

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια, Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει τα αιτήματα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνονται α) στην από 15.04.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 560/18.04.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «πρώτη προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και β) στην από 18.04.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 568/19.04.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «δεύτερη προσφεύγουσα»), που εδρεύει στον Παράδεισο Αμαρουσίου Αττικής, οδός Παραδείσου, αρ. 29, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «...,» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την πρώτη προδικαστική προσφυγή, η πρώτη προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η υπ' αρ. 6017 απόφαση Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα (εφεξής η «προσβαλλομένη»), δυνάμει της οποίας εγκρίθηκε η με αριθμό 9011701/22-3-2022 εισήγηση Διεύθυνσης Προμηθειών & Εφοδιασμού, που αφορά στην έγκριση του υπ' αριθμ. 08-2 Α/ 14-3-2022 Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού, καθώς επίσης και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη του αναθέτοντος φορέα, κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της. Με το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων αιτείται να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρι την έκδοση απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής ή, άλλως, να οριστούν όποια μέτρα κρίνει κατάλληλα η Αρχή.

Με τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή η δεύτερη προσφεύγουσα αιτείται να συμπληρωθεί η αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς της πρώτης προσφεύγουσας, όπως αυτή διαλαμβάνεται στο με αριθμ. πρωτ. 7.000.614/31-03-2022 Απόσπασμα από τα Πρακτικά του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα της 1209ης Συνεδρίασης όπου εμπεριέχεται η απόφαση με αριθμό 6017 αυτού, δυνάμει του οποίου κατόπιν έγκρισης του με αριθμ. 08-2Α/14-13-2022 Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών (ΕΑΗΔ) ειδικά ως προς την παράλειψη του αναθέτοντος φορέα να διαγνώσει έτερους επιπρόσθετους λόγους απόρριψης που συνέτρεχαν εις βάρος της, ενώ παράλληλα να ακυρωθεί κατά το μέρος που κατά παράβαση ουσιώδους διάταξης της διαδικασίας η εν λόγω εταιρεία κλήθηκε σε διευκρινίσεις κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 ενώ ο αναθέτων φορέας όφειλε να την αποκλείσει άνευ ετέρου μη συντρεχόντων σε κάθε περίπτωση των προϋποθέσεων υπό τις οποίες ήταν επιτρεπτή κατά νόμο η διευκρίνιση των υποβληθέντων στοιχείων. Με το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων αιτείται να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας ή, άλλως, να οριστούν όποια μέτρα κρίνει κατάλληλα η Αρχή, προκειμένου να διασφαλιστεί ότι, σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής δεν θα έχουν δημιουργηθεί έννομες καταστάσεις βλαπτικές των άξιων προστασίας συμφερόντων της που δεν θα είναι ανεπανόρθωτες ή δυσχερώς επανορθώσιμες.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ποσού 10.628.299,032€, για τη δε άσκηση της δεύτερης κρινόμενης προσφυγής, έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με

τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, ποσού 10.628.299,032€.

2. Επειδή, η προσβαλλομένη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. ..., Διακήρυξης με αντικείμενο την «Παροχή υπηρεσιών φύλαξης εγκαταστάσεων του ...,» εκτιμώμενης αξίας 10.628.299,032€ χωρίς ΦΠΑ με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) 05.01.2021, έλαβε ΑΔΑΜ ..., και στο ΕΣΗΔΗΣ, που έλαβε συστημικό α/α

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η «...» ασκεί και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΑΕΠΠ, και ήδη ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκούνται οι προσφυγές και υποβάλλεται τα σχετικά αιτήματα αναστολής, είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

4. 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».*

5. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, ορίζεται ότι: *«1.Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και*

μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 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 μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, 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 δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

6. Επειδή, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Ωστόσο, 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 την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

7. Επειδή, για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας των ισχυρισμών-αιτιάσεων όπως

προβάλλονται από τις προσφεύγουσες, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε ενδικοφανές επίπεδο, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία.

8. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως 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 (άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

9. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, ο σχετικός διαγωνισμός βρίσκεται σε φάση κατά την οποία προσεβλήθη με προδικαστική προσφυγή η απόφαση με την οποία εγκρίθηκε το αποτέλεσμα του 1ου σταδίου του ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού, η απόφαση επί της οποίας προσεβλήθη με αίτηση ακύρωσης, η οποία έγινε δεκτή, αναπέμποντας την υπόθεση στον αναθέτοντα φορέα, ώστε να ενεργήσει τα νόμιμα. Ο δε αναθέτων φορέας απέστειλε έγγραφο προς την πρώτη προσφεύγουσα, ώστε να αντικαταστήσει τη βεβαίωση και τα συναφή έγγραφα του τρίτου οικονομικού φορέα στην χρηματοοικονομική επάρκεια του οποίου στηρίχθηκε, εν συνεχεία αποσφραγίστηκαν τα δικαιολογητικά αντικατάστασης δάνειου φορέα, ζητήθηκαν διευκρινίσεις και, ακολούθως, με την προσβαλλόμενη αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της πρώτης προσφεύγουσας και η συνέχιση των διαδικασιών του εν λόγω διαγωνισμού. Συναφώς, από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τεκμαίρεται ότι έχουν αποσφραγιστεί και οι φάκελοι των οικονομικών προσφορών, όπως ειδικότερα στο υπ' αρ. πρωτ. 9135954/19.02.2021 έγγραφο του αναθέτοντος φορέα, το οποίο κοινοποιήθηκε προς τους συμμετέχοντες στις 19.02.2021, αναφέρεται.

10. Επειδή, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κωλύει τη σύναψη της σύμβασης, επί ποινή ακυρότητας (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του π.δ. 39/2017), η πρόοδος δε στο επόμενο στάδιο, ήτοι στο άνοιγμα των οικονομικών προφορών, δεν δύναται να παράγει κάποια βλάβη στην προσφεύγουσα, αφού άλλωστε, βάσει των ανωτέρω, έχουν ήδη αποσφραγιστεί οι φάκελοι των οικονομικών προσφορών σε προγενέστερο χρονικό σημείο. Σε κάθε δε περίπτωση, υπάρχει δυνατότητα αυτοτελούς προσβολής και τυχόν επόμενης εκτελεστής πράξης επί του επομένου αυτού σταδίου και προβολής και επιπλέον πλημμελειών, όσον αφορά το επόμενο αυτό στάδιο.

11. Επειδή, στο παρόν στάδιο, δεν υφίσταται βλάβη των προσφευγουσών που να πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας ούτε επικείμενο κίνδυνο διατρέχουν, ούτε ζημία υφίστανται.

12. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, τα υπό εξέταση αιτήματα αναστολής πρέπει να απορριφθούν.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει τα αιτήματα αναστολής- προσωρινών μέτρων.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Απριλίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ