

Η ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9.6.2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Γερασιμούλα Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής διαγωνιστικής διαδικασίας, το οποίο περιλαμβάνεται στην από 1.6.2022 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 780/2.6.2022 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στη ..., επί της οδού ..., αρ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ... και δη κατά της με με αριθμ. 116/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ως άνω αναθέτουσας αρχής, μετά των συμπροσβαλλόμενων Πρακτικών I και II που εγκρίνει, καθώς και της με αριθμ. 128/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ως άνω αναθέτουσας αρχής, μετά του συμπροσβαλλόμενου Πρακτικού III που εγκρίνει, όπως τούτες οι αποφάσεις εκδόθηκαν στο πλαίσιο ανοικτού διεθνή ηλεκτρονικού διαγωνισμού με αντικείμενο την «...», εκτιμώμενου προϋπολογισμού 214.000,00€ άνευ ΦΠΑ, βάσει της με αρ. 1/2022 Μελέτης, που η ως άνω αναθέτουσα αρχή προκήρυξε διά της με αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξής της, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 14.4.2022 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, με α/α συστήματος:

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία Μανδράκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο και αναλογούν ποσό παραβόλου, κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.070,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογισθείσα δαπάνη της υπό ανάθεση σύμβασης άνευ ΦΠΑ.

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσία), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, άνευ ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ασκεί η αναθέτουσα αρχή καθώς 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, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει, η δε Αρχή, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή και υποβάλλεται το σχετικό αίτημα αναστολής, είναι αρμόδια για την εξέταση της.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος ...), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 περ. α' του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' του Π.Δ.39/2017, δοθέντος ότι οι προσβαλλόμενες αποφάσεις κοινοποιήθηκαν σε όλους τους συμμετέχοντες, στις 25.5.2022, η δε προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την 1.6.2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης στις ως άνω διατάξεις δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκησή της. Προσέτι, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή παραδεκτώς ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου (άρθρ. 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2, Παράρτημα Ι του Π.Δ.39/2017). Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε το έγγραφο των απόψεων της, στις 8.6.2022, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, αιτούμενη συναφώς την απόρριψη του αιτήματος αναστολής της προσφεύγουσας, για λόγους επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος, ως διατυπώνει σε αυτό.

4. Επειδή, με την με αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξή του ο Δήμος ... προκήρυξε ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με σφραγισμένες προσφορές και

κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για το σύνολο των υπηρεσιών, όπως αυτές αναφέρονται στην με αριθμ. 1/2022 μελέτη της Δ/σης Οικονομικών Υπηρεσιών (Τεχνική Έκθεση, Ενδεικτικός Προϋπολογισμός, Τιμολόγιο προσφοράς, Συγγραφή υποχρεώσεων), η οποία και αποτελεί αναπόσπαστο μέρος της διακήρυξης, για την ..., προϋπολογισμού 214.000,00€ μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και διάρκειας τεσσάρων (4) μηνών. Διά της με αριθμ. 116/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... με θέμα: «Έγκριση Πρακτικού Ι, αποσφράγισης και ελέγχου δικαιολογητικών και τεχνικής προσφοράς & Πρακτικού ΙΙ, αποσφράγιση οικονομικών προσφορών, και ανάδειξη προσωρινού μειοδότη της ανοιχτής διαγωνιστικής διαδικασίας της υπηρεσίας με τίτλο «...», η αναθέτουσα αρχή, κατ' αποδοχήν του από 6.5.2022 πρακτικού Ι της Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού καθώς και του από την ίδια ως άνω ημερομηνία πρακτικού ΙΙ της Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού, προέβη στην ανάδειξη ως προσωρινού μειοδότη για την υπό ανάθεση σύμβαση, του συμμετέχοντος οικονομικού φορέα «...» με διακριτικό τίτλο «...», εν συνεχεία δε διά της με αριθμ. 128/2022 απόφασής της, η αναθέτουσα αρχή, κατ' αποδοχήν του πρακτικού ΙΙΙ περί ελέγχου δικαιολογητικών μειοδότη, ανέδειξε τον ως άνω οικονομικό φορέα ως οριστικό ανάδοχο και κατακύρωσε τον διαγωνισμό σε αυτόν. Διά της υπό εξέταση προσφυγής της, στρέφεται η προσφεύγουσα κατά των ως άνω αποφάσεων, σωρεύοντας παράλληλα στην προσφυγή της και αίτημα αναστολής της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας. Πιο συγκεκριμένα, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι, ενόψει της αρχής της τυπικότητας των δημόσιων διαγωνισμών, θα πρέπει, εντός των χρονικών ορίων που τάσσει η διακήρυξη για την κατάθεση των προσφορών, να υποβάλλεται εγγυητική επιστολή με ποσό, το κατά τη διακήρυξη απαιτούμενο, η δε μη υποβολή εντός της ως άνω προθεσμίας κατάθεσης των προσφορών εγγυητικής επιστολής με το αιτούμενο ποσό, συνεπάγεται τον αποκλεισμό του συμμετέχοντος υποψήφιου από τον διαγωνισμό, μη επιτρεπομένης της εκ των υστέρων αντικατάστασης ή συμπλήρωσης της ήδη υποβληθείσας, αντικανονικής ως προς το ποσό, εγγυητικής επιστολής (βλ. ΣτΕ 1819/2020 Ολ., πρβλ. ΣτΕ 1400/2007, επίσης ΕΑ ΣτΕ 233/2020 σκ. 5, 72/2020 Ολ., πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 311/2012, 428/2011,

1068/2009, 512/2005). Εντούτοις, εν προκειμένω, ως παραπονεείται η προσφεύγουσα, ο διαγωνιζόμενος οικονομικός φορέας ... υπέβαλε ως εγγύηση συμμετοχής το υπ' αριθμ. ... γραμμάτιο σύστασης παρακαταθήκης από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων ..., ποσού 4.280,00€, και όχι ποσού 5.307,20€, ως ρητώς, σαφώς και επί ποινή αποκλεισμού απαιτεί ο όρος 2.2.2.1 της υπόψη διακήρυξης. Συνεπώς η υποβαλλόμενη εκ μέρους του εγγύηση συμμετοχής υπολείπεται ως προς το αιτούμενο από τη διακήρυξη ποσό και ως εκ τούτου η προσβαλλόμενη με αριθμό 116/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, συνακόλουθα δε και οι λοιπές συμπροσβαλλόμενες αποφάσεις, παρανόμως έκριναν αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής, αντιθέτως, θα έπρεπε η αναθέτουσα αρχή να είχε προβεί στην απόρριψη της προσφοράς του. Για το λόγο αυτό, κατά την προσφεύγουσα, οι προσβαλλόμενες αποφάσεις θα πρέπει να ακυρωθούν, όπερ αποτελεί και αίτημα της προσφυγής της, επί τω τέλει όπως κατακυρωθεί η υπό ανάθεση σύμβαση στην ίδια.

5. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) 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». Περαιτέρω, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, ορίζεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

6. 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. Ωστόσο, δε 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, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, 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, 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 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 (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2016).

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

10. Επειδή, εν προκειμένω και από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή, διά της με αρ. 128/2022 απόφασής της προέβη στην ανάδειξη του οριστικού αναδόχου του διαγωνισμού, κατ' αποδοχήν των σχετικών πρακτικών της Επιτροπής του διαγωνισμού, για την παροχή υπηρεσιών για την ..., διάρκειας τεσσάρων μηνών και εκτιμώμενου προϋπολογισμού 214.000,00€ άνευ ΦΠΑ. Τούτων δοθέντων και αφού έχει ήδη εκδοθεί από την αναθέτουσα αρχή η απόφαση ανάδειξης οριστικού αναδόχου, έτερο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν υπάρχει, πλην της υπογραφής της σύμβασης, όπου και ολοκληρώνεται η ανάθεση. Κατά συνέπεια και σύμφωνα με τα προρρηθέντα στην προηγούμενη σκέψη της παρούσας, κατά το νόμο δεν δύναται η αναθέτουσα αρχή να προχωρήσει στη σύναψη της σύμβασης, ενώ βλάβη της προσφεύγουσας η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, δεν υφίσταται. Και τούτο διότι δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία αυτής από την συνέχιση της διαδικασίας η οποία, ως προελέχθη, ευρίσκεται σε τελικό στάδιο και μόνο η άσκηση της προσφυγής κωλύει τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας. Συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν

Αριθμός απόφασης: Α403/2022

πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Συνεπεία τούτων, το αίτημα της προσφεύγουσας για αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – χορήγησης προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 9 Ιουνίου 2022 και εκδόθηκε στις 10 Ιουνίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαργαρίτα Κανάβα

Αναστασία Ρουμελιώτη