

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21 Αυγούστου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης - Εισηγητής - δυνάμει της με αριθμό 1255/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Κωνσταντίνο Κορομπέλη, Μέλη

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1007/12-08-2019, της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «....», που εδρεύει στην, όπως νομίμως εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα» ή «....»)

Κατά του Δήμου, που εδρεύει στη, (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ» ή «Δήμος») και κατά της με αρ. 144/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη ή «προσβαλλόμενη απόφαση») που ελήφθη στο πλαίσιο δημόσιου ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, που ο Δήμος διενεργεί για την ανάθεση της υπηρεσίας «....», προϋπολογισμού 118.800,00€ πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (αριθ. διακήρυξης) (εφεξής «διαγωνισμός»), κατά το μέρος που δεν αποκλείσθηκε από τη συνέχεια του διαγωνισμού ο διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας, για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αριθμός απόφασης: Α 392 / 2019

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο Δήμος με τη με αριθ. διακήρυξή του, η οποία έλαβε τον αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ και δημοσιεύθηκε νομίμως και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων, λαμβάνοντας ΑΔΑΜ, προκήρυξε τον ελεγχόμενο διαγωνισμό. Σε αυτόν υπέβαλαν προσφορές τρεις (3) οικονομικοί φορείς, η προσφεύγουσα, με αρ. προσφοράς συστήματος, η με την επωνυμία, με αρ. προσφοράς συστήματος και ο φορέας, με αρ. προσφοράς συστήματος, Με τη με αριθμό 144/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, ήδη προσβαλλόμενη απόφαση, κατ' έγκριση του από 18-07-2019 πρακτικού αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών της Επιτροπής του διαγωνισμού, έγιναν δεκτές οι προσφορές της προσφεύγουσας και του φορέα και απερρίφθη η προσφορά της με την επωνυμία, Κατά της απόφασης αυτής της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, κατά το μέρος που δεν απέρριψε και την προσφορά του φορέα, άσκησε η προσφεύγουσα την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

2. Επειδή, με την εν λόγω προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 12-08-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, πέραν του αιτήματός της να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά τις ειδικές στην προσφυγή της αιτιάσεις και με τα σε αυτήν ειδικότερα αιτήματα, η προσφεύγουσα αιτείται και να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, (118.800,00€), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, που αποτελεί μη κεντρική κυβερνητική αρχή και ανήκει στον υποτομέα ΟΤΑ, των δραστηριοτήτων που ασκεί, μεταξύ των οποίων είναι και η υδροδότηση των οικισμών, η διαχείριση των αστικών λυμάτων και η προστασία του περιβάλλοντος και του χρόνου

Αριθμός απόφασης: Α 392 / 2019

εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση της διακήρυξης στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων, με ΑΔΑΜ μετά την 26-06-2017), δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των Οδηγιών 2014 / 24 και 25/ ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, 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.

4. Επειδή, όπως προκύπτει από τα αναρτημένα στοιχεία στην λειτουργικότητα της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α), η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πιθανολογείται ότι έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 600,00€, το οποίο αποτελεί το ελάχιστο ύψος καταβαλλόμενου ποσού παραβόλου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προϋπολογισθείσα αξία της υπηρεσίας, στα πλαίσια της οποίας ασκεί την προσφυγή της η προσφεύγουσα, ανέρχεται χωρίς ΦΠΑ στα 118.800,00€.

5. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα αφού συμμετείχε στον διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά, που έγινε δεκτή, με πρόδηλο έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, κατά το μέρος που έγινε δεκτή και η προσφορά του φορέα διότι, δοθέντος ότι η προσφορά της προσφεύγουσας θα ήταν η μόνη που θα είχε γίνει δεκτή, υφίσταται ζημία από τη μη νόμιμη κατά τους ισχυρισμούς της αποδοχή της προφοράς του καθ' ου φορέα, για τους λόγους που αναφέρει στην προσφυγή της.

Αριθμός απόφασης: Α 392 / 2019

6. Επειδή, η προσφεύγουσα συγκεκριμένα ισχυρίζεται, ότι κατά παράβαση των όρων των άρθρων 2.2.6 της διακήρυξης περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και 2.9.2.Β.4.γ περί αποδεικτικών μέσων του ως άνω κριτηρίου επιλογής ο καθ' ου φορέας υπέβαλε την υπ' αριθ. πρωτ. 469/11-2-2019 βεβαίωση της ...για την καλή εκτέλεση της υπηρεσίας που αφορούσε τη λειτουργία και συντήρηση της εγκατάστασης επεξεργασίας λυμάτων του αερολιμένα, σύμφωνα με την οποία η εν λόγω σύμβαση αφορούσε 66.000 ισοδύναμους κατοίκους, πλην όμως όπως προκύπτει από την συνυποβαλλόμενη με την προσφυγή της μελέτη, βάσει της οποίας εκτελέστηκε η ως άνω σύμβαση («.....»), αυτή αφορά σε ισοδύναμο αριθμό 66.000 εξυπηρετούμενων επιβατών και όχι κατοίκων. Περαιτέρω, επισημαίνει ότι όπως προκύπτει από τις στην εν λόγω μελέτη παραμέτρους σχεδιασμού τουτου αερολιμένα, σε συνδυασμό με τους ορισμούς της μονάδας ισοδύναμου πληθυσμού κατά το άρθρο 2 της Οδηγίας 91/271 της Ευρωπαϊκής Ένωσης η δυναμικότητα τουαεροδρομίου ανέρχεται σε 277kg/d / 60gr/κατ. δηλαδή ισούται περίπου με 4.615 ισοδύναμους κατοίκους, αντί των 35.000 κατοίκων που απαιτεί η διακήρυξη. Εξάλλου και η έτερη σύμβαση, την εκτέλεση της οποίας επικαλέστηκε ο ως άνω διαγωνιζόμενος, ήτοι η «.....», δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης, αφού, σύμφωνα με την υπ' αριθ. πρωτ. 2506/3-9-2018 βεβαίωση της ΔΕΥΑ, η σύμβαση αυτή αφορούσε 13.950 ισοδύναμους κατοίκους αντί του απαιτούμενου από τη διακήρυξη αριθμού των 35.000 κατοίκων. Συνακόλουθα, η προσβαλλόμενη απόφαση, με την οποία η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου ενέκρινε το από 18-7-2019 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και έκρινε νόμιμη (παραδεκτή) την προσφορά του εν λόγω διαγωνιζομένου, δεν είναι νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί. Εξάλλου, και το συνυποβαλλόμενο με την προσφυγή έγγραφο του καθ' ου φορέα, το οποίον απέστειλε στην αναθέτουσα σε απάντηση του υπ' αριθ. πρωτ. 13191/2-8-2019 εγγράφου της αναθέτουσας αρχής, με το οποίο μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης πράξης της ζητούσε διευκρινήσεις σχετικά με την απαιτούμενη από τη διακήρυξη εμπειρία με την αποστολή των εγκεκριμένων μελετών δημοπράτησης των

Αριθμός απόφασης: Α 392 / 2019

επικαλουμένων (για την απόδειξη της εμπειρίας) εκτελεσθεισών συμβάσεων, από τις οποίες θα προκύπτουν οι παράμετροι του κάθε έργου και ο ακριβής ισοδύναμος πληθυσμός του, δεν περιέχει κανένα στοιχείο από τις μελέτες του έργου του Αεροδρομίου ... στο οποίο να φαίνονται οι παράμετροι σχεδιασμού του έργου (παροχές, φορτίο, ισοδύναμος πληθυσμός κλπ.), συνιστά δε ομολογία ότι η σύμβαση, την εκτέλεση της οποίας επικαλέστηκε για την απόδειξη της σχετικής εμπειρίας του, αφορά εξυπηρετούμενους επιβάτες και όχι κατοίκους (διαφορετικό, δηλαδή, μέγεθος).

7. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

8. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ισχυρισμών της προσφεύγουσας και της διακήρυξης του διαγωνισμού, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, η υπό εξέταση προσφυγή δεν είναι προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη, σε κάθε περίπτωση περιέχει συγκεκριμένους λόγους για τις πλημμέλειες της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής κατά της οποίας βάλλει. Η κρίση, ωστόσο, για τη βασιμότητά τους, απαιτεί ενδελεχή έρευνα, εμπεριέχει δε και τεχνική κρίση, που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9, 10, 20, 41, 46/2015).

9. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο προ της αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών που έχουν ήδη αποσφραγιστεί..

10. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής, από την πρόοδο της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της προσφυγής της ότι μη νόμιμα η Αναθέτουσα Αρχή διενεργεί τον υπό κρίση διαγωνισμό, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας.

Αριθμός απόφασης: Α 392 / 2019

11. Επειδή, εξάλλου, δεν προέκυψε αποδεδειγμένα ότι λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την άμεση πρόοδο του διαγωνισμού. 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 1255/2019 Πράξεως της Προέδρου του επιληφθέντος Κλιμακίου για την 17η-09-2019, 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 θα ερείδεται στην προσβαλλόμενη απόφαση.

12. 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 αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών και η ανάδειξη προσωρινού αναδόχου της σύμβασης. 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.

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

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: Α 392 / 2019

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του δημόσιου ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, που διενεργεί ο Δήμος για την ανάθεση της υπηρεσίας «....», προϋπολογισμού 118.800,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (αριθ. διακήρυξης και α/α ΕΣΗΔΗΣ), και συγκεκριμένα αναστέλλει την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων φορέων στον διαγωνισμό και την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου της σύμβασης, μέχρις εκδόσεως απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 21 Αυγούστου 2019, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 22 Αυγούστου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κατσίκια