

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Ιουνίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21/6/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 577/22-6-2018 της προσφεύγουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της Δημόσιας Επιχείρησης Δικτύων Διανομής Αερίου Ανώνυμη Εταιρεία (ΔΕΔΑ) και του από 11-6-2018 Πρακτικού Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Μειοδότη του Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Επιλογή αναδόχου παροχής υπηρεσιών οικονομικής, διοικητικής και λειτουργικής υποστήριξης»

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη, να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός σε εκείνη και να ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος του έργου. Ταυτόχρονα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα όπως ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή η Δημόσια Επιχείρησης Δικτύων Διανομής Αερίου Ανώνυμη Εταιρεία (ΔΕΔΑ) με την από 30-3-2018 Διακήρυξη προκήρυξε Ηλεκτρονικό Ανοιχτό Διαγωνισμό για την «Επιλογή αναδόχου παροχής υπηρεσιών οικονομικής, διοικητικής και λειτουργικής υποστήριξης της Δημόσιας Επιχείρησης Δικτύων Διανομής Αερίου Ανώνυμη Εταιρεία» για περίοδο ενός (1) έτους με δικαίωμα προαίρεσης ενός (1) επιπλέον έτους, προϋπολογισμού 1.960.000,00 €, πλέον ΦΠΑ. (Το ποσό αναλύεται σε 980.000€, πλέον ΦΠΑ, για τις υπηρεσίες του 1ου έτους και 980.000€, πλέον ΦΠΑ, για τις υπηρεσίες προαίρεσης του 2ου έτους). Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων/ΚΗΜΔΗΣ στις 30/3/2018 λαμβάνοντας ΑΔΑΜ 18PROC002891304 2018-03-30 και στις 2-4-2018 καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε το συστημικό αριθμό 56414. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 09/05/2018, ημέρα Τετάρτη και ώρα 15:00 και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η την 10/05/2018, ημέρα Πέμπτη και ώρα 12:00. Στον ανωτέρω διαγωνισμό έλαβαν μέρος δύο (2) διαγωνιζόμενοι μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα.

2. Επειδή με την από 17-5-2018 απόφαση του Προέδρου ΔΣ της Δημόσιας Επιχείρησης Δικτύων Διανομής Αερίου Ανώνυμη Εταιρεία (ΔΕΔΑ) , κατ' αποδοχή του από 10-5-2018 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και Αξιολόγησης προσφορών του διαγωνισμού και του από 16-5-2018 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και Αξιολόγησης οικονομικών προσφορών του διαγωνισμού, αποφασίστηκε η ανάδειξη της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας με την επωνυμία «.....» ως προσωρινού αναδόχου. κατακύρωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού σε αυτήν. Μετά την παρέλευση του δεκαήμερου από την ανακήρυξη του προσωρινού μειοδότη, σύμφωνα με τον νόμο, απεστάλη προς τον προσωρινό μειοδότη του διαγωνισμού εταιρία «.....» ηλεκτρονική πρόσκληση όπως αναρτήσει και προσκομίσει τα απαραίτητα δικαιολογητικά για την υπογραφή της σχετικής σύμβασης εντός 10 ημερών, η οποία και τα κατέθεσε. Στη συνέχεια εξεδόθη το από 11-6-2018 Πρακτικό Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Δικαιολογητικών

Αριθμός Απόφασης :Α 294/2018

Μειοδότη του Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Επιλογή αναδόχου παροχής υπηρεσιών οικονομικής, διοικητικής και λειτουργικής υποστήριξης» το οποίο κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 11-6-2018 μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

3. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή της, η οποία κατετέθη την 21/6/2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και την 22/6/2018 ο αναθέτων φορέας προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά του από 11-6-2018 Πρακτικού Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Μειοδότη του Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Επιλογή αναδόχου παροχής υπηρεσιών οικονομικής, διοικητικής και λειτουργικής υποστήριξης» με το οποίο η Επιτροπή εισηγείται προς το αποφαινόμενο όργανο της ανάδειξη ως οριστικής αναδόχου της εταιρείας «.....».

4. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 220192168958 0820 0029, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 ποσού τεσσάρων χιλιάδων εννιακοσίων ευρώ (4.900,00 €).

5. Επειδή η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει,

Αριθμός Απόφασης :Α 294/2018

εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

9. Επειδή η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα κατετέθη την 21/6/2018 στο διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), ήτοι εντός δέκα (10) ημερών από την πλήρη, πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία έλαβε χώρα την 11/6/2018 , με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

10. Επειδή η Προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως συμμετέχουσα στον επίδικο διαγωνισμό.

11. Επειδή η Προσφεύγουσα μετά ταύτα αιτείται να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

12. 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».*

13. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: *«1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης*

Αριθμός Απόφασης :Α 294/2018

παραγράφου 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 μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου 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 δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

14. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

15. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «*Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας*».

16. 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. Ετέρωθεν, 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 κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των 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.

Αριθμός Απόφασης :Α 294/2018

17. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

18. 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- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου και θιγόμενου από την προσβαλλόμενη πράξη- 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. 4412/2016).

19. Επειδή, εξάλλου, οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣτΕ 2080/2016).

20. Επειδή, κατ' άρ. 346 και 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 δια προδικαστικής προσφυγής προσβάλλονται αποκλειστικά και μόνο οι πράξεις της αναθέτουσας αρχής/αναθέτοντος φορέα που έχουν εκτελεστό χαρακτήρα. Οι δε πράξεις των Επιτροπών Διαγωνισμού έχουν χαρακτήρα απλής γνώμης που απευθύνεται προς το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής/αναθέτοντος φορέα και ως εκ τούτου, ως μη εκτελεστές γνωμοδοτικής φύσεως

Αριθμός Απόφασης :Α 294/2018

πράξεις (βλ. ΣΤΕ 323/2012 και ΣΤΕ ΕΑ 421/2014, 423/2013, 464/2012, 251, 419, 721/2011, 115, 631, 1279/2009, 818/2008, 107, 645/2007, 115/2009, 420, 153, 46/2006, 860, 352, 43/2005, 57, 375, 806/2002) δεν υπόκεινται σε προδικαστική προσφυγή.

21. Επειδή σύμφωνα με την αμέσως προηγούμενη σκέψη, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του αιτήματος αναστολής, στρέφεται κατά μη εκτελεστής πράξης και συγκεκριμένα του υπέχοντος θέση απλής γνώμης και εισηγήσεως, ως προκύπτει εξάλλου και από το ίδιο το περιεχόμενό του («προτείνει να κατακυρωθεί»), οικείο Πρακτικό της Επιτροπής του Διαγωνισμού, ως βάσιμα υποστηρίζει και ο αναθέτων φορέας με τις από 25-6-2018 προσκομιζόμενες απόψεις του.

22. Επειδή, συνακόλουθα δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων (βλ. σκέψη 19), καθώς κατά τα προελεχθέντα η υπό κρίση προσφυγή στρέφεται κατά μη εκτελεστής πράξης.

23. Επειδή, ειδικότερα, με βάση τα ως άνω, η εκκρεμής προσφυγή εκτιμάται ότι θα απορριφθεί ως προδήλως απαράδεκτη στρεφόμενη κατά μη εκτελεστής διοικητικής πράξης, δεδομένου του χαρακτήρα της προσβαλλόμενης πράξης, ως έχουσα γνωμοδοτικό χαρακτήρα και ως εκ τούτου στερείται εκτελεστότητας.

24. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28 Ιουνίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Ειρήνη Τσιμπούκη