

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22.12.2017 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μαρία Μανδράκη και
Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από
14.12.2017 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή
Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 361/15.12.2017 και Ειδικό Αριθμό
Κατάθεσης (ΕΑΚ) V/60/15.12.2017, του ... , κατοίκου ... Αττικής, ...

Κατά της υπ' αριθ. Πρωτ. 73815/27.11.2017 διακήρυξης για τη
διεξαγωγή ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού για την προμήθεια
πλαστικού χλοοτάπητα γηπέδων του Δήμου ... , με σφραγισμένες προσφορές
και κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά
αποκλειστικά βάσει τιμής (ΑΔΑΜ: ... και συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ α/α ...),
εκτιμώμενης αξίας 362.880,00€, πλέον ΦΠΑ αξίας 24% ήτοι 449.971,20€ και της
συνημμένης σε αυτήν ως αναπόσπαστο Παράρτημά της Τεχνική Μελέτη υπ'
αριθ. 45/2017 «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων – Τεχνικές Προδιαγραφές».

Με την Προδικαστική Προσφυγή του ο προσφεύγων στρέφεται κατά
όρων της προαναφερόμενης διακήρυξης, επιδιώκοντας την ακύρωση της
ανωτέρω προσβαλλόμενης, όσον αφορά τους όρους του άρθρου 2 και 3 της
Τεχνικής Μελέτης υπ' αριθ. 45/2017 «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων – Τεχνικές
Προδιαγραφές», κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα στην Προδικαστική του
Προσφυγή.

Ετέρωθεν, ο προσφεύγων αιτείται όπως διαταχθεί η αναστολή της
προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και οριστούν προς τούτο τα κατάλληλα

Αριθμός απόφασης: Α 94/2017

μέτρα, ήτοι η αναστολή του χρόνου ολοκλήρωσης της υποβολής των προσφορών μέχρι την έκδοση απόφασης επί της εν λόγω Προσφυγή του.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 179053589958 0212 0097), ποσού 1814,40 €, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη σύμφωνα με τη σύμβαση ύψους 362.880,00 € άνευ ΦΠΑ, ενώ επισυνάπτεται εκτυπωμένο αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού σε Τράπεζα, επικυρωμένη εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών ότι το ως άνω παράβολο, υπό τον αντίστοιχο Κωδικό, φέρει την ένδειξη «πληρωμένο», καθώς και βεβαίωση περί ελέγχου και δέσμευσης του ηλεκτρονικού παραβόλου από την αρμόδια Υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π.

2. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 362.880,00 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτώς, κατά τούτο, ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη, υπ' αριθ. Πρωτ. 73815/27.11.2017 διακήρυξη για τη διεξαγωγή ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού για την προμήθεια πλαστικού χλοοτάπητα γηπέδων του Δήμου ..., δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 27.11.2017, ο προσφεύγων δηλώνει στο μέρος Δ. του Πεδίου (9) της Προσφυγής

Αριθμός απόφασης: Α 94/2017

του ότι έλαβε γνώση στις 08.12.2017, ήτοι εντός της 15μερης προθεσμίας της τεκμαιρόμενης γνώσης της περ. γ', εδαφ. β' του άρθρου 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 14.12.2017, ήτοι εντός της 10ημερης προθεσμίας της περ. γ', εδαφ. α' του άρθρου 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (βλ. ΑΕΠΠ V Κλιμάκιο 5/2017, σκ. 10).

5. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «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 ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

6. 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».

7. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία

Αριθμός απόφασης: Α 94/2017

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 κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

8. 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.

9. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.). γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως

Αριθμός απόφασης: Α 94/2017

στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του-τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων 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.

10. Επειδή, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της υπ' αριθ. Πρωτ. 73815/27.11.2017 διακήρυξης για τη διεξαγωγή ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού για την προμήθεια πλαστικού χλοοτάπητα γηπέδων του Δήμου ... , και της συνημμένης σε αυτήν ως αναπόσπαστο Παράρτημά της Τεχνική Μελέτη υπ' αριθ. 45/2017 «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων – Τεχνικές Προδιαγραφές», αιτούμενος την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης όσων αφορά τους όρους των άρθρων 2 και 3 της Τεχνικής Μελέτης υπ' αριθ. 45/2017 «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων – Τεχνικές Προδιαγραφές», κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα στην Προδικαστική του Προσφυγή, καθώς ο μεν πρώτος όρος αντίκειται στο νόμο και τις πάγιες αρχές του ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων, ενώ θέτει και αδικαιολόγητες διακρίσεις με συνέπεια να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός, θίγοντας την αρχή της ίση μεταχείρισης, ο δε δεύτερος ανωτέρω λόγος ακύρωσης είναι αόριστος, ασαφής, αντιφατικός και θίγει τις αρχές της διαφάνειας, της ισότητας, του υγιούς ανταγωνισμού και εν τέλει το ίδιο το συμφέρον της αναθέτουσας. Παράλληλα σωρεύει στην Προσφυγή του αίτημα αναστολής – ορισμού κατάλληλων μέτρων έως ότου κριθεί αυτή.

11. Επειδή, εν προκειμένω, ο προσφεύγων στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον του στο γεγονός ότι προτίθεται να υποβάλλει προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, δικαιολογημένα, όμως, ισχυρίζεται ότι θα υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, με τον αποκλεισμό της προσφοράς του ως μη πληρούσας τους όρους της διακήρυξης και ειδικότερα τους όρους των άρθρων 2 και 3 της Τεχνικής Μελέτης υπ' αριθ. 45/2017 «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων – Τεχνικές Προδιαγραφές», πλην όμως με αυτούς

Αριθμός απόφασης: Α 94/2017

τίθενται αδικαιολόγητες διακρίσεις, περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός, θίγεται η αρχή της ίση μεταχείρισης και παραβιάζεται η νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων.

12. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣΤΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, ο προσφεύγων προσδιορίζει τη βλάβη του στο γεγονός ότι, αν και προτίθεται να υποβάλει προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία παρανόμως θέτει τους προαναφερόμενους προσβαλλόμενους όρους, η προσφορά του θα αποκλειστεί. Ως εκ τούτου, αιτείται την προσωρινή διασφάλιση του ως άνω δικαιώματός του έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής του, ήτοι της δυνατότητάς του να συμμετάσχει και να κριθεί ότι πληροί τους όρους της διακήρυξης, αφού ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος του για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ' αυτής βλάβη του.

14. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε δε περίπτωση ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους

Αριθμός απόφασης: Α 94/2017

η Προσφυγή του θα πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης.

15. Επειδή, τούτων δοθέντων, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συντελέσθη με την προσβαλλομένη και τους τιθέμενους όρους της διακήρυξης αυτής, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχουν δε τεχνική κρίση, σύμφωνα και με τους ανωτέρω προβαλλόμενους ισχυρισμούς, που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού και των προβαλλόμενων ισχυρισμών προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

16. Επειδή, νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων (σκέψη 9), προσέτι δε και λαμβανομένου υπόψη ότι η κρίση επί των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης προϋποθέτει ενδελεχή έρευνα των σχετικών νομικών και τεχνικών ζητημάτων που τίθενται, γίνεται δεκτό ότι η περαιτέρω πρόοδος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας και σύμφωνα με τις αρχές της ασφάλειας δικαίου, του ενιαίου μέτρου κρίσης, της εύλογης εμπιστοσύνης του διοικούμενου αλλά και της ισότητας και του μη αδικαιολόγητου περιορισμού του ανταγωνισμού, θα πρέπει να εξελιχθεί μόνον εφόσον εκκαθαριστούν τα πραγματικά και νομικά ζητήματα που τίθενται με την υπόψη Προσφυγή, προκειμένου να μην καταστούν αυτά αλυσιτελή σε περίπτωση αποδοχής αυτής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα του προσφεύγοντος.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. Πρωτ. 73815/27.11.2017 διακήρυξη του Δήμου

Αριθμός απόφασης: Α 94/2017

Λαμιών για τη διεξαγωγή ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού για την προμήθεια πλαστικού χλοοτάπητα γηπέδων, με σφραγισμένες προσφορές και κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής ... , εκτιμώμενης αξίας 362.880,00€, πλέον ΦΠΑ αξίας 24% ήτοι 449.971,20€ και της συνημμένης σε αυτήν ως αναπόσπαστο Παράρτημά της Τεχνική Μελέτη υπ' αριθ. 45/2017 «Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων – Τεχνικές Προδιαγραφές», καθώς και την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 22 Δεκεμβρίου 2017, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Εισηγητή και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Βασιλική Κ. Μπάκου