

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Οκτωβρίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Ιωάννης Λαμπρόπουλος Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμύρη – Εισηγήτρια,
Αικατερίνη Ζερβού, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνεται στην από 09.10.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1412/10.10.2022 Προδικαστική Προσφυγή της ένωσης αποτελούμενης από τους οικονομικούς φορείς α) ... με τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στο ..., επί της οδού ..., άρ. ... και β) ... με τον διακριτικό τίτλο «....», που εδρεύει στην..., επί της οδού ..., αρ. 8, με τον διακριτικό τίτλο: «....» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί ολικά ή μερικά η υπ' αρ. 870/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ...) (εφεξής η «προσβαλλόμενη»), κατά το μέρος ως προς το οποίο τη βλάπτει, δηλαδή κατά το μέρος ως προς το οποίο, με αυτή, γίνονται δεκτές, μεταξύ άλλων, η προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που κατατάχθηκε σε καλύτερη θέση από τη θέση της προσφεύγουσας στη σειρά μειοδοσίας, και η προσφορά της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...», που κατατάχθηκε μετά από τη θέση της προσφεύγουσας στη σειρά μειοδοσίας, καθώς και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη. Με το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων η προσφεύγουσα αιτείται να διαταχθεί η αναστολή της εκτέλεσης της προσβαλλόμενης, να απαγορευτεί στην αναθέτουσα αρχή να προβεί σε συνέχιση της διαγωνιστικής

διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής της και κάθε κατάλληλο, κατά την κρίση της Αρχής, μέτρο.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της 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 προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ ποσού 5.161.290,32 €.

2. Επειδή, η προσβαλλομένη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. πρωτ. ... Διακήρυξης ανοικτής διαδικασίας μέσω ΕΣΗΔΗΣ για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Διαμόρφωση και οικολογική αναβάθμιση κοινόχρηστων χώρων ...» (Υποέργο1: «Δράσεις αστικής αναζωογόνησης στο Δήμο ...» εκτιμώμενης αξίας 5.161.290,32 €, με κριτήριο ανάθεσης την Κριτήριο για την ανάθεση της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), σύμφωνα με το αρ. 14 αυτής. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 07.06.2022, 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 αναθέτουσα αρχή 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 ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή και υποβάλλεται το σχετικό αίτημα 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 αιτιολογημένα 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 την προσφεύγουσα, 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, δυνάμει της προσβαλλόμενης απόφασης, επικυρώθηκε το Πρακτικό Ι αποσφράγισης – αξιολόγησης προσφορών - έλεγχος δικαιολογητικών συμμετοχής & οικονομικής προσφοράς» και «Αξιολόγηση των εξηγήσεων εκ μέρους του οικονομικού φορέα «...» του επίμαχου διαγωνισμού, αναδείχθηκε δε προσωρινός ανάδοχος ο δεύτερος μειοδότης οικονομικός φορέας «... με το διακριτικό τίτλο: «...», ο οποίος προσέφερε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο με βάσει τιμής, με μέση έκπτωση 20,08%

και με δαπάνη 4.126.458,09€ (χωρίς ΦΠΑ 24%) ή 5.116.808,03€ (συμπερ. ΦΠΑ 24%).

10. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αρ. πρωτ. 101338/13.10.2022 απόψεις της που απέστειλε στην ΕΑΔΗΣΥ επί του υπό κρίση αιτήματος αναστολής εκτέλεσης- προσωρινών μέτρων αναφέρει ότι *«συναινεί στη χορήγηση αναστολής εκτέλεσης-προσωρινών μέτρων που αιτείται ο οικονομικός φορέας με δ.τ «....» στην προδικαστική προσφυγή που κατέθεσε, δεδομένου ότι η εξέτασή της έχει προγραμματιστεί άμεσα (10-11-2022) και η καθυστέρηση που θα επέλθει στη διαγωνιστική διαδικασία θεωρούμε ότι δεν βλάπτει το δημόσιο συμφέρον»*.

11. Επειδή α) η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή δεν πιθανολογείται προδήλως απαράδεκτη, β) ενδέχεται να υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας από τις προσβαλλόμενες, γ) οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής δεν πιθανολογούνται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης, αναζήτηση τυχόν διευκρινήσεων και δ) δεν 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 (άρ. 15 του Π.Δ. 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017). Άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της, κατά την αμέσως προηγούμενη σκέψη, συναινεί στη χορήγηση αναστολής εκτέλεσης – προσωρινών μέτρων που αιτείται η προσφεύγουσα.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το υπό εξέταση αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων.

Διατάσσει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ επί της προδικαστικής προσφυγής.

Αριθμός Απόφασης: Α774/2022

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Οκτωβρίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΙΩΑΝΝΗΣ ΛΑΜΠΡΟΠΟΥΛΟΣ

ΦΩΤΕΙΝΗ ΜΑΡΑΝΤΙΔΟΥ