

**Αριθμός απόφασης: Α 34/2017**

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Νοεμβρίου 2017 με την εξής σύνθεση:  
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή – Εισηγήτρια και  
Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 27-10-2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό  
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών  
(ΑΕΠΠ)/202/31-10-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) VI/33/31-10-  
2017 των: ..... ατομικά και με την ιδιότητα του νομίμου  
εκπροσώπου της ένωσης με την επωνυμία «

Κατά του αναθέτοντα φορέα με την επωνυμία «

.» και της με αρ.

διακήρυξης δημοπρασίας ανοικτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού για τη μίσθωση φορητών Δ.Χ. και μηχανημάτων έργου για την κάλυψη των αναγκών της ΕΥΔΑΠ.

Με την προδικαστική προσφυγή οι αιτούντες επιδιώκουν να ακυρωθεί στο σύνολό του ο εν εξελίξει Διαγωνισμός για την ΜΙΣΘΩΣΗ ΦΟΡΤΗΓΩΝ Δ.Χ. ΚΑΙ ΜΗΧΑΝΗΜΑΤΩΝ ΕΡΓΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΚΑΛΥΨΗ ΤΩΝ ΑΝΑΓΚΩΝ ΤΗΣ Ε.ΥΔ.Α.Π. Α.Ε. (CPV : που προβλέφθηκε με την άνω διακήρυξη, άλλως να ακυρωθεί η Διακήρυξη και η προκήρυξη του ανωτέρω Διαγωνισμού στο σύνολό τους, να ακυρωθούν οι παρακάτω όροι της Διακήρυξης : α/α 8 του Πίνακα 1, α/α 14 του Πίνακα 1, α/α 1 του Πίνακα 1, 1.3 εδ. δ, 2.2.2.1 εδ. 2, 2.2.6 α, 2.2.6 ii εδ.2, 2.3, 2.4.2.1 εδ. 2, 3.4 εδ. 3, 4.5, 4.6, 1.3.A12, 2.3.A12 και 3.3.A12.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 15.000,00 €, παραδεκτά δε ασκείται κατά τα λοιπά.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τη με αρ.πρωτ. διακήρυξη δημοπρασίας προκήρυξε ανοικτό δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό για τη μίσθωση φορτηγών Δ.Χ. και μηχανημάτων έργου για την κάλυψη των αναγκών της ΕΥΔΑΠ, εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης 4.465.284€, πλέον δικαιώματος προαίρεσης 20% ποσού 893.056,80€ και με δικαίωμα παράτασης για ένα (1) επιπλέον έτος αντί ποσού 4.465.284€ πλέον δικαιώματος προαίρεσης 20% ποσού 893.056,80€, ήτοι συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης ποσού 10.716.681,60€ (μη συμπ/νου του αναλογούντος ΦΠΑ), CPV 45520000-8 και 60181000-0, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση μόνο την τιμή. Η διακήρυξη δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 12-10-2017 με ΑΔΑΜ και , αναρτήθηκε δε στο ΕΣΗΔΗΣ την 17-10-2017 με συστημικό α/α

3. Επειδή, οι προσφεύγοντες παρίστανται ως έχοντες άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού με την ιδιότητά τους ως μέλη της ένωσης με την επωνυμία «

», συνιστούν προδήλως ενδιαφερόμενους προς ανάθεση σε αυτούς της συγκεκριμένης σύμβασης, ενώ αυτονόητα θίγονται από τους προσβαλλόμενους με την προσφυγή τους όρους της διακήρυξης, διότι, όπως δηλώνουν, δεν τους πληρούν και έτσι αποκλείονται από τη συμμετοχή τους στον διαγωνισμό. Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

4. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή οι προσφεύγοντες επικαλούνται ότι: α) παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας με το όρο της διακήρυξης που επιβάλλει επί ποινή αποκλεισμού τα φορτηγά/μηχανήματα έργου να έχουν ημερομηνία κατασκευής μετά την 1/1/1990, β) παραβιάζεται η αρχή της διαφάνειας, καθόσον δεν διευκρινίζεται στη διακήρυξη αν ο οικονομικός φορέας που δεν επιθυμεί να υποβάλλει προσφορά για όλα τα

φορτηγά ή /και τα μηχανήματα, μπορεί να υποβάλει προσφορά για περισσότερες από μία κατηγορία φορτηγών ή/και μηχανημάτων, για έναν αριθμό φορτηγών από μία κατηγορία και ένα αριθμό φορτηγών από άλλη κατηγορία, για ένα αριθμό μηχανημάτων από μία κατηγορία και ένα αριθμό μηχανημάτων από άλλη κατηγορία, για ένα αριθμό φορτηγών και ένα αριθμό μηχανημάτων, γ) δεν χρειάζονται 10 «Φορτηγά Δ.Χ. από 6.001-9.000» αλλά 10 «ΑΝΑΤΡΕΠΟΜΕΝΑ Φορτηγά Δ.Χ. 6.001-9.000» για εντός Αττικής. **γ)** η προκήρυξη διαλαμβάνει λανθασμένα στοιχεία, αφού δεν χρειάζονται 10 «Φορτηγά ΔΧ από 6.001-9.000» αλλά 10 «ΑΝΑΤΡΕΠΟΜΕΝΑ Φορτηγά ΔΧ 6.001-9.000» για εντός Αττικής. Επίσης το πιστοποιητικό ΚΤΕΟ ζητείται από τη διακήρυξη να είναι 6μήνου, ενώ για τα φορτηγά μέχρι 3,5 τ. απαιτείται ΚΤΕΟ κάθε χρόνο και για τα φορτηγά άνω των 3,5 τ. κάθε 2 χρόνια, **δ)** παράνομα προβλέπεται στον όρο 3.4. εδ.3 της διακήρυξης η προδικαστική προσφυγή να υποβάλλεται με ηλεκτρονική υπογραφή και επίσης παράνομα προβλέπεται στον όρο 2.4.2.1. εδ.2 της διακήρυξης η προσφορά των υποψηφίων να υποβάλλεται με ψηφιακή υπογραφή, **ε)** παράνομα έχει υπολογιστεί η εγγύηση συμμετοχής, αφού για την τμηματική προσφορά ο υπολογισμός δεν γίνεται συνυπολογιζομένων των δικαιωμάτων προαίρεσης και παράτασης, αλλά στην εκτιμώμενη αξία του προσφερόμενου τμήματος, ενώ για την προσφορά του συνολικού έργου συνυπολογίζονται στην εγγύηση συμμετοχής τα δικαιώματα προαίρεσης και παράτασης της σύμβασης. Επίσης δεν περιέχεται αναφορά κάθε ύψους εγγύησης συμμετοχής για κάθε κατηγορία φορτηγών και μηχανημάτων έργου σε ευρώ αριθμητικώς και ολογράφως, όπως αναφέρεται για το συνολικό ποσό σε περίπτωση συνολικής προσφοράς, **στ)** η 3ετής εμπειρία που ζητείται σε έργα επισκευής και λειτουργίας δικτύων ύδρευσης/αποχέτευσης, σύμφωνα με τον όρο 2.2.6. α της διακήρυξης, δεν επαρκεί για να αποδείξει τη σχετική ικανότητα, το δε κριτήριο ανάθεσης του όρου 2.3 της διακήρυξης που αφορά στην πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής δεν είναι ορθό και θα έπρεπε η εν προκειμένω σύμβαση να ανατεθεί με βάση τη συμφερότερη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση εμπειρίας στο αντικείμενο της συντήρησης, επισκευής και λειτουργίας δικτύων ύδρευσης/αποχέτευσης – τιμής, **ζ)** σύμφωνα με τους 4.6, 1.3.A12, 2.3.A12, 3.3.A12 και 4.3.A12 της διακήρυξης μόνο ο μισθωτής (ΕΥΔΑΠ) έχει δικαίωμα να καταγγείλει τη μίσθωση, όχι όμως ο εκμισθωτής, γεγονός που παραβιάζει

τα άρθρα 5 και 20 παρ.1 του Συντάγματος, **η)** ο αναθέτων φορέας τεχνητά αναβίβασε τον προϋπολογισμό της διακήρυξης πάνω από το κοινοτικό όριο για να εκμεταλλευτεί τις προνομιακές γι' αυτόν και δυσβάσταχτες για τους προσφεύγοντες προβλέψεις της νομοθεσίας ομαδοποιώντας δύο κατηγορίες που καταρχήν μπορούσαν να αποτελέσουν αντικείμενο διακριτών διαγωνισμών, ήτοι ένας διαγωνισμός για τα φορτηγά και ένας για τα μηχανήματα έργου, το δε προβλεπόμενο στον όρο 4.5 της διακήρυξης δικαίωμα προαίρεσης αιτιολογείται με γενικό και αόριστο τρόπο –και- **θ)** ο εν λόγω διαγωνισμός προκηρύσσεται κατά κατάχρηση δικαιώματος, αφού στην πραγματικότητα πρόκειται για συμβάσεις εξαρτημένης εργασίας και δη αορίστου χρόνου και όχι για δημόσιες συμβάσεις μίσθωσης φορτηγών και μηχανημάτων έργου.

5. Επειδή ο αναθέτων φορέας με το με αρ.πρωτ.20/6-11-2017 έγγραφό του διατύπωσε τις απόψεις του επί του αιτήματος αναστολής των προσφευγόντων, με βάση τις οποίες το σχετικό αίτημα πρέπει να απορριφθεί επειδή: **α)** η προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί απαραδέκτως αφού δεν φέρει προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή, **β)** ο επαπειλούμενος κίνδυνος για τους προσφεύγοντες δεν είναι ικανός να δικαιολογήσει την αναστολή του διαγωνισμού, καθόσον οι προσφεύγοντες ήδη συμβάλλονται με τον αναθέτοντα φορέα μέχρι τη λήξη των συμβάσεών τους, **γ)** αντίθετα η ενδεχόμενη αναστολή θα προκαλέσει ανεπανόρθωτη βλάβη στον αναθέτοντα φορέα και στην εύρυθμη λειτουργία του, αφού ιδίως τα μηχανήματα επισκευής και συντήρησης των δικτύων ύδρευση και αποχέτευσης είναι απολύτως αναγκαία για τα εν εξελίξει έργα του.

6. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας 40/2017 Πράξης του Προέδρου του σε εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω προσφυγής.

7. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων και δη: **α)** εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, **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 των προσφευγόντων συμπεριλαμβανομένων εξάλλου των συμφερόντων του αναθέτοντα φορέα, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης, όπως εν προκειμένω), όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

**8.** Επομένως, όσον αφορά την 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 της προσφεύγουσας, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων 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.

**9.** Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση οι προσφεύγοντες προβάλλουν ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής

αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία των προσφευγόντων από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

**10.** 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 του αναθέτοντος φορέα, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμες αποφάσεις διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής - μετά από περαιτέρω πρόοδό της και προώθηση σε επόμενα στάδια - θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για τον αναθέτοντα φορέα όσο και για τους λοιπούς συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του σταδίου υποβολής προσφορών.

**11.** Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της 40/2017 Πράξεως του Προέδρου του Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 15-11-2017, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής για εύλογο χρόνο προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα ή τρίτους.

**12.** 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 της περάτωσης της διαδικασίας υποβολής προσφορών έως και την 1<sup>η</sup> Δεκεμβρίου 2017. Η παράταση αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό του αναθέτοντα φορέα 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 για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την ενδιάμεση και εντός του χρόνου της χορηγούμενης παρατάσεως, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

**13.** Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη το στάδιο υποβολής προσφορών έως και την 1η Δεκεμβρίου 2017.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 8-11-2017 και εκδόθηκε στις 9-11-2017 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**



**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ**

