

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ
ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Σεπτεμβρίου 2022, με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελευθερία Καλαμιώτη και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, σε αναπλήρωση του Μέλους του 1^{ου} Κλιμακίου Ειρήνης Αψοκάρδου δυνάμει της υπ' αριθ. 63/2022 Πράξη Προέδρου ΕΑΔΗΣΥ, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνεται στην από 11/9/2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1253/12-9-2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (η προσφεύγουσα) που εδρεύει στην ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... (αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθ. 938/31-8-2022 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, η οποία περιέχεται στο απόσπασμα από το 32^ο πρακτικό της τακτικής συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής με θέμα «*Επικύρωση του πρακτικού αξιολόγησης δικαιολογητικών - τεχνικών προσφορών του δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων για υλοποίηση υπηρεσιών για το έργο '...' π.δ 458.800,00€ με Φ.Π.Α. σε συμμόρφωση με την 1148/2022 απόφαση της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.*».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε, εισπράχθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 Ν. 4412/2016 και 5 ΠΔ 39/2017, παράβολο ποσού 1.850,00 ευρώ, όπως αυτό

Αριθμός απόφασης: Α710/2022

υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 370.000,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. .../2022 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής ανοικτό διεθνές ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης παροχής υπηρεσιών για το έργο «...», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής και με εκτιμώμενη αξία 458.800,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 17/3/2022. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα και η Σύμφωνα με το υπ' αριθ. πρωτ. 85745/24-3-2022 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, οι υποβληθείσες προσφορές αποσφραγίστηκαν στις 23/3/2022. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, οι οικονομικές προσφορές αποσφραγίστηκαν επίσης αμέσως μετά την αποσφράγιση των τεχνικών προσφορών. Με το από 19/5/2022 πρακτικό της η Επιτροπή Διαγωνισμού, κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, έκανε δεκτές τις τρεις προσφορές και προέβη στη βαθμολόγησή τους. Η τεχνική προσφορά της ... έλαβε συνολικό βαθμό 104,9, της προσφεύγουσας 107,2 και της τρίτης διαγωνιζόμενης ... 104,8. Με την υπ' αριθ. 609/01-06-2022 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία περιέχεται στο πρακτικό της συνεδρίασης υπ' αριθ. 20 της Οικονομικής Επιτροπής, επικυρώθηκε το ανωτέρω πρακτικό. Η ... άσκησε ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ την υπό ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 851/15-6-2022 προδικαστική προσφυγή κατά της ανωτέρω απόφασης της αναθέτουσας αρχής, και συγκεκριμένα κατά το μέρος της με το οποίο βαθμολογήθηκαν οι προσφορές, άλλως κατά το μέρος της με το οποίο έγινε δεκτή στον διαγωνισμό η προσφορά της εταιρείας «...», καθώς επίσης και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης των αρμοδίων οργάνων. Με την υπ' αριθ. 1148/2022 απόφαση του παρόντος Κλιμακίου έγινε δεκτή η ανωτέρω προδικαστική προσφυγή και ακυρώθηκε η υπ' αριθ. 609/1-6-2022 πράξη της αναθέτουσας αρχής. Κατόπιν της έκδοσης της ανωτέρω απόφασης του παρόντος Κλιμακίου, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την προσβαλλόμενη, με την οποία προέβη σε ματαίωση του διαγωνισμού λόγω αδυναμίας επανόδου στο στάδιο της βαθμολόγησης, διότι στο μεταξύ είχαν αποσφραγιστεί και οι οικονομικές προσφορές των διαγωνιζόμενων.

3. 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».

4. 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 ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

5. Επειδή η προκείμενη προσφυγή, στην οποία περιλαμβάνεται το υπό κρίση αίτημα αναστολής, δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη. Περαιτέρω, για την οριστική κρίση αφενός περί του παραδεκτού και αφετέρου περί του βάσιμου των λόγων της προσφυγής, απαιτείται ενδελεχής έρευνα και εκτίμηση των στοιχείων του φακέλου του διαγωνισμού και των προσφορών, στη βάση των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας νομοθεσίας, οι οποίες δεν μπορούν να ολοκληρωθούν στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας, ιδίως ενόψει των στενών χρονικών ορίων που τάσσει ο νόμος για την έκδοση απόφασης (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

6. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, ο υπόψη διαγωνισμός ματαιώθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση.

7. Επειδή, με την προσφυγή της, η προσφεύγουσα, όπως αναλυτικότερα αναπτύσσει σε αυτήν, προβάλλει λόγους ακύρωσης της προσβαλλόμενης που ανάγονται στη μη νόμιμη, κατά τους ισχυρισμούς της, ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. Επειδή, η αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης επιτρέπεται, κατ' αρχήν, μόνο για τη διατήρηση υφισταμένης πραγματικής κατάστασης, και όχι για τη δημιουργία νέας. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία στο πλαίσιο του Ν. 3886/2010, επί άσκησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης, με την οποία ματαιώνεται διεξαγόμενος διαγωνισμός και διατάσσεται η προκήρυξη νέου διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της πράξης κατά το μέρος που αφορά τη ματαίωση του διαγωνισμού, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στη Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει το διαγωνισμό με την έκδοση κατακυρωτικής πράξης και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στη δημιουργία νέας κατάστασης. Παρόλα αυτά, όπως παγίως κρίνεται, εάν υποβάλλεται σχετικό αίτημα και συντρέχουν, περαιτέρω, οι προϋποθέσεις παροχής προσωρινής προστασίας, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του αιτούντος από την παράβαση της προσβαλλόμενης εκτελεστής πράξης, μπορεί να διαταχθεί ως προσωρινό μέτρο η μη κίνηση ή μη προώθηση τυχόν ήδη κινηθείσας διαδικασίας επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, δεδομένου μάλιστα ότι ο αιτών δεν θα είναι σε θέση να προβάλει παραδεκτώς την

ανωτέρω πλημμέλεια κατά της νέας διακήρυξης ή των πράξεων που θα εκδοθούν στο πλαίσιο της διαδικασίας του νέου διαγωνισμού (ΕΑ 125/2016, 121, 88/2015, 197/2013, 500, 432/2012, 158/2011, 1351, 1132, 925, 337/2010, 703, 604/09, 929, 221, 1169, 667/2008, 367, 156, 153/2007, 726/2005, 810, 543/ 2004, 668, 29/2002, 713/2001 κ.ά., Δ.Εφ. Αθηνών 198, 174/2017 πρβλ. και Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων αποφάσεις της 18.6.2002, C-92/2000, HI, Συλλογή 2002, σ. I-5553 και της 2.6.2005, C-15/2004, Koppensteiner, ΑΕΠΠ Α412,413/2019, Α 431/2018, Α232/2018, Α49/2017).

9. Επειδή, τα ανωτέρω τυγχάνουν εφαρμογής και στην υπό κρίση περίπτωση, στο μέτρο που με την προσβαλλόμενη απόφαση αποφασίστηκε η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ειδικότερα, αναλόγως με τα ως άνω παγίως νομολογηθέντα, στην κρινόμενη περίπτωση, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που αφορά στην ματαίωση της διαδικασίας, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στη Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει το διαγωνισμό με την έκδοση κατακυρωτικής πράξης και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στη δημιουργία μιας νέας κατάστασης. Παρόλα αυτά, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία της προσφεύγουσας από την παράβαση της προσβαλλόμενης εκτελεστής πράξης, μπορεί να διαταχθεί ως προσωρινό μέτρο η μη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας προς ανάθεση του αντικειμένου του ματαιωθέντος διαγωνισμού, όπως αυτό προδιαγράφεται στην οικεία Διακήρυξη, δεδομένου μάλιστα ότι η προσφεύγουσα δεν θα είναι σε θέση να προβάλει παραδεκτώς τις επικαλούμενες πλημμέλειες προβάλλοντας παρόμοιο αίτημα κατά των πράξεων που θα εκδοθούν στο πλαίσιο της νέας αυτής διαδικασίας.

10. Επειδή, ενόψει των γενομένων δεκτών στις προηγούμενες σκέψεις, πρέπει να διαταχθεί, ως κατάλληλο προσωρινό μέτρο η μη επαναπροκήρυξη διαδικασίας ανάθεσης του αντικειμένου της υπ' αριθ. πρωτ. .../7-6-2021 Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, έως την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής, προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής τυχόν ευδοκίμηση της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα χορήγησης προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας, κατά το σκεπτικό.

Διατάσσει, κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσας, το προσωρινό μέτρο της μη επαναπροκήρυξης διαδικασίας ανάθεσης του αντικειμένου της διακήρυξης του ματαιωθέντος διαγωνισμού, μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ επί της προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22 Σεπτεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 23 Σεπτεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ**