση του γνησίου της υπογραφής και αρμόδια επικύρωση εφ' όσον πρόκειται για αλλοδαπό έγγραφο. Επίσης θα συνοδεύεται από τα νομιμοποιητικά έγγραφα του υπογράφοντος*» εισάγει, εμμέσως, μία φαινομενικά τυπική, πλην όμως με ουσιαστικές δυσμενείς και δη πρακτικές συνέπειες, διάκριση, αναφορικά με την απαιτούμενη βεβαίωση καλής εκτέλεσης παρόμοιων με το υπό ανάθεση έργων, εκ μέρους των Διαγωνιζομένων, αναλόγως με το, εάν ο Εργοδότης παρόμοιων έργων, τυγχάνει φορέας του Δημοσίου ή ιδιώτης, καθώς, ειδικώς για τη δεύτερη περίπτωση απαιτεί υπερβολικά αυστηρές, υπό προϋποθέσεις, δε και δη στην περίπτωση που πρόκειται για αλλοδαπό ιδιωτικό φορέα, ακόμη και πρακτικώς ανέφικτες τυπικές διατυπώσεις. Εισάγει, με άλλα λόγια, (και δη τεχνηέντως) συγκεκριαυμένη διάκριση εις βάρος ορισμένης κατηγορίας των Διαγωνιζομένων, όπως η προσφεύγουσα, οι οποίοι «ατύχησαν» να έχουν εκτελέσει στο παρελθόν παρόμοια έργα, για λογαριασμό φορέων που εδρεύουν στην αλλοδαπή, ενίοτε μεγάλων πολυεθνικών εταιρειών ή Ομίλων Εταιρειών, έναντι άλλων Διαγωνιζομένων, των οποίων η πρότερη εμπειρία περιορίζεται σε έργα φορέων του Δημοσίου ή (μικρών) ημεδαπών εταιρειών, 2)

Αριθμός Απόφασης Α252 / 2018

η παραπάνω τυπική απαίτηση της «θεώρησης γνησίου υπογραφής», αδιακρίτως για όλα τα έγγραφα και δη ακόμη και για τα αλλοδαπά ιδιωτικά τοιαύτα, τελεί σε δυσαρμονία και δη υπέρκειται του πλαισίου «επικύρωσης» αλλοδαπών ιδιωτικών εγγράφων που θέτει το άρθρο 81 παρ. 10 του Ν. 4412/2016, που ορίζει ότι: *«Τα αποδεικτικά έγγραφα συντάσσονται στην ελληνική γλώσσα ή συνοδεύονται από επίσημη μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα. Στα αλλοδαπά δημόσια έγγραφα και δικαιολογητικά εφαρμόζεται η Συνθήκη της Χάγης της 5.10.1961, που κυρώθηκε με το ν. 1497/1984...»* και αντιτίθεται στο πνεύμα και το γράμμα της διάταξης του άρθρου 2.1.4 της Διακήρυξης η οποία προβλέπει *«... Ειδικά, τα αλλοδαπά ιδιωτικά έγγραφα μπορούν να συνοδεύονται από μετάφρασή τους στην ελληνική γλώσσα επικυρωμένη είτε από πρόσωπο αρμόδιο κατά τις διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας είτε από πρόσωπο κατά νόμο αρμόδιο της χώρας στην οποία έχει συνταχθεί το έγγραφο.»*, 3) η διάταξη του 2.2.6 της Διακήρυξης, με τον τίτλο *«Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα»* που προβλέπει ότι: *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν εκτελέσει επιτυχώς τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις προμηθειών ή έργων του συγκεκριμένου τύπου, ύψους 650.000,00 € τουλάχιστον η κάθε μία, μονάδων αφαλάτωσης θαλασσινού νερού προς παραγωγή πόσιμου νερού ανθρώπινης κατανάλωσης με το μέθοδο της αντίστροφης όσμωσης δυναμικότητας παραγωγής πόσιμου νερού κάθε μίας 2.000 κ.μ. ανά ημέρα ή περισσότερο σε παραλήπτες Δημοσίου ή Ιδιωτικού τομέα...»* και συγκεκριμένα η πρόβλεψη της ελάχιστης οικονομικής αξίας εκάστης σύμβασης ουδεμία προσφορότητα εμφανίζει ως στοιχείο απόδειξης της «εμπειρίας» του Διαγωνιζομένου και μάλιστα, ενώ έχει ήδη αποδειχθεί αδιαμφισβήτητα η επιτυχής εκτέλεση τουλάχιστον δύο συμβάσεων και μάλιστα με αντικείμενο απολύτως όμοιων τεχνικών χαρακτηριστικών με αυτό της ήδη υπό ανάθεση σύμβασης, επιφέρει έμμεση πλην λίαν ουσιώδη

Αριθμός Απόφασης Α252 / 2018

στρέβλωση του υγιούς ανταγωνισμού, με την ως άνω καθιέρωση ελάχιστου επιτρεπτού ορίου συμβατικής αμοιβής που έχει πετύχει στο παρελθόν, ο Διαγωνιζόμενος, για την προμήθεια του ίδιου προϊόντος, την αξία του οποίου η ίδια η Αναθέτουσα Αρχή προϋπολογίζει στο ποσό των 1.300.000,00 Ευρώ και δη ως κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας συμμετοχής του στο Διαγωνισμό, 4) περαιτέρω το γεγονός ότι η Αναθέτουσα Αρχή (αδοκίμως) απαιτεί την εκπόνηση όχι απλώς μίας, αλλά δύο (2) τουλάχιστον συμβάσεων με τα ίδια τεχνικά όπως η υπό ανάθεση, πλην όμως αποδέχεται ως πρόσφορες ακόμη και συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί οποτεδήποτε και δη ακόμη και σε απώτατο χρόνο προ του Διαγωνισμού και μάλιστα, χωρίς καμία ειδική προς τούτο αιτιολόγηση της ως άνω – όλως κατ' εξαίρεση επιτρεπόμενης - παρέκκλισης από τις επιταγές του εθνικού και του ενωσιακού δικαίου, με αναφορά σε τυχόν ειδικές συνθήκες ή απαιτήσεις του έργου που την υπαγορεύουν, τυγχάνει ακυρωτέα, 5) τα προβλεπόμενα στο άρθρο 2.3.3 της διακήρυξης κριτήρια αξιολόγησης είναι ασαφή και συγχέονται εν μέρει με τα κριτήρια επιλογής.

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ζητεί την αναστολή διενέργειας του διαγωνισμού έως την έκδοση της απόφασης επί της προσφυγής της, δεδομένου ότι οι προαναφερθείσες πλημμέλειες της προσβαλλόμενης Διακήρυξης δεν της επιτρέπουν να υποβάλει προσφορά και, πάντως, δυσχεραίνουν ουσιωδώς το δικαίωμά της να συμμετέχει, τυχόν δε πρόοδος στην διεξαγωγή του διαγωνισμού με τους μη σύννομους όρους προ της εξέτασης και έκδοσης απόφασης επί της υπό εξέταση προσφυγής, η επαναφορά δε των πραγμάτων στην προτέρα κατάσταση θα είναι ιδιαίτερα δυσχερής και θα συνεπάγεται δυσανάλογα υψηλό κόστος και χρόνο (άσκηση εκ νέου ενδίκων μέσων από τους θιγόμενους διαγωνιζόμενους, καθυστέρηση διαγωνισμού από τυχόν ακύρωση και επανάληψη της διαδικασίας κλπ.).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αριθμός Απόφασης Α252 / 2018

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, ποσού 6.500,00 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου 215343651958 0723 0061), που αντιστοιχεί, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017, στο αντιστοιχούν ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 1.300.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ), ποσό το οποίο πληρώθηκε σύμφωνα με το με τον πιο πάνω κωδικό e-παραβόλο 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 τη 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, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 24-05-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1γ του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 γ του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προθεσμία άσκησης αυτής έληγε 10 ημέρες από την γνώση της προσβαλλομένης διακήρυξης, η οποία τεκμαίρεται ότι έλαβε χώρα 15 ημέρες από την δημοσίευσή της στο ΚΗΜΔΗΣ, που έλαβε χώρα στις 30-04-2018. Επομένως, η προθεσμία για την άσκηση της παρούσας προσφυγής εκκίνησε την 15-05-2018 (μετά την πάροδο του 15νθημέρου) και εξέπνεε την 25-05-2018, η υπό εξέταση προσφυγή όμως κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 24-05-2018 και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. την 25-05-

Αριθμός Απόφασης Α252 / 2018

2018. Σημειωτέον, ότι η προσφεύγουσα, συνομολογεί ότι έλαβε πραγματική γνώση της βαλλόμενης διακήρυξης την 14-05-2018, επομένως και υπ' αυτήν εκδοχή η προδικαστική προσφυγή κατατέθηκε εμπρόθεσμα, καθώς η δεκαήμερη προθεσμία εξέπνεε την 24-05-2018, ημέρα κατά την οποία και κατατέθηκε.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης (345 παρ. 1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (προμήθεια) και της ημερομηνίας αποστολής Προκήρυξης της σχετικής σύμβασης για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, που έλαβε χώρα στις 24-04-2018, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του Ν. 4412/2016 και με συνολική εκτιμώμενη αξία 1.300.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ) υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/25/ΕΕ, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 γ) του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 η Προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωση όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης, επικαλούμενη, μεταξύ άλλων, ότι μολονότι έχει πρόθεση να συμμετέχει στον διαγωνισμό, πληροί δε τα κριτήρια για την συμμετοχή της σε αυτόν, ωστόσο, ένεκα των βαλλόμενων πλημμελειών της διακήρυξης, δυσχεραίνεται ουσιαστικά στην κατεύθυνση αυτή. Και τούτο, διότι, κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή έχουν εμφιλοχωρήσει διατάξεις που καθιστούν την συμμετοχή της αδύνατη και σε κάθε περίπτωση την δυσχεραίνουν ουσιαστικά, ενόψει δε των στην

Αριθμός Απόφασης Α252 / 2018

προσφυγή αναλυτικά περιγραφόμενων ασαφειών στα κριτήρια αξιολόγησης της Διακήρυξης είναι αδύνατον, κατά την προσφεύγουσα, ούτε για αυτήν, αλλ' ούτε και κάθε άλλον οικονομικό φορέα, να υποβάλει προσφορά που θα αξιολογηθεί ορθά. Συνακόλουθα, δεν μπορεί να πιθανολογηθεί σοβαρά ότι η προσφεύγουσα ασκεί την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή χωρίς έννομο συμφέρον, αφού από τις πλημμέλειες της διακήρυξης, κατά τα ιστορούμενα στην υπό εξέταση προσφυγή ενδέχεται να υποστεί βλάβη, καθόσον, η συμμετοχή της στον υπό κρίση διαγωνισμό ενδέχεται να καταστεί δυσχερής, αν όχι αδύνατη και η προσφορά της, αν υποβάλει, όπως ισχυρίζεται στην προσφυγή της, κινδυνεύει να απορριφθεί, άλλως να μην αξιολογηθεί ορθά.

6. Επειδή, μετά ταύτα, η Προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή διενέργειας του διαγωνισμού μέχρι εκδόσεως Απόφασης επί της προσφυγής της.

7. Επειδή 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 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»*

8. 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)*

Αριθμός Απόφασης Α252 / 2018

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»

9. 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).

10. 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».

11. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου

Αριθμός Απόφασης Α252 / 2018

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.

12. 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.

13. Επειδή, εν προκειμένω, επί του υπό τον αριθμό ΙΙΙ 1.3 λόγου της υπό εξέταση προσφυγής, από μίαν απλή επισκόπηση της διακήρυξης του υπό εξέταση διαγωνισμού, προκύπτουν τα εξής: Στις διατάξεις του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης με τίτλο «Τεχνική και Επαγγελματική Ικανότητα» προβλέπεται ότι: *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να έχουν εκτελέσει επιτυχώς τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις προμηθειών ή έργων του συγκεκριμένου τύπου, ύψους 650.000,00 € τουλάχιστον η κάθε μία, μονάδων*

Αριθμός Απόφασης Α252 / 2018

αφαλάτωσης θαλασσινού νερού προς παραγωγή πόσιμου νερού ανθρώπινης κατανάλωσης με τη μέθοδο της αντίστροφης όσμωσης δυναμικότητας παραγωγής πόσιμου νερού κάθε μίας 2000 κ.μ. ανά ημέρα ή περισσότερο, σε παραλήπτες Δημοσίου ή Ιδιωτικού τομέα. Προς απόδειξη προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικά συμμετοχής επί ποινή αποκλεισμού υπεύθυνη δήλωση συνοδευόμενη από κατάλογο στον οποίο αναφέρονται οι κυριότερες συμβάσεις μονάδας (ή μονάδων στον ίδιο παραλήπτη) αφαλάτωσης θαλασσινού νερού προς παραγωγή πόσιμου νερού ανθρώπινης κατανάλωσης με τη μέθοδο της αντίστροφης όσμωσης, δυναμικότητας παραγωγής πόσιμου νερού κάθε μίας σύμβασης 2000 κ.μ. ή 2 x 1000 κ.μ. ανά ημέρα ή περισσότερο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας καθώς και των παραληπτών Δημοσίου ή Ιδιωτικού τομέα.»

14. Επειδή, λαμβανομένου υπόψη ότι πράγματι στις διατάξεις των παρ. 1 και 4 του άρθρου 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, προβλέπεται ως μέγιστο χρονικό όριο εκπόνησης παρόμοιων συμβάσεων, που λαμβάνονται υπόψη κατά την αξιολόγηση της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας των Διαγωνιζομένων, τα τελευταία (προ του Διαγωνισμού) πέντε (5) έτη για τις εργασίες και τα τελευταία τρία (3) έτη για τα αγαθά και τις προμήθειες, με την όλως εξαιρετική δυνατότητα της Αναθέτουσας Αρχής να επιτρέπει την επίκληση και παλαιότερων ακόμη συμβάσεων, εφόσον τούτο είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού και εφόσον ρητώς αναφερθεί και αιτιολογηθεί τούτο από την αναθέτουσα αρχή, πιθανολογείται ότι ο όρος αυτός της διακήρυξης, παραβιάζει τις διατάξεις της Οδηγίας, σε κάθε δε περίπτωση ότι δεν είναι σαφές το χρονικό πλαίσιο εντός του οποίου οι διαγωνιζόμενοι να έχουν εκτελέσει παρόμοιες με την δημοπρατούμενη συμβάσεις προκειμένου να δικαιούνται να συμμετέχουν στον υπόψη διαγωνισμό.

15. Επειδή, εφόσον εικάζεται ζημία της προσφεύγουσας από την εφαρμογή ενός όρου της διακήρυξης κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή

Αριθμός Απόφασης Α252 / 2018

εθνικού δικαίου και των αρχών που πρέπει να διέπουν τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων κατά τα άνω, σύμφωνα με τον πιο πάνω εξετασθέντα λόγο της υπό εξέταση προσφυγής, παρέλκει στο παρόν στάδιο η εξέταση για την πιθανολόγηση των λοιπών λόγων της προδικαστικής προσφυγής, οι οποίοι πάντως δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι.

16. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας τόσο του πιο πάνω εξετασθέντος λόγου της υπό κρίση προσφυγής, όσο και των λοιπών ισχυρισμών της προσφεύγουσας, απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, η οποία πάντως δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασής τους για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής - ενόψει και του μεγέθους του φακέλου της υπόθεσης -.

17. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η επίκληση βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της προσφυγής θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, 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. 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 τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

Αριθμός Απόφασης Α252 / 2018

18. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις με αρ. πρωτ. 1494/29-05-2018 απόψεις της δεν επικαλείται ορισμένως ειδικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος για την αποφυγή έστω μικρής καθυστέρησης στην πρόοδο του διαγωνισμού, αορίστως δε αναφέρεται στην κρισιμότητα της υποδομής του νερού για την εύρυθμη λειτουργία των επιχειρήσεων του νησιού, την υγεία των πολιτών του, την ασφάλεια και υγιεινή αλλά και την εξυπηρέτηση των πολυάριθμων (άνω των 2 εκατομμυρίων) τουριστών, καθώς η Μύκονος είναι καθομολογουμένως ένας από τους κορυφαίους Ευρωπαϊκά ή και Παγκόσμια τουριστικούς προορισμούς. Και τούτο, γιατί πέραν της γενικόλογης πιο πάνω αναφοράς, δεν περιγράφει τις συνθήκες της υπάρχουσας υποδομής του νερού στο νησί και πόσο δυσμενείς είναι, ούτε επικαλείται αν και σε ποιο βαθμό θα χειροτερεύσει η υποδομή αυτή, λόγω της καθυστέρησης που προκαλεί η έγερση της προσφυγής, όταν είναι αυταπόδεικτο πως η υποδομή αυτή δεν πρόκειται να βελτιωθεί στον χρόνο που θα παρέλθει μέχρι την έκδοση της Απόφασής μας επί της υπό κρίση Προσφυγής, παρά μετά την ολοκλήρωση της προμήθειας και την λειτουργία της δημοπρατούμενης μονάδας αφαλάτωσης, που λόγω της προσφυγής μπορεί να καθυστερήσει για λίγες ημέρες ακόμη. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου με την ταχεία διεξαγωγή και 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). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, πρέπει, για όλους τους πιο πάνω λόγους, να διαταχθεί η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής.

19. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής, λόγω διενέργειας της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της Προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την

Αριθμός Απόφασης Α252 / 2018

απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι μη νόμιμα η Αναθέτουσα Αρχή διενεργεί τον υπό κρίση διαγωνισμό με μη σύννομους όρους, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας.

20. Επειδή, 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.

21. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

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 συμμετοχής του διαγωνισμού με α.α. ΕΣΗΔΗΣ 57320 της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης Αποχέτευσης Μυκόνου για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια δύο φορητών μονάδων αφαλάτωσης τύπου αντίστροφης όσμωσης (R.O) ελάχιστης παραγωγής 1000 m³ ημερησίως εκάστη της ΔΕΥΑΜ, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.300.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ) και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από

Αριθμός Απόφασης Α252 / 2018

οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, μέχρις εκδόσεως Απόφασης από την Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση Προσφυγής, μέσα στην αποκλειστική προθεσμία του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη την 01-06-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ