

Αριθμός απόφασης: Α 329 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 16 Ιουλίου 2019, με την εξής σύνθεση:
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής - δυνάμει της με
αρ. 1051/2019 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) 842/08-07-2019 Προδικαστική
Προσφυγή της Χριστίνας Δαμασκηνού, που κατοικοεδρεύει στην Εξοχή, επί
της οδού, αρ. 14 (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα» ή
«Δαμασκηνού»)

Κατά της (.....), που εδρεύει στη
....., επί της, αρ., (εφεξής «Αναθέτων Φορέας» ή
«ΑΦ» ή «.....») και κατά όρων της με αριθμό
διακήρυξης (εφεξής «προσβαλλόμενη διακήρυξη» ή «διακήρυξη»), με βάση
την οποία ο φορέας διενεργεί ηλεκτρονικό ανοικτό δημόσιο μειοδοτικό
διαγωνισμό με α/α ΕΣΗΔΗΣ με κριτήριο ανάθεσης την πλέον
συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για τη σύναψη
σύμβασης για τη «Λήψη ενδείξεων των υδρομετρητών της» για
ένα (1) έτος με δικαίωμα προαίρεσης ενός (1) επιπλέον έτους,
προϋπολογισμού 380.000,00€ πλέον ΦΠΑ και συνολικού προϋπολογισμού,
συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, 760.000,00 € πλέον
ΦΠΑ, για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω Προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: Α 329 / 2019

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 την προσβαλλόμενη διακήρυξή της η προκήρυξε τον επίμαχο ηλεκτρονικό ανοικτό δημόσιο μειοδοτικό διαγωνισμό, καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών για τον οποίο ορίστηκε η Τετάρτη 03-07-2019 και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης αυτών η Τρίτη 09-07-2019, η οποία αναβλήθηκε μέχρις εκδόσεως απόφασης επί του αιτήματος προσωρινών μέτρων της εδώ προσφεύγουσας, όπως ενημερώθηκαν οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό με ανακοίνωση του αναθέτοντος φορέα που αναρτήθηκε την 09-07-2019 στη διαλειτουργικότητα της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

2. Επειδή, με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 08-07-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, η προσφεύγουσα, που συμμετείχε στο διαγωνισμό, υποβάλλοντας προσφορά με επιφύλαξη, πέραν του αιτήματος της να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, επιδιώκει να ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της, ιδίως δε η αποσφράγιση - άνοιγμα προσφορών του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής της.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, {e-Παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, εκδοθέν για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)}, ποσού 1.900,00€, το οποίον υπολογίζεται επί του προβλεπόμενου στην παρ. 1 των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017 ποσοστού 0,5% επί της

Αριθμός απόφασης: Α 329 / 2019

προϋπολογισθείσας άνευ ΦΠΑ δαπάνης της σύμβασης, που ανέρχεται σε ποσό 380.000,00€.

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.

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016), του αντικειμένου της (υπηρεσίες) και της ιδιότητας της που διενεργεί το διαγωνισμό, ως εταιρείας υπό την εποπτεία των υπουργείωνπου δραστηριοποιείται στον τομέα της παροχής υπηρεσιών Ύδρευσης και Αποχέτευσης στην περιοχή του πολεοδομικού συγκροτήματος, δραστηριότητα που ασκεί ως αναθέτων φορέας (ύδωρ) εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, συναφώς και στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου ΙΙ αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής της Προκήρυξης της σχετικής σύμβασης για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, η 12^η Ιουνίου 2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, 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. γ του Ν. 4412/2016, αφού η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 18-06-2019 και η

Αριθμός απόφασης: Α 329 / 2019

προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 05^η-07^{ου}-2019.

7. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι προτίθεται να λάβει μέρος στον επίμαχο προκηρυχθέντα διαγωνισμό, από την προβολή του ιστορικού των προσφορών που υπεβλήθησαν σε αυτόν, προκύπτει ότι πράγματι υπέβαλε προσφορά. Συνακόλουθα, με έννομο συμφέρον προσβάλλει όρους της επίμαχης διακήρυξης, διότι, μολονότι είχε την πρόθεση και συμμετείχε σε αυτόν, ωστόσο, κατά τους ισχυρισμούς του ένεκα των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης αποκλείεται η συμμετοχή του ή πάντως δυσχεραίνεται ουσιαδώς η συμμετοχή του σε αυτόν, για τούτο και συμμετείχε με επιφύλαξη λόγω της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή, στην προσφυγή της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι απαιτήσεις της διακήρυξης: 1) καθ' ο μέρος αφορούν στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, όπως προσδιορίζονται στον όρο 2.2.5 παρ. 2 της διακήρυξης και διευκρινίστηκαν με το με αρ. πρωτ. 14057/27.06.2019 έγγραφο της με θέμα: Διευκρινίσεις σε ερωτήσεις οικονομικών φορέων για το διαγωνισμό, στο μέτρο που μη νόμιμα εξαιρούν έγγραφα, τα οποία δεν προέρχονται από τραπεζικά ιδρύματα (πχ. Βεβαιώσεις δανειοληπτικής ικανότητας από το ΤΜΕΔΕ) την αποκλείουν από τη συμμετοχή, άλλως δυσχεραίνουν ουσιαδώς τη συμμετοχή της, διότι μολονότι διαθέτει βεβαίωση δανειοληπτικής ικανότητας από το ΤΜΕΔΕ, δεν αποκλείεται να κριθεί ότι δεν καλύπτει την επίμαχη απαίτηση της διακήρυξης, και 2) κατά το μέρος που αφορούν την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, όπως προσδιορίζονται στον όρο 2.2.6 της διακήρυξης, περίπτωση β, όπου απαιτείται ένας διπλωματούχος μηχανικός πανεπιστημιακής εκπαίδευσης με τουλάχιστον δεκαετή εμπειρία στην επίβλεψη εργασιών καταμέτρησης και άλλων εργασιών σε μετρητές, ως επιβλέποντα μηχανικό, ο οποίος θα παρέχει τις υπηρεσίες του καθημερινά, είναι υπερβολικές και δυσανάλογες με την υπό ανάθεση σύμβαση. Για τους πιο πάνω λόγους η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης πρέπει να ακυρωθούν.

Αριθμός απόφασης: Α 329 / 2019

9. Επειδή, μετά ταύτα, ο προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του.

10. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και κατόπιν επισκόπησης των εγγράφων της σύμβασης, η υπό εξέταση προσφυγή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη, σε κάθε περίπτωση περιέχει συγκεκριμένους λόγους για τις πλημμέλειες των προσβαλλόμενων όρων. Οριστική κρίση, ωστόσο, επί της ουσίας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, και αν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης παραβιάζουν το διατάξεις του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, 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, 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.

12. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται προ της αποσφράγισης των προσφορών των υποψηφίων συμμετεχόντων.

13. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής, λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι μη νόμιμα ο αναθέτων

Αριθμός απόφασης: Α 329 / 2019

φορέας διενεργεί τον υπό κρίση διαγωνισμό με μη σύννομους όρους, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας.

14. Επειδή, εξάλλου, επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, ο αναθέτων φορέας δεν έχει αποστείλει έως σήμερα απόψεις, ούτε και κατ' άλλον τρόπο ενημέρωσε το επιληφθέν Κλιμάκιο, αλλ' ούτε και προκύπτει, ότι λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την άμεση πρόοδο του διαγωνισμού, ακόμη και αν έχει προκηρυχθεί με μη σύννομους όρους. 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). Άλλωστε, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1051/2019 Πράξεως της Προέδρου του επιληφθέντος Κλιμακίου για την 23η-7ου-2019, η όποια επίπτωση από την αναστολή προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα. 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 που αν ήθελε κάνει δεκτή την προσφυγή, θα επιφέρει την ακυρότητα κάθε πράξης της διαγωνιστικής διαδικασίας που ερείδεται στην προσβαλλόμενη διακήρυξη και που την έχει ως βάση και νόμιμη προϋπόθεση.

15. Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η διαδικασία και να μην αποσφραγιστούν οι προσφορές των συμμετεχόντων σε αυτήν. 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

Αριθμός απόφασης: Α 329 / 2019

υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα του αναθέτοντος φορέα για ταχεία πρόοδο αυτής.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, 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 εξέταση προδικαστική προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου μειοδοτικού διαγωνισμό με α/α ΕΣΗΔΗΣ που διενεργεί η για τη σύναψη σύμβασης για τη «Λήψη ενδείξεων των υδρομετρητών της» για ένα (1) έτος με δικαίωμα προαίρεσης ενός (1) επιπλέον έτους, προϋπολογισμού 380.000,00€ πλέον ΦΠΑ και συνολικού προϋπολογισμού, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης, 760.000,00 € πλέον ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και δη αναστέλλει την αποσφράγιση των προσφορών για το διαγωνισμό μέχρις εκδόσεως απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 16 Ιουλίου 2019, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κατσίκια