

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Διαδικασία Προσωρινής Προστασίας

Συνήλθε στην έδρα της στις 19 Φεβρουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου - Εισηγήτρια και
Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από
07.02.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού
Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή
Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 140/10.02.2020 της εταιρίας με
την επωνυμία «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ***** [εφεξής αναθέτων φορέας] και της υπ' αριθ. 26/2020
απόφασης του Δ.Σ. της ***** περί εγκρίσεως του Πρακτικού 1 με το οποίο
απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας κατά το στάδιο ελέγχου των
δικαιολογητικών συμμετοχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει
να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 26/2020 απόφαση του Δ.Σ. της ***** κατά το μέρος
που απορρίφθηκε η προσφορά της και να ανασταλεί η πρόοδος της
διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής.

2. Επειδή, η ***** με την Διακήρυξη με ΑΔΑΜ ***** προκήρυξε
δημόσιο, διεθνή, ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο την

Αριθμός Απόφασης: Α 70 /2020

μελέτη και κατασκευή Εγκατάστασης Επεξεργασίας Λυμάτων (ΕΕΛ) σε τρεις οικισμούς της νήσου *****, συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 3.250.000,00 € (χωρίς ΦΠΑ) και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Περίληψη της Διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. στις 28.03.2019, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 01.04.2019 και τέλος η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 02.04.2019 όπου έλαβε το Συστημικό Αριθμό*****. Στο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά τρεις οικονομικοί φορείς, ήτοι η προσφεύγουσα *****, με έκπτωση 26,1%, η κοινοπραξία*****, με έκπτωση 16,99% και η ένωση οικονομικών φορέων*****, με έκπτωση 12,84%, εκ των οποίων κατά το στάδιο αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής η προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε διότι κρίθηκε ότι δεν πληροί τις απαιτήσεις τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας που τίθενται με την διακήρυξη και ειδικότερα με την αιτιολογία ότι η βεβαίωση περαίωσης εργασιών του έργου ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΕΡΓΩΝ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΚΑΙ ΔΙΑΘΕΣΗΣ ΛΥΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΕΡΕΣΟΥ-ΑΝΤΙΣΣΗΣ και η απαιτούμενη τουλάχιστον εξάμηνη δοκιμαστική λειτουργία αυτού είναι εκτός πενταετίας.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 ποσού 15.000,00 ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό*****), το οποίο συνιστά το ανώτατο κατά νόμο ποσό παραβόλου.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 3.250.000,00€ χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση της διακήρυξης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη

Αριθμός Απόφασης: Α 70 /2020

δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε μέσω του ηλεκτρονικού τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ την προσβαλλόμενη απόφαση στις 29.01.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσας, και η υπόψη Προσφυγή ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 07.02.2020, ήτοι εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας θεμελιώνεται στο γεγονός ότι με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκε η προσφορά της ματαιώνοντας την προσδοκία της να αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος και ως εκ τούτου να αναλάβει την εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης.

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».* 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*

Αριθμός Απόφασης: Α 70 /2020

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».

8. 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).

9. 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».

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

Αριθμός Απόφασης: Α 70 /2020

κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι με την προσφορά της προσκόμισε, κατόπιν και σχετικού αιτήματος του αναθέτοντος φορέα, όλα τα έγγραφα που αποδεικνύουν την πλήρωση του όρου 22.Δ.γ. της διακήρυξης με τον οποίον απαιτείται : «Λόγω της φύσης του συγκεκριμένου έργου, οι οικονομικοί φορείς που θα συμμετάσχουν απαιτείται να έχουν κατασκευάσει και λειτουργήσει (τουλάχιστον για 6μηνη δοκιμαστική λειτουργία) επιτυχώς, την τελευταία 5ετία, ένα (1) τουλάχιστον έργο βιολογικής επεξεργασίας αστικών λυμάτων (περιλαμβανομένης τριτοβάθμιας επεξεργασίας) δυναμικότητας τουλάχιστον 2.000 ισοδυνάμων κατοίκων», όπως αυτός διευκρινίστηκε στις 30.5.2019 ως ακολούθως: «Σε συνέχεια σχετικών ερωτημάτων η ***** ενημερώνει ότι η παρ γ του άρθρου 22.Δ. της διακήρυξης του έργου του θέματος αναφέρεται σε βεβαίωση περαίωσης εργασιών ενός τουλάχιστον έργου βιολογικής επεξεργασίας αστικών λυμάτων (περιλαμβανομένης τριτοβάθμιας επεξεργασίας) δυναμικότητας τουλάχιστον 2.000 ισοδυνάμων κατοίκων, συμπεριλαμβανομένης και της περιόδου δοκιμαστικής λειτουργίας εντός της τελευταίας πενταετίας» και σε συμμόρφωση με τον οποίον κατά το άρθρο 23.1. της διακήρυξης απαιτούνταν : «Κατά την υποβολή των προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλουν το ΕΕΕΣ, ... ως προκαταρκτική απόδειξη ... επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας ... πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί σύμφωνα με το άρθρο 22.Β.-Ε. της παρούσας». Προς συμμόρφωση με τον όρο αυτόν η προσφεύγουσα υπέβαλε το ΕΕΕΣ, στο Κεφάλαιο Γ' («Τεχνική & Επαγγελματική Ικανότητα») του Μέρους IV («Κριτήρια επιλογής») του οποίου αναφέρονται τα ακόλουθα: «Κατά την διάρκεια της περιόδου αναφοράς ο οικονομικός φορέας έχει εκτελέσει τα ακόλουθα έργα του είδους που έχει προσδιοριστεί: Περιγραφή: ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΕΡΓΩΝ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΚΑΙ ΔΙΑΘΕΣΗΣ ΛΥΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΕΡΕΣΣΟΥ ΑΝΤΙΣΣΗΣ. Ποσό: 4.536.298,43 ευρώ. Ημερομηνία έναρξης: 19-6-2009. Ημερομηνία λήξης: 21-11-2014. Αποδέκτης: ΔΗΜΟΣ ΛΕΣΒΟΥ (ΠΡΩΗΝ ΔΗΜΟΣ ΕΡΕΣΣΟΥ – ΑΝΤΙΣΣΗΣ)». Με το από 04.07.2019 έγγραφό της η

Αριθμός Απόφασης: Α 70 /2020

Πρόεδρος της Επιτροπής ζήτησε από τους προσφέροντες να διευκρινίσουν τα κατωτέρω: «Παρακαλούμε όπως μας διευκρινίσετε αν η “Ημερομηνία Λήξης” που αφορά την παρ. Γ (Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) του Μέρους IV του ΕΕΕΣ, αφορά την ημερομηνία βεβαίωσης περαίωσης εργασιών των έργων που μνημονεύετε. Αν ναι, παρακαλείσθε όπως μας υποβάλλετε μέσω της λειτουργικότητας της Επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ τις βεβαιώσεις περαίωσης των έργων αυτών». Ακολούθως, η προσφεύγουσα με το από 08.07.2019 έγγραφό της απάντησε στην Επιτροπή του Διαγωνισμού τα εξής : «α) Ότι η αναφερόμενη στο ΕΕΕΣ μου «ημερομηνία λήξης» (21-11-2014) είναι αυτή που προκύπτει εκ του υπ’ αριθμ πρωτ 30484/6-7-2018 εγγράφου («Βεβαίωση Εμπειρίας Κατασκευής & Λειτουργίας του Έργου ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΕΡΓΩΝ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΚΑΙ ΔΙΑΘΕΣΗΣ ΛΥΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΕΡΕΣΣΟΥ – ΑΝΤΙΣΣΗΣ») του Δήμου Λέσβου. β) Ότι η αναθέτουσα αρχή που εξέδωσε το ανωτέρω έγγραφο – βεβαίωση εμπειρίας έχει εκδώσει και την υπ’ αριθμ πρωτ 47128/31-7-2015 «Βεβαίωση Περαίωσης Εργασιών», δια της οποίας η περαίωση των εργασιών τοποθετείται ακόμα μεταγενέστερα (στις 11-1-2015). γ) Ότι πάντως, για το συγκεκριμένο έργο είχε εκδοθεί και η υπ’ αριθμ πρωτ 41681/4-6-2013 βεβαίωση περαίωσης, η οποία όμως, αφορούσε μόνο στην κατασκευή των εργασιών που προβλέπονταν από την αρχική σύμβαση, ήτοι δεν αφορούσε, ούτε στην δοκιμαστική του λειτουργία, αλλά ούτε και στις νέες εργασίες που κρίθηκαν απαραίτητες για την ολοκλήρωσή του, δια της εγκρίσεως του 2ου ΑΠΕ. Εν συνεχεία, η Επιτροπή Διαγωνισμού με το υπ’ αριθμ πρωτ. 842/10-9-2019 έγγραφό της ζήτησε και άλλα πρόσθετα στοιχεία. Συγκεκριμένα, στο υπόψη έγγραφο αναφέρονται τα κάτωθι: α) Ότι δεν είναι σαφής η ημερομηνία περαίωσης της δοκιμαστικής λειτουργίας του έργου που αναφέρεται στο ΕΕΕΣ μου και β) Ότι στην μία εκ των βεβαιώσεων περαίωσης που προσκόμισε (στην υπ’ αριθμ πρωτ 41681/4-6-2013, ήτοι στην βεβαίωση που δεν περιλαμβάνει την δοκιμαστική λειτουργία και τις νέες – πρόσθετες εργασίες) αναφέρεται ότι οι εργασίες κατασκευής περατώθηκαν την 1η-8-2012. Δηλαδή, κατά την προσφεύγουσα παραγνωρίζεται η έτερη εκ των προσκομισθεισών βεβαιώσεων και συγκεκριμένα, η υπ’ αριθμ πρωτ ****/31-7-

Αριθμός Απόφασης: Α 70 /2020

2015, στην οποία αναφέρεται με τον πιο σαφή και κατηγορηματικό τρόπο ότι το έργο που επικαλέσθηκε στο ΕΕΕΣ της ολοκληρώθηκε (κατασκευή αρχικών και νέων εργασιών, πλέον της λειτουργίας) στις 11-1-2015. Κατόπιν τούτων, μου ζητήθηκαν από την προσφεύγουσα «επίσημα έγγραφα που να αποδεικνύουν με σαφήνεια την ημερομηνία περαίωσης της δοκιμαστικής λειτουργίας του έργου ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΕΡΓΩΝ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΚΑΙ ΔΙΑΘΕΣΗΣ ΛΥΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΕΡΕΣΣΟΥ – ΑΝΤΙΣΣΗΣ». Η προσφεύγουσα, με το από 16-9-2019 απαντητικό έγγραφό της προσκόμισε το ζητηθέν στοιχείο και συγκεκριμένα προσκόμισε την υπ' αριθμ πρωτ 1001/16-9-2019 βεβαίωση της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου Μυτιλήνης, δια της οποίας, η ίδια υποστηρίζει ότι αποδεικνύεται, ήδη από το παρόν στάδιο της διαδικασίας (ήτοι στο στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής όλων των υποψηφίων και όχι, όπως προβλέπεται, στο στάδιο της απόδειξης της καταλληλότητας του προσωρινού αναδόχου), ότι η προσφορά της πληροί τις προϋποθέσεις τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της διακήρυξης. Ειδικότερα, στο υπόψη έγγραφο αναφέρονται τα εξής : α) Ότι λειτούργησε δοκιμαστικά τις (έξι) μονάδες (ΕΕΛ) που συμπεριλαμβάνονται στο επίμαχο έργο από τις 4-6-2013 έως τις 21- 11-2014. β) Ότι η υποχρεωτική δοκιμαστική λειτουργία του έργου πραγματοποιήθηκε από 5-12-2013 έως 21-11-2014. γ) Ότι μετά την έγκριση του 2ου ΑΠΕ του έργου, που έλαβε χώρα στις 11-11-2014, πραγματοποίησε και νέες πρόσθετες (κατασκευαστικές) εργασίες που περατώθηκαν στις 11-1-2015. Παρά ταύτα, η Επιτροπή Διαγωνισμού, στις 22-10-2019, συνέταξε το 1^ο Πρακτικό της, δια του οποίου εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της με το σκεπτικό ότι : α) Το έργο ολοκληρώθηκε την 1-8-2012 και όχι στις 4-8-2013, όπως αναφέρεται στην υπ' αριθμ πρωτ 30484/6-7-2018 βεβαίωση εμπειρίας, διότι η ημερομηνία 4-6-2013 αφορά στην έκδοση της βεβαίωσης περαίωσης εργασιών. Η προσφεύγουσα, αμφισβητώντας την κρίση αυτή της Επιτροπής, ισχυρίζεται ότι στη σχετική βεβαίωση που προσκόμισε αναφέρεται ρητώς ότι η αρχική φάση της κατασκευής περατώθηκε την 1-8-2012!!!, ότι β) «Η εξάμηνη συμβατική (δοκιμαστική) λειτουργία διεξήχθη το διάστημα από 4-6-2013 έως 4-12-2013, ξεκίνησε δηλαδή από την ημερομηνία έκδοσης της βεβαίωσης

Αριθμός Απόφασης: Α 70 /2020

περαίωσης», πράγμα το οποίο επίσης αμφισβητεί η προσφεύγουσα ισχυριζόμενη ότι στο υπ' αριθ πρωτ *****/16-9-2019 έγγραφο του Δήμου Μυτιλήνης, το οποίο προσκόμισε αναφέρονται τα εξής: «Λειτουργήσε δοκιμαστικά τις μονάδες από τις 4-6-2013 έως τις 21-11-2014, χρονικό διάστημα το οποίο ανάγεται ως εξής: 4-6-2013 έως 4-12-2013 εξάμηνη συμβατική λειτουργία και 5-12-2013 έως 21-11-2014 υποχρεωτική ΔΟΚΙΜΑΣΤΙΚΗ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ, στα πλαίσια του χρόνου υποχρεωτικής συντήρησης», ότι γ) Το υπ' αριθ πρωτ 30484/6-7-2018 έγγραφο αποτελεί βεβαίωση εμπειρίας και όχι βεβαίωση περαίωσης, το οποίο ομοίως αμφισβητεί η προσφεύγουσα ισχυριζόμενη ότι στην υπ' αριθ πρωτ 47128/31-7-2015 βεβαίωση περαίωσης αναφέρεται ότι το επίμαχο έργο περατώθηκε στις 11-1-2015 και ότι στην υπ' αριθ πρωτ 1001/16-9-2019 βεβαίωση προσδιορίζεται το χρονικό διάστημα της δοκιμαστικής λειτουργίας, ότι δ) Ο χρόνος υποχρεωτικής συντήρησης δεν έχει σημασία, καθόσον μόνο η δοκιμαστική λειτουργία λαμβάνεται υπόψη, το οποίο και πάλι αμφισβητεί η προσφεύγουσα ισχυριζόμενη ότι στο υπ' αριθ πρωτ 1001/16-9-2019 έγγραφο του Δήμου Μυτιλήνης αναφέρεται ότι από 5-12-2013 έως 21-11-2014 έλαβε χώρα ΔΟΚΙΜΑΣΤΙΚΗ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ του έργου, γεγονός που δεν αναιρείται από το πλαίσιο εντός του οποίου αυτή πραγματοποιήθηκε και ότι ε) Η υπ' αριθ πρωτ 47128/31-7-2015 βεβαίωση περαίωσης δεν λαμβάνεται υπόψη, διότι αφορά σε συμπληρωματικές εργασίες, το οποίο αμφισβητεί η προσφεύγουσα ισχυριζόμενη ότι οι εργασίες αυτές, κατά την κοινή λογική, εντάσσονται και αυτές στο πλαίσιο της ενιαίας εργολαβίας που εκτέλεσε και επικαλέσθηκε προκειμένου να αποδείξει την εντός της τελευταίας πενταετίας εμπειρία της. Όλα τα παραπάνω επικυρώθηκαν με την προσβαλλόμενη με την παρούσα απόφαση, την οποία η προσφεύγουσα προσβάλλει επαναφέροντας τις αντιρρήσεις της σχετικά με την κρίση της Επιτροπής ως εξής : Εν προκειμένω, η σχετική διακήρυξη απαιτεί, κατ' αρχάς, να έχει λάβει χώρα εκτέλεση ενός αντίστοιχου έργου εντός της τελευταίας πενταετίας (2014 – 2018). Δεν απαιτείται: α) Να έχει αναληφθεί το έργο εντός της τελευταίας πενταετίας και να έχει εκτελεσθεί στο σύνολό του εντός του κρίσιμου χρονικού διαστήματος.

Αριθμός Απόφασης: Α 70 /2020

Αντίθετα, ουδόλως αποκλείεται μέρος των εργασιών (ενδεχομένως και το μεγαλύτερο) να έχει εκτελεσθεί προ της πενταετίας, αρκεί εντός αυτής να εκτελέσθηκαν κάποιες εξ αυτών (οιουδήποτε προϋπολογισμού) και να προκύπτει τούτο από σχετική βεβαίωση περαίωσης. β) Οι εντός πενταετίας εργασίες να είναι συγκεκριμένου είδους και δη να προβλέπονται από την αρχική σύμβαση. Αντίθετα, ουδόλως αποκλείεται οι εργασίες αυτές να μην προβλέπονταν στην αρχική σύμβαση, αλλά να κρίθηκαν εκ των υστέρων αναγκαίες για την αρτιότητα και λειτουργικότητα του έργου και να εκτελέσθηκαν κατόπιν συμπεριλήψεώς τους σε εγκεκριμένο ΑΠΕ. Άλλωστε, κατά την προσφεύγουσα, δεν αμφισβητείται ότι προσκόμισε την υπ' αριθ. πρωτ. 47128/31-7-2015 Βεβαίωση Περαίωσης Εργασιών της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου Λέσβου, σύμφωνα με την οποία «οι συνοδευτικές εργασίες που εγκρίθηκαν με τον 2ο ΑΠΕ του έργου ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΕΡΓΩΝ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΚΑΙ ΔΙΑΘΕΣΗΣ ΛΥΜΑΤΩΝ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ΕΡΕΣΣΟΥ – ΑΝΤΙΣΣΗΣ περατώθηκαν την 11-1-2015». Αποδεικνύεται δηλαδή, ότι το επίμαχο έργο ήταν υπό εκτέλεση από 1-1-2014 έως 15-1-2015, ήτοι εντός της κρίσιμης πενταετίας. Περαιτέρω, κατά την προσφεύγουσα, στη σχετική διακήρυξη απαιτείται, όχι μόνο να έχουν εκτελεσθεί εργασίες εντός της τελευταίας πενταετίας, αλλά και να συμπεριλαμβάνεται σε αυτές η δοκιμαστική λειτουργία διάρκειας έξι, τουλάχιστον, μηνών. Ουδαμώς προβλέπεται από την διακήρυξη και είναι εντελώς άσχετος ο λόγος για τον οποίο έλαβε χώρα η δοκιμαστική λειτουργία, αν δηλαδή πραγματοποιήθηκε στο πλαίσιο αρχικής ή συμπληρωματικής συμβάσεως, αν πρόκειται για δοκιμαστική λειτουργία η οποία προβλέπετο για το στάδιο που έπεται της ολοκλήρωσεως των κατασκευαστικών εργασιών της αρχικής σύμβασης ή για δοκιμαστική λειτουργία που προβλέπετο κατά τον χρόνο υποχρεωτικής συντήρησης κλπ. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ορθώς προσκόμισε την υπ' αριθ πρωτ 1001/16-9-2019 βεβαίωση της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών του Δήμου Μυτιλήνης, στην οποία αναφέρονται τα εξής : «Λειτουργήσε δοκιμαστικά τις μονάδες από τις 4-6-2013 έως τις 21-11-2014, χρονικό διάστημα το οποίο ανάγεται ως εξής: 4-6-2013 έως 4-12-2013 εξάμηνη συμβατική λειτουργία και 5-12-2013 έως 21-

Αριθμός Απόφασης: Α 70 /2020

11-2014 υποχρεωτική ΔΟΚΙΜΑΣΤΙΚΗ ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ, στα πλαίσια του χρόνου υποχρεωτικής συντήρησης». Παραδόξως όμως όλα αυτά αγνοήθηκαν από την Επιτροπή Διαγωνισμού όπως και από τον γνωμοδοτήσαντα δικηγόρο, οι οποίοι προσκολλήθηκαν σε αυτά που (υποτίθεται ότι) προκύπτουν εκ της υπ' αριθμ πρωτ 41681/4-6-2013 (αρχικής – πρώτης) βεβαίωσης περαίωσης, στην οποία, όντως, αναφέρεται ότι κατόπιν της ολοκλήρωσης των κατασκευαστικών εργασιών της αρχικής σύμβασης και από της εκδόσεώς της θα ξεκινούσε η εξάμηνη δοκιμαστική λειτουργία. Για το διάστημα από 5-12-2013 έως 21-11-2014 κρίθηκε ότι αφορά μόνο στην υποχρεωτική συντήρηση του έργου, αποφευγομένης της αναφοράς στην προαναφερόμενη υπ' αριθμ πρωτ 1001/16-9-2019 βεβαίωση, από την οποία προκύπτει ευθέως το αντίθετο, ότι δηλαδή το εν λόγω χρονικό διάστημα αφορά και στην δοκιμαστική λειτουργία. Ενόψει όλων των ανωτέρω, η προσφεύγουσα συμπεραίνει ότι από τα παραπάνω έγγραφα απέδειξε ότι κατά την κρίσιμη πενταετία και δη εντός του έτους 2014: α) Εκτέλεσε εργασίες ολοκληρώσεως του φυσικού αντικείμενου του έργου που επικαλέσθηκε στο ΕΕΕΣ, οι οποίες, όπως αποδεικνύεται από την σχετική βεβαίωση περαίωσης διήρκησαν μέχρι τις 11-1-2015. β) Προέβην στην δοκιμαστική του λειτουργία, τα οποία επαρκούν για το παραδεκτό της προσφοράς της ενώ ουδεμία σημασία έχει ότι το έτος 2013 είχε εκδοθεί και άλλη βεβαίωση που αφορούσε τμήμα της εργολαβίας, ότι οι εργασίες που εκτέλεσε το έτος 2014 δεν προβλέπονταν από την αρχική σύμβαση, αλλά συμπεριλήφθηκαν σε εγκεκριμένο ΑΠΕ και γ) ότι η δοκιμαστική λειτουργία στην οποία προέβην κατά το ίδιο έτος (2014) έλαβε χώρα κατά τον χρόνο υποχρεωτικής συντήρησης του έργου. Επικουρικώς, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι σχετικά με την υπ' αριθμ πρωτ 41681/4-6-2013 βεβαίωση περαίωσης εσφαλμένα κρίθηκε ότι στο πλαίσιο ενός έργου είναι δυνατή η έκδοση μόνο μίας βεβαίωσης περαίωσης, κάτι το οποίο δεν ισχύει α) Εφόσον μετά την έκδοση της περαίωσης ανακύψει ανάγκη εκτελέσεως και άλλων εργασιών, αναγκαίων για την αρτιότητα και λειτουργικότητα του έργου, και εγκρίνεται ΑΠΕ που να τις συμπεριλαμβάνει, προκύπτει νέο ανεκτέλεστο υπόλοιπο εργασιών μετά την ολοκλήρωση των οποίων εκδίδεται νέα βεβαίωση

Αριθμός Απόφασης: Α 70 /2020

περαίωσης (βλ ad hoc Γνωμ ΝΣΚ 87/2006) και β) Σε κάθε περίπτωση, εφόσον από την διάταξη του άρθρου 71 παρ 1 του (ισχύοντος κατά τον κρίσιμο χρόνο) Ν. 3669/2008, ρητώς προβλέπεται η έκδοση βεβαίωσης περαίωσης μόνο για τμήμα της εργολαβίας. Εν προκειμένω, στη επίμαχη βεβαίωση, ρητώς, αναφέρεται ότι αυτή αφορά μόνο σε ένα τμήμα της σύμβασης (την κατασκευή) και ότι θα επακολουθήσει έτερο (δοκιμαστική λειτουργία). Επίσης, επικουρικός η προσφεύγουσα προβάλλει ότι τα δικαιολογητικά που της ζητήθηκαν δεν αποτελούν δικαιολογητικά συμμετοχής, ούτε ασφαλώς δικαιολογητικά κατακύρωσης, οπότε αδόκημα γίνεται λόγος στις σχετικές προσκλήσεις για τα άρθρα 102 και 103 του Ν. 4412/2016. Τέλος, επικουρικός η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή εσφαλμένως ζήτησε και έλαβε υπόψη της εισήγηση οργάνου που δεν προβλέπεται από την διακήρυξη –δικηγόρου-, ο οποίος, μάλιστα, δεν περιορίσθηκε σε τυχόν επεξήγηση νομικών διατάξεων, αλλά αντιθέτως απεφάνθη επί θεμάτων ουσίας που άπτονται του παραδεκτού των προσφορών, η εξέταση των οποίων ανάγεται στην αποκλειστική αρμοδιότητα της Επιτροπής Διαγωνισμού και της αναθέτουσας αρχής. Για όλους αυτούς τους λόγους η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, σωρεύοντας αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής.

12. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με το υπ' αριθ. πρωτ. 1675/17.02.2020 έγγραφό του απέστειλε τις απόψεις της επί της βασιμότητας της υπόψη Προσφυγής, αιτούμενος την απόρριψη αυτής ως αβάσιμης για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στο ως άνω έγγραφό του.

13. Επειδή, ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή καθίσταται προφανές ότι απαιτείται ενδελεχής μελέτη των στοιχείων του φακέλου προσφοράς της προσφεύγουσας, υπό το φως των ειδικότερων διευκρινίσεων που δόθηκαν από αυτήν σε συνδυασμό με τους όρους της επίμαχης διακήρυξης, κρίση που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/2015, 41/2015, 46/2015).

Αριθμός Απόφασης: Α 70 /2020

14. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της προσφεύγουσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης δ) δεν 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.

15. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, του αναθέτοντος φορέα αλλά και των λοιπών διαγωνιζομένων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της διαδικασίας αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, η συνολική νομιμότητα της λοιπής διαγωνιστικής διαδικασίας τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη τυχόν έτερη εκδοθείσα εν τω μεταξύ εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, οδηγώντας τοιουτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει νέα πράξη και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, τα οποία δύναται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας κατά το παρόν στάδιο.

16. Επειδή, εξάλλου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, συμπεριλαμβανομένης της αποχής του αναθέτοντος φορέα από οποιαδήποτε ενέργεια αποσφράγισης/αξιολόγησης δικαιολογητικών, έκδοσης οιασδήποτε απόφασης και διενέργειας οιασδήποτε πράξης, σύνταξης

Αριθμός Απόφασης: Α 70 /2020

πρακτικού, έγκρισης ή έκδοσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με κάθε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα είναι άκυρες.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, τα οποία σκοπούν στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω το υποβληθέν αίτημα αναστολής θα πρέπει να γίνει δεκτό και να ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 19 Φεβρουαρίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μαρία-Ελένη Σιδέρη

Αργυρώ Τσουλούφα