

Αριθμός απόφασης: Α 450 / 2018

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 08 Οκτωβρίου 2018, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Νικόλαο Σαββίδη, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 976/28-09-2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «», που κατοικοεδρεύει στην επί της οδού, αριθμ., στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθμ. πρωτ. (ΑΔΑΜ:) Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «», με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΕΝΤΡΙΚΩΝ ΑΓΩΓΩΝ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΟΔΟΥ, ΠΕΡΙΟΧΗΣ –ΚΑΙ ΟΔΟΥ, εκτιμώμενης αξίας 483.870,97€ άνευ Φ.Π.Α., (αρ.συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), που στρέφεται ειδικότερα κατά της υπ' αριθμόν 301/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του (πρακτικό 42/17-9-2018), με την οποία, εγκρίθηκε το από 13-09-2018 πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού και κηρύχθηκε απαράδεκτη η προσφορά που ο προσφεύγων υπέβαλε στον επίμαχο διαγωνισμό, για τους σε αυτό αναφερόμενους λόγους. Η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 27-09-2018, οπότε και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ και χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 28-09-2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή του ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης πράξης.

Αριθμός απόφασης: Α 450 / 2018

Στην υπό κρίση προσφυγή του ο προσφεύγων σώρευσε και αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας με το οποίο ειδικότερα αιτείται να ανασταλεί η εκτέλεση της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της παρούσας προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016, ποσού 2.420 ευρώ, ήτοι 483.870,97 ευρώ προϋπολογισμένη αξία συμβάσεως, χωρίς ΦΠΑ $\times 0,5\% = 2.420$ ευρώ, (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου).

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 την 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, 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, δεδομένου ότι, όπως προκύπτει τον ηλεκτρονικού τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 21-09-2018 κοινοποιήθηκε η προσβαλλομένη στον προσφεύγοντα. Ο δε προσφεύγων άσκησε την υπό κρίση προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ στις 27-09-2018, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω Προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της Σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345

Αριθμός απόφασης: Α 450 / 2018

παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε ποσό 483.870,97 ευρώ (πλέον ΦΠΑ). Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται η υπό κρίση Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της (έργο), της ημερομηνίας αποστολής της διακήρυξης για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 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, με την προσφυγή του ο προσφεύγων προβάλλει ότι: Α. Ο 1ος λόγος αποκλεισμού της προσφοράς του, σύμφωνα με την προσβαλλομένη, ο οποίος συνίσταται, στο ότι «δεν συμπληρώθηκε ο αριθμός διακήρυξης (ΑΔΑΜ) στην εγγυητική συμμετοχής», τυγχάνει μη νόμιμος δεδομένου ότι αφενός μεν η διακήρυξη ταυτοποιείται πλήρως, έστω και χωρίς την αναφορά του ΑΔΑΜ και, ως εκ τούτου, πληρούται η απαίτηση του άρθρου 15 αυτής και, περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση, πρόκειται για ήσσονος σημασίας πλημμέλεια, η οποία, υπό το φως της αρχής της αναλογικότητας, δεν μπορεί να οδηγήσει σε αποκλεισμό. Β. Ο 2^{ος} λόγος αποκλεισμού της προσφοράς του, ο οποίος συνίσταται, στο ότι «δεν προσκόμισε πρωτότυπο φάκελο με πρωτότυπη εγγυητική επιστολή σύμφωνα με το άρθρο 3.5.Β. της διακήρυξης», τυγχάνει μη νόμιμος διότι, εν προκειμένω, ο προσφεύγων προσκόμισε την συνημμένη ηλεκτρονική εγγυητική επιστολή του ΤΜΕΔΕ, φέρουσα προηγμένη – εγκεκριμένη ψηφιακή υπογραφή και μοναδικό αναγνωριστικό QR code, χωρίς να προσκομίσει μεταγενεστέρως το (μη υφιστάμενο) πρωτότυπο αυτής, η δε αναθέτουσα αρχή που, παρά τα ανωτέρω απέρριψε την προσφορά του, ερμήνευσε και εφάρμοσε εσφαλμένα το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού. Από την ορθή και εναρμονισμένη ερμηνεία του αναλυτικά εκτιθέμενου στην προσφυγή κανονιστικού πλαισίου, προκύπτει ότι η προσφορά του ήταν παραδεκτή και ότι κακώς αποκλείσθηκε για τον υπόψη λόγο, διότι ο σχετικός, υπ' αριθμόν 3.5.β., όρος της διακήρυξης, δεν καταλαμβάνει τις περιπτώσεις των ηλεκτρονικών εγγυητικών

Αριθμός απόφασης: Α 450 / 2018

επιστολών. Τυχόν αντίθετη εκδοχή θα οδηγούσε σε άτοπα αποτελέσματα, καθόσον, είτε θα απέκλειε την δυνατότητα προσκόμισης εγγυητικών επιστολών εκδόσεως του ΤΜΕΔΕ (σε αντίθεση με τα άρθρα 72 του Ν 4412/2016 και 15.1. της διακήρυξης), είτε θα υποχρέωνε τους προσφέροντες στα αδύνατα (ήτοι να προσκομίσουν πρωτότυπο μη υφισταμένου, φυσικού, εγγράφου). Γ. Ο 3^{ος} λόγος αποκλεισμού της προσφοράς του, ο οποίος συνίσταται, στο ότι «κακώς συμπλήρωσε στο μέρος II ενότητα Α του ΤΕΥΔ ότι είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο, ενώ σύμφωνα με την οδηγία 23 της ΕΑΑΔΗΣΥ καθώς και την απάντηση στο ερώτημα 51 της ΕΑΑΔΗΣΥ, μόνο όσοι διαθέτουν ενημερότητα καθώς και πτυχίο ΜΕΕΠ ανήκουν σε επίσημο κατάλογο έως την ψήφιση του ΜΗΤΕ», είναι μη νόμιμος διότι, σύμφωνα με το άρθρο 21 της διακήρυξης, δικαίωμα συμμετοχής στον διαγωνισμό έχουν, μεταξύ άλλων, ημεδαπές επιχειρήσεις, κατέχουσες εργοληπτικό πτυχίο 1ης τάξης και άνω, είτε στη κατηγορία ΥΔΡΑΥΛΙΚΩΝ, είτε στην κατηγορία Η/Μ. Ακόμη, σύμφωνα με το άρθρο 22.Β., όσον αφορά στην καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, αρκεί η εγγραφή στο ΜΕΕΠ στις ανωτέρω κατηγορίες, ενώ, σύμφωνα με τα άρθρα 22.Γ. και 22.Δ., πέραν του πτυχίου συγκεκριμένης κατηγορίας και τάξης δεν απαιτείται άλλη προϋπόθεση οικονομικής & χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής & επαγγελματικής καταλληλότητας. Προς προκαταρκτική απόδειξη της ανωτέρω προϋπόθεσης συμμετοχής στον διαγωνισμό (κατοχή εργοληπτικού πτυχίου 1ης τάξης και άνω στις προαναφερόμενες κατηγορίες), οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να συμπληρώσουν ΤΕΥΔ. Σχετικά με την εν λόγω προϋπόθεση, είναι το κεφάλαιο Α του μέρους II του ΤΕΥΔ («πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα») αφενός και το μέρος IV («κριτήρια επιλογής») αφετέρου. Στο κεφάλαιο Α του μέρους II υφίσταται ερώτημα περί του αν ο διαγωνιζόμενος είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορών. Σε περίπτωση αρνητικής απαντήσεως, ουδέν άλλο στοιχείο απαιτείται. Αντίθετα, σε περίπτωση θετικής απαντήσεως συμπληρώνονται, επιπλέον, ο αριθμός εγγραφής, το αν αυτή καλύπτει τα κριτήρια επιλογής, ο τόπος ηλεκτρονικής διάθεσης του σχετικού πιστοποιητικού, καθώς και το αν ο

Αριθμός απόφασης: Α 450 / 2018

διαγωνιζόμενος θα είναι σε θέση να προσκομίσει βεβαιώσεις ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας. Το μέρος IV του ΤΕΥΔ αφορά σε όλους τους διαγωνιζόμενους, είτε είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημο κατάλογο είτε όχι. Στο μέρος αυτό, αρκεί να αναφερθεί το εργοληπτικό πτυχίο και η μη υπέρβαση των ορίων ανεκτελέστου. Δηλαδή εν προκειμένω, δεν απαιτούνται η διαβεβαίωση περί δυνατότητας απόδειξης της φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας, η υπόδειξη του διαδικτυακού τόπου από τον οποίο μπορεί να αναζητηθεί το εργοληπτικό πτυχίο κλπ. Ο προσφεύγων συμπλήρωσε αμφότερα τα ανωτέρω πεδία του ΤΕΥΔ. Ειδικότερα, όσον αφορά στο κεφάλαιο Α του μέρους II, απάντησε θετικά στο ερώτημα περί του αν είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων και εν συνεχεία ανέφερε ότι κατέχει συγκεκριμένο πτυχίο ΜΕΕΠ 1ης τάξεως στις κατηγορίες ΟΔΟΠΟΙΑ και ΥΔΡΑΥΛΙΚΑ, μνημόνευσε την διαδικτυακή διεύθυνση όπου αυτό διατίθεται, δήλωσε ότι το πτυχίο του καλύπτει τα κριτήρια επιλογής και διαβεβαίωσε ότι θα είμαι σε θέση να προσκομίσω αποδεικτικά ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας. Αντίστοιχα, όσον αφορά στο μέρος IV, ανέφερε και πάλι τα στοιχεία του εργοληπτικού του πτυχίου και δήλωσε ότι δεν υπερβαίνει τα όρια ανεκτελέστου. Σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση τυγχάνει αποκλειστέος, διότι, εφόσον, ως επιχείρηση 1ης τάξεως δεν διαθέτει ενημερότητα πτυχίου, η εγγραφή του στο ΜΕΕΠ δεν συνιστά εγγραφή σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων. Όφειλε λοιπόν να απαντήσει αρνητικά στο σχετικό ερώτημα του κεφαλαίου Α του μέρους II και να αφήσει ασυμπλήρωτα τα εν συνεχεία πεδία (αριθμός πτυχίου, ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα κλπ), που αφορούν μόνο όσους έχουν δώσει θετική απάντηση. Επειδή όμως συμπλήρωσε τα ανωτέρω πεδία, ήτοι επειδή έδωσε εκ περισσού τις σχετικές (πρόσθετες) ορθές πληροφορίες και διαβεβαιώσεις προς την αναθέτουσα αρχή, θεωρήθηκε ότι η προσφορά του κατέστη απαράδεκτη. Περαιτέρω, ο αποκλεισμός του για τον επίμαχο λόγο παρίσταται εντελώς αδικαιολόγητος. Ειδικότερα: α) Δικαιολογητικά – πληροφορίες που υποβάλλονται – παρέχονται εκ περισσού, ήτοι χωρίς να απαιτούνται από την διακήρυξη, δεν

Αριθμός απόφασης: Α 450 / 2018

λαμβάνονται υπόψη κατά την αξιολόγηση του παραδεκτού ή μη της προσφοράς των διαγωνιζομένων (βλ ΕΑ ΣΤΕ 79/2010, 8η σκέψη, 632/2010, 1328/2008). β) Είναι βέβαιο, ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έλαβε υπόψη της το σύνολο της Κατευθυντήριας Οδηγίας της ΕΑΑΔΗΣΥ, την οποία επικαλέσθηκε προκειμένου να τον αποκλείσει καθώς, αγνόησε, τόσο την παράγραφο 2.3.3. αυτής, σύμφωνα με την οποία δεν είναι επιτρεπτός ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου λόγω μη συμπλήρωσης ή εσφαλμένης συμπλήρωσης πεδίων του ΤΕΥΔ τα οποία δεν αφορούν στην καταλληλότητα και στις εν γένει προϋποθέσεις συμμετοχής του στον διαγωνισμό, όσο και την παράγραφο 2.3.1., όπου επισημαίνεται, emphaticά, ότι επουσιώδεις ελλείψεις και σφάλματα που αφορούν στην συμπλήρωση του ΤΕΥΔ, καθιστούν δέσμια την αρμοδιότητα προσφυγής στην διαδικασία του άρθρου 102 του Ν 4412/2016.

6. Επειδή, ο προσφεύγων έχει προφανές έννομο συμφέρον για την υποβολή της παρούσας προσφυγής καθώς και της αίτησης για τη λήψη προσωρινών μέτρων καθώς αυτός συμμετέχει στον υπό κρίση διαγωνισμό και επιδιώκει να αναδειχθεί ο ίδιος προσωρινός μειοδότης στον επίμαχο διαγωνισμό εφόσον η προσφυγή του γίνει δεκτή. Επομένως ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατά το αίτημα τούτο, τουλάχιστον, με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη σε περίπτωση τυχόν παρανομίας αυτής.

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»*

Αριθμός απόφασης: Α 450 / 2018

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) 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: Α 450 / 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, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε κριθεί από την ΑΕΠΠ, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης 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

Αριθμός απόφασης: Α 450 / 2018

της προκείμενης προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντος φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

14. Επειδή, επομένως η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία.

15. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο 1ος λόγος αποκλεισμού της προσφοράς του, σύμφωνα με την προσβαλλόμενη, ο οποίος συνίσταται, στο ότι «δεν συμπληρώθηκε ο αριθμός διακήρυξης (ΑΔΑΜ) στην εγγυητική συμμετοχής», τυγχάνει μη νόμιμος δεδομένου ότι αφενός μεν η διακήρυξη ταυτοποιείται πλήρως, έστω και χωρίς την αναφορά του ΑΔΑΜ και, ως εκ τούτου, πληρούται η απαίτηση του άρθρου 15 αυτής και, περαιτέρω, σε κάθε περίπτωση, πρόκειται για ήσσονος σημασίας πλημμέλεια, η οποία, υπό το φως της αρχής της αναλογικότητας, δεν μπορεί να οδηγήσει σε αποκλεισμό.

16. Επειδή, από την επισκόπηση της επίμαχης εγγυητικής επιστολής προέκυψε ότι ο προσφεύγων προσκόμισε την ηλεκτρονική εγγυητική επιστολή συμμετοχής, εκδόσεως του ΤΜΕΔΕ, στην οποία, πράγματι, δεν αναφέρεται ο αριθμός ΑΔΑΜ της σχετικής διακήρυξης. Πλην, όμως, αναφέρονται, μεταξύ άλλων, η αναθέτουσα αρχή, ο τίτλος του δημοπρατούμενου έργου, που ταυτίζεται με τον αναφερόμενο στο άρθρο 11 της διακήρυξης και η ημερομηνία υποβολής των προσφορών, που προβλέπεται στο άρθρο 18 αυτής έτσι ώστε πιθανολογείται ότι δεν μπορεί να προκύψει αμφισβήτηση περί του ποίας διακηρύξεως πρόκειται, έστω και αν, από πιθανή παραδρομή του εκδότη της εγγυητικής επιστολής, δεν συμπληρώθηκε το πεδίο αναφοράς του σχετικού ΑΔΑΜ.

17. Επειδή, έχει κριθεί από την Αρχή ότι, υπό το φως της αρχής της αναλογικότητας, ήσσονος σημασίας πλημμέλειες της εγγυητικής επιστολής (και ειδικότερα, στις κριθείσες περιπτώσεις, ασάφεια ως προς την διαδικασία κατάπτωσης και παράλειψη αναφοράς του ΑΦΜ του διαγωνιζομένου, βλ. υπ'

Αριθμός απόφασης: Α 450 / 2018

αριθ 198/2018, 102/2017 ΑΕΠΠ), δεν μπορούν να οδηγήσουν σε αποκλεισμό. Η απόρριψη της προσφοράς για τέτοιους λόγους, θα συνιστούσε αφόρητη τυπολατρία και αδικαιολόγητη εμμονή στη γραμματική διατύπωση των οικείων διατάξεων της διακήρυξης, χωρίς να συνάγεται ποια είναι τα προστατευτέα δικαιώματα, που, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας, κλήθηκε να προασπίσει η αναθέτουσα αρχή με την κήρυξη του απαραδέκτου της προσφοράς (βλ. σκ.17, 102/2017 ΑΕΠΠ). Πράγματι, αυτό που έχει σημασία είναι η διασφάλιση της ανυπαρξίας νομικών ή πραγματικών κωλυμάτων της αναθέτουσας αρχής ως προς την δυνατότητα είσπραξης του ποσού της εγγυητικής επιστολής σε περίπτωση κατάπτωσης της, σκοπός ο οποίος πιθανολογείται ότι δεν διακυβεύεται από την παράλειψη αναφοράς του ΑΔΑΜ της διακήρυξης η ταυτοποίηση της οποίας, όμως, είναι αδιαμφισβήτητη, λόγω της μνείας ετέρων, αρκούντως προσδιοριστικών, στοιχείων (αναθέτουσα αρχή, ημερομηνία διαγωνισμού, τίτλος έργου, κλπ).

18.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω πιθανολογείται βάσιμος ο πρώτος λόγος της προσφυγής.

19.Επειδή, συνεπώς η παρούσα προσφυγή δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη πιθανολογείται δε ότι θα γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος αυτή. Περαιτέρω δε στο παρόν στάδιο της διαδικασίας για την έκδοση προσωρινών μέτρων παρέλκει η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής.

20. Επειδή, στο επόμενο στάδιο κατά τη διακήρυξη πρόκειται να εκδοθεί η απόφαση κατακύρωσης του διαγωνισμού. Ειδικότερα, κατά το άρθρο 4.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου/ Κατακύρωση/ Πρόσκληση για υπογραφή σύμβασης : «α) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο άρθρο 4.1, η αναθέτουσα αρχή δημιουργεί μια ηλεκτρονική πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών, βάσει της λειτουργικότητας «Δημιουργία Πρόσκλησης Υποβολής Δικαιολογητικών» του υποσυστήματος, προσκαλώντας τον προσωρινό ανάδοχο να υποβάλλει εντός προθεσμίας 10 ημερών τα

Αριθμός απόφασης: Α 450 / 2018

δικαιολογητικά που καθορίζονται στο άρθρο 23.2 - 23.10 της παρούσας. [..]β) Τα δικαιολογητικά του προσωρινού αναδόχου υποβάλλονται από τον οικονομικό φορέα ηλεκτρονικά στον χώρο «Συνημμένα Ηλεκτρονικής Υποβολής Δικαιολογητικών» της συγκεκριμένης πρόσκλησης υποβολής δικαιολογητικών, σε μορφή ηλεκτρονικού αρχείου Portable Document Format (PDF) [...]ε) Η διαδικασία ελέγχου των ως άνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από την Επιτροπή Διαγωνισμού και την υποβολή στην αναθέτουσα αρχή του σχετικού ηλεκτρονικού αρχείου, ως “εσωτερικό”, μέσω της λειτουργίας “επικοινωνία” του υποσυστήματος, προς έγκριση. στ) Η αναθέτουσα αρχή προβαίνει, μετά την έγκριση του ανωτέρω πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, στην κοινοποίηση της απόφασης κατακύρωσης, μαζί με αντίγραφο όλων των πρακτικών της διαδικασίας ελέγχου και αξιολόγησης των υποβληθέντων δικαιολογητικών σε κάθε προσφέροντα, εκτός από τον προσωρινό ανάδοχο, σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, μέσω του υποσυστήματος [...]Μετά την ολοκλήρωση του προσυμβατικού ελέγχου από το Ελεγκτικό Συνέδριο, εφόσον απαιτείται, σύμφωνα με τα άρθρα 35 και 36 του ν. 4129/201317, ο προσωρινός ανάδοχος, υποβάλλει επικαιροποιημένα τα δικαιολογητικά του άρθρου 23.3-23.10 της παρούσας, μετά από σχετική πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής, μέσω της λειτουργικότητας “επικοινωνία” του υποσυστήματος. Εφόσον διαπιστωθεί ότι, δεν έχουν εκλείψει οι προϋποθέσεις συμμετοχής του άρθρου 21, ότι εξακολουθούν να πληρούνται τα κριτήρια επιλογής του άρθρου 22 και ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού του ίδιου άρθρου, κοινοποιείται, μέσω της λειτουργικότητας “επικοινωνία” του υποσυστήματος, η απόφαση κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο. Με την ίδια απόφαση καλείται ο ανάδοχος όπως προσέλθει σε ορισμένο τόπο και χρόνο για την υπογραφή του συμφωνητικού, εντός είκοσι (20) ημερών από την κοινοποίηση ειδικής ηλεκτρονικής πρόσκλησης, μέσω της λειτουργικότητας “επικοινωνία” του υποσυστήματος, προσκομίζοντας, και την απαιτούμενη εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης. Η εν λόγω κοινοποίηση επιφέρει τα έννομα αποτελέσματα

Αριθμός απόφασης: Α 450 / 2018

της απόφασης κατακύρωσης, σύμφωνα με οριζόμενα στην παρ. 3 του άρθρου 105 του ν.4412/2016[...]

21. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης και προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής, λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης του προσφεύγοντα, σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής ότι η προσβαλλομένη πρέπει να ακυρωθεί.

22. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό κρίση 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 άρθρου 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για την ταχεία πρόοδο αυτής.

23. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων του αιτούντος.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της με αριθμ. πρωτ. (με ΑΔΑΜ: ...) Διακήρυξης του, με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΕΝΤΡΙΚΩΝ ΑΓΩΓΩΝ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΟΔΟΥ, ΠΕΡΙΟΧΗΣ – ΚΑΙ ΟΔΟΥ, (αρ. συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), μέχρι την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 450 / 2018

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 08 Οκτωβρίου 2018, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Όλγα Θάνου