

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμύρη – Εισηγήτρια, Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει τα αιτήματα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνονται α) στην από 29.04.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 627/03.05.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα «...» (διακριτικός τίτλος «...») (εφεξής ο «πρώτος προσφεύγων»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και β) στην από 03.05.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 643/03.05.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «....» (εφεξής η «δεύτερη προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ...(εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του οικονομικού φορέα «...» (διακριτικός τίτλος «...») που εδρεύει στην ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, που άσκησε παρέμβαση στο πλαίσιο της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής.

Με την πρώτη προδικαστική προσφυγή ο πρώτος προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η απόφαση Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής 11η Τακτ. Συνεδρ./19.04.2022 (Θέμα 13ο οικ.), και η Απόφαση Δ.Σ. ... 7η/15.03.2022 (θέμα 7ο οικ.), καθ' ο μέρος έγινε δεκτή η προσφορά και κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός στον οικονομικό φορέα Με το δε αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων αιτείται να ανασταλούν οι ως άνω αποφάσεις καθ' ο μέρος έγινε δεκτή η προσφορά και κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός στον οικονομικό φορέα ... και να απαγορευθεί η συνέχιση της διαγωνιστικής

Αριθμός Απόφασης : 337,338/2022

διαδικασίας και η υπογραφή της σύμβασης για να μη δημιουργηθούν τετελεσμένες καταστάσεις εις βάρος του πρώτου προσφεύγοντος.

Με τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή, η δεύτερη προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η απόφαση κατακύρωσης υπ' αριθ. 11η/19.04.2022 (Θέμα 13ο οικ.) του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής με την οποία εγκρίθηκαν το από 23/12/2021 πρακτικό ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των οικονομικών φορέων, το από 23/02/2022 πρακτικό αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών και τέλος το από 01/04/2022 πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, τόσο κατά το μέρος που απορρίφθηκε η οικονομική προσφορά της, όσο και κατά το μέρος που έγιναν δεκτές οι προσφορές των λοιπών συμμετεχόντων (... και ...) παρότι πάσχουν από ουσιώδεις πλημμέλειες, και συνακόλουθα αποφασίστηκε η ανάδειξη της εταιρίας «...» ως οριστικής αναδόχου. Με το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων αιτείται την ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας, ιδίως δε οποιαδήποτε ενέργεια κατατείνει στη σύναψη σύμβασης, μέχρι την έκδοση απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ επί της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής ή, άλλως, να οριστούν όποια μέτρα κρίνει κατάλληλα η Αρχή, προκειμένου να διασφαλιστεί ότι, σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής, δεν θα έχουν δημιουργηθεί, κατά τρόπο μη αναστρέψιμο (ή, άλλως, δυσχερώς επανορθώσιμο), έννομες καταστάσεις βλαπτικές των άξιων προστασίας συμφερόντων της δεύτερης προσφεύγουσας.

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 1.923,00 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 384.426,58€, 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 1.923,00 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 384.426,58€.

2. Επειδή, η προσβαλλομένη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. ...Διακήρυξης ανοικτού άνω των ορίων δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την παροχή «...» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής εκτιμώμενης αξίας 384.426,58€ χωρίς ΦΠΑ. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) 17.11.2021, 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 το ... 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 έχει κατακυρωθεί, δυνάμει της υπ' αρ. υπ' αριθ. 11η/19.04.2022 (Θέμα 13ο οικ.) απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στον οικονομικό φορέα ...

10. Επειδή, με την υπ' αρ. 326/05.05.2022 απόφαση του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής που κοινοποιήθηκε προς τους ενδιαφερομένους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 05.05.2022, αυθημερόν δε αναρτήθηκε στο πεδίο «Σημειώσεις και συνημμένα» του διαγωνισμού, αποφασίστηκε η *«αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας του υπ' αριθμ. ...Δημόσιου ανοικτού (ηλεκτρονικού) άνω των ορίων Διαγωνισμού, για την ανάδειξη αναδόχου για παροχή σε «...» CPV: ... (α/α ΕΣΗΔΗΣ ...), μέχρι την έκδοση και δημοσίευση οριστικής απόφασης επί των υπό κρίση προδικαστικών προσφυγών από τα αρμόδια Κλιμάκια της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.).»*

11. 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).

12. Επειδή, στο παρόν στάδιο, δεν υφίσταται βλάβη των προσφευγουσών που να πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική

Αριθμός Απόφασης : 337,338/2022

κρίση της διαφοράς, αφού, δυνάμει της στη σκ. 10 παρατιθέμενης απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής έχει ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας, έχουν, επομένως καταστεί άνευ αντικειμένου τα υπό κρίση αιτήματα αναστολής- προσωρινών μέτρων.

13. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση.

14. 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 13 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ