

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Απριλίου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 18-4-2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 392/29-3-2019 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 9-4-2019 με αρ. 62/2019 Απόφασης ΔΣ της αναθέτουσα, καθ' ο μέρος και κατ' έγκριση του 2^{ου} Πρακτικού Επιτροπής Διαγωνισμού κρίθηκε δεκτή η συμμετοχή του οικονομικού φορέα «.....», στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης έργου για την, εκτιμώμενης αξίας 1.008.064,52 Ευρώ, πλέον Φ.Π.Α. 24%, που δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 21-12-2018 και στο ΕΣΗΔΗΣ ΕΡΓΩΝ με συστημικό α/α την 24-12-2018.

Με το συνημμένο στην προσφυγή αίτημα χορήγησης προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων αιτείται την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλομένης, ως και την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι της προσκόμισης εγγυητικής καλής εκτέλεσης και υπογραφής της σύμβασης, έως και την έκδοση Απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 18-4-2019 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα πράξης έγκρισης δικαιολογητικών κατακύρωσης και ανάδειξης οριστικού αναδόχου, που κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα την 9-4-2019. Ο δε προσφεύγων συγκεκριμένα επικαλείται ότι κατά παράβαση του άρ. 23.3 και του άρ. 22.Α.2 της διακήρυξης, ο νυν ανάδοχος παρέλειψε να υποβάλει αποδεικτικά φορολογικής ενημερότητας για την που έχει Α.Φ.Μ. με αναθέτουσα αρχή της, στην οποία συμμετέχει ως μέλος της ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ σύμφωνα με τη βεβαίωση ανεκτέλεστου και εμπρόθεσμου εκτέλεσης των εργασιών, το οποίο επίσης κατέθεσε, όπου στη στήλη ΜΕΕΠ αναφέρεται ο αριθμός ΜΕΕΠ της εταιρείας και ο αριθμός ΜΕΕΠ της εταιρείας οι οποίες συστήνουν την ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ κατασκευής του συγκεκριμένου έργου, παραβιάζοντας κατά τον τρόπο αυτό τον όρο που αναφέρεται στο άρθρο 23.3 β. Επίσης, επικαλείται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας, υπέβαλε ως όφειλε ηλεκτρονικά και σε έντυπη μορφή, όπως ορίζεται στο άρθρο 4.2 της διακήρυξης αποδεικτικά ασφαλιστικής ενημερότητας τόσο για τον οικονομικό φορέα «.....» με Α.Φ.Μ., όσο και για την με Α.Φ.Μ. για το έργο που εκτελεί και στο οποίο ο οικονομικός φορέας που ανακηρύχθηκε προσωρινός μειοδότης συμμετέχει σε αυτή, τα οποία ήταν σε ισχύ τόσο κατά το χρονικό διάστημα υποβολής της προσφοράς του όσο και κατά το χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών, παρέλειψε όμως να υποβάλει αποδεικτικό ασφαλιστικής ενημερότητας για την έδρα της που έχει Α.Φ.Μ., με αναθέτουσα αρχή της, και στην οποία συμμετέχει ως μέλος παραβιάζοντας και κατά τον τρόπο αυτό τον όρο που αναφέρεται στο άρθρο 23.3 β της διακήρυξης.

Αριθμός Απόφασης: Α180/2019

2. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται ακόμη και σε αυτεπάγγελτη εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω Προσφυγής, βάσει της ρητής οικείας ευχέρειας που απονέμει το άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεως τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόνπαρεμβαίνοντος ή της αναθέτουσας. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων, όπως κρίθηκε και στην Απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3/2017 (σκέψη 2), προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της Προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια Προσωρινά Μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του Προσφεύγοντος ή οιοδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής. Επειδή δε, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 της ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017 περί του σκοπού των “καταλλήλων” προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του αρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του αρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκομένων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την έννοια κατά την ως άνω μνημονευθείσα εξάλλου Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017, ότι το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, αναφέρεται στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκομένων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια, ήτοι πρώτον την κρίση περί τυχόν προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου της Προσφυγής, με την πιθανολόγηση επί του προδήλως αβασίμου να αφορά την έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία νομικού πλαισίου, δεύτερον την πιθανολόγηση συνδρομής μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των εμπλεκομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, τρίτον τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την όποια

Αριθμός Απόφασης: Α180/2019

ζημία που δύναται να προκληθεί από το προσωρινό μέτρο και τέταρτον την εξέταση του περιεχομένου των μέτρων με πρόκριση εκείνων που είναι κατάλληλα για την αποτροπή της ζημίας και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως με την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (βλ. και Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 3,6 και 8/2017). Σε κάθε περίπτωση, η ως άνω αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ περί διαταγής προσωρινών μέτρων τίθεται προς πρόληψη οιασδήποτε βλάβης των μερών εκ της συνέχισης της διαδικασίας στα επιμέρους ενδιάμεσα προ της σύναψης της σύμβασης στάδια, ενώ λειτουργεί συμπληρωματικά της προστασίας που εκ του νόμου παρέχει το κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 αυτοδίκαιο κώλυμα σύναψης σύμβασης, που εκτείνεται αποκλειστικά σε αυτή καθαυτή την υπογραφή της και ούτως την ολοκλήρωση της διαδικασίας ανάθεσης.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ., ποσού 5.041,00 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ». Περαιτέρω, η Προσφυγή αφορά διαδικασία ανάθεσης έργου κάτω των ορίων, που υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' άρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή εμπροθέσμως ασκήθηκε κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (κοινοποίηση της προσβαλλομένης 9-4-2019 και άσκηση της προσφυγής την 18-4-2019), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως άνω Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται δια της ακύρωσης της προσβαλλόμενης καθ' ο μέρος ανέδειξε τον παράπανω οικονομικό φορέα ως ανάδοχο, αφού ως δεύτερος μειοδότης, η ακύρωση της αποδοχής του αναδόχου, θα επέφερε τη δική του υπεισέλευση στη θέση του. Ομοίως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς

Αριθμός Απόφασης: Α180/2019

την αλήθεια και τη βασιμότητά τους με αντιπαραβολή των εγγράφων που κατέθεσε, τις οικείες όποιες τυχόν Απόψεις καταθέσει η αναθέτουσα ως και την τυχόν παρέμβαση που ενδέχεται να ασκηθεί, και ερμηνεία ως και υπαγωγή των ως άνω ως προς τους όρους της διακήρυξης σε αντιπαραβολή δε και με οικεία ερμηνεία του νόμου. Επομένως, δεν χωρεί άρση αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης κατ' άρ. 15 παρ. 3, αλλά αντίθετα χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 38/2017.

4. Επειδή, όμως, όπως ήδη αναφέρθηκε στη σκ. 1, η παρούσα προσφυγή στρέφεται κατά πράξης κατακύρωσης διαγωνισμού και ανάδειξης οριστικού και όχι προσωρινού αναδόχου, βάλλει δε κατά της έγκρισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης και άρα και της περάτωσης του τελευταίου σταδίου της διαδικασίας, ήτοι της οριστικοποίησης της κατακύρωσης. Επομένως, δεν απομένει άλλο πλέον στάδιο της διαδικασίας παρά η ίδια η σύναψη της σύμβασης, που όμως ούτως ή άλλως εμποδίζεται αυτοδίκαια κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016, χωρίς το ως άνω κώλυμα, βλ. αμέσως προηγούμενη σκέψη, να αίρεται κατά την παρούσα απόφαση. Συνεπώς, αλυσιτελώς και άνευ βλάβης του προσφεύγοντος προβάλλεται το αίτημα αναστολής της διαδικασίας, αφού το μόνο εναπομείνον της διαδικασίας είναι η ούτως ή άλλως κωλυόμενη σύναψη της σύμβασης και άρα η όποια τυχόν ζημία του προσφεύγοντος προλαμβάνεται εκ της ίδιας της ως άνω διάταξης νόμου. Περαιτέρω, η προσκόμιση της εγγυητικής καλής εκτέλεσης από τον νυν ανάδοχο ουδεμία βλάβη δύναται να επιφέρει στον προσφεύγοντα, δεδομένου ότι συνιστά προαπαιτούμενο της υπογραφής της σύμβασης, κατ' άρ. 17 της διακήρυξης, η οποία όμως ούτως ή άλλως κωλύεται αυτοδίκαια.

5. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει απορριφθεί το Αίτημα Αναστολής ως άνευ αντικειμένου και αλυσιτελές, βάσει της αμέσως προηγούμενης σκέψης.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αριθμός Απόφασης: Α180/2019

Απορρίπτει το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 22 Απριλίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

ΓΡΥΠΑΡΗΣ ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ