

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της την 1 Αυγούστου 2019 με την εξής σύνθεση:
Άννα Χριστοδουλάκου Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου και Ευαγγελία Μιχολίτση,
Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής - λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 20.07.2019 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 922/22.07.2019 της προσφεύγουσας ατομικής επιχείρησης «.....», που εδρεύει στον, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθεί η περιλαμβανόμενη στο υπ' αριθμ. 15/02.07.2019 Πρακτικό Συνεδρίασης της, Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία κηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος η διαγωνιζόμενη «.....». Ταυτόχρονα η προσφεύγουσα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα να ανασταλεί η πρόοδος του διαγωνισμού, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, κατά την έννοια του άρθρου 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: Α 368/2018

1. Επειδή, με την υπ' αριθ.Διακήρυξη τουπροκηρύχθηκε Δημόσιος Ηλεκτρονικός Ανοικτός Διαγωνισμός κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου για την προμήθεια(CPV), συνολικού προϋπολογισμού 100.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, όπου προβλέπεται με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 28.12.2018 με ΑΔΑΜ:, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, εξοφληθέν δυνάμει του από 19.07.2019 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζαςκαι δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 600,00€.

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2018, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε η προδικαστική προσφυγή, καθώς με την προσβαλλόμενη ανεδείχθη προσωρινή ανάδοχος του διαγωνισμού έτερη διαγωνιζόμενη.

5. Επειδή, όπως προαναφέρθηκε, με την υπό κρίση προσφυγή ζητείται να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή και να ακυρωθεί η περιλαμβανόμενη στο υπ' αριθμ. 15/02.07.2019 Πρακτικό Συνεδρίασης της, Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία κηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος η διαγωνιζόμενη «.....». Ταυτόχρονα ζητείται να ανασταλεί η πρόοδος

του διαγωνισμού, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, κατά την έννοια του άρθρου 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «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 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 ...». Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

7. 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».

8. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. 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 ανεπανάρθωτης βλάβης ή ζημίας.

9. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν, 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.

10. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το μη προδήλως απαράδεκτο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.), γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του 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.

11. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 361 του Ν. 4412/2016 «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από

την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. ...». Όμοιες ρυθμίσεις περιέχει και το άρθρο 4 του π.δ. 39/2017 Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών.

12. Επειδή, κατά τα παγίως κριθέντα, οι διατάξεις που προβλέπουν την προδικαστική προσφυγή, αφενός, χαρακτηρίζονται ως «δικονομικές» και, αφετέρου, απευθύνονται σε μικρό κύκλο αποδεκτών που οφείλουν να τις γνωρίζουν ενόψει της ιδιαιτερότητας του αντικειμένου, ως εκ τούτου έχουν άμεση εφαρμογή ανεξαρτήτως σχετικής ενημέρωσης από την αρμόδια Αρχή κι επομένως ανεξαρτήτως ρητής και εξαντλητικής αναφοράς των σχετικών προϋποθέσεων παραδεκτού στην οικεία διακήρυξη (βλ. ΣΤΕ Ολ. 876/2013).

13. Επειδή, είναι συμβατή με το ενωσιακό δίκαιο εθνική ρύθμιση, η οποία προβλέπει ότι η προσφυγή κατ' αποφάσεως της αναθέτουσας αρχής πρέπει να ασκείται εντός της ταχθείσας προς τούτο προθεσμίας και ότι οι θιγόμενοι ενδιαφερόμενοι που επικαλούνται πλημμέλεια της διαδικασίας συνάψεως της συμβάσεως, προς στήριξη της προσφυγής τους, πρέπει να προβάλουν την εν λόγω πλημμέλεια εντός της ίδιας προθεσμίας, διότι άλλως θα απωλέσουν το σχετικό δικαίωμά τους, με αποτέλεσμα ότι, αν παρέλθει η προθεσμία αυτή, δεν είναι δυνατή ούτε η προσβολή της εν λόγω αποφάσεως ούτε η προβολή της εν λόγω πλημμέλειας, εφόσον η επίμαχη προθεσμία είναι εύλογη (Απόφαση της 11ης Οκτωβρίου 2007, C 241/06, Lämmerzahl, Συλλογή 2007, σ. I 8415, σκέψη 50 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

14. Επειδή, περαιτέρω, ο υπολογισμός της προθεσμίας άσκησης της προσφυγής είναι ευχερής και στηρίζεται στη σαφή διάταξη του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 4 του Π.Δ. 39/2017, οπότε

παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζομένους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και λεπτομερειών και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ., ιδίως, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, 7 C 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I 3801, σκέψη 111). Επομένως, δεν είναι αντικειμενικώς ικανές οι οικείες διατάξεις να γεννήσουν αμφιβολίες ούτε ως προς τον τρόπο υπολογισμού της προθεσμίας άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, ούτε ως προς την επερχόμενη συνέπεια του απαραδέκτου της προσφυγής λόγω εκπρόθεσμης άσκησης της. Εξάλλου, ως επίδειξη της συνήθους επιμέλειας εκ μέρους των ευλόγως ενημερωμένων διαγωνιζομένων, σε συνδυασμό με το εύλογο ενδιαφέρον τους για την εξέλιξη του διαγωνισμού ευλόγως θεωρείται η επίδειξη της επιμέλειας περί ελέγχου των εγγράφων που τους αφορούν, τουλάχιστον κατά τις ημερομηνίες που προκύπτει ότι έκαναν χρήση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού. Προς επίρρωση, δε, του ως άνω κριθέντος τεκμηρίου γνώσης, επισημαίνεται ότι είναι μετ' επιτάσεως αναμενόμενος ο κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας έλεγχος του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού για οποιαδήποτε μεταβολή ή εξέλιξη στη διαγωνιστική διαδικασία, δεδομένης της φύσης και του τρόπου χρήσης του, σε συνδυασμό με την πρόθεση και εν τέλει υποβολή Υπομνήματος εκ μέρους της προσφεύγουσας, το οποίο αφορά αμιγώς στην εξέλιξη της διαδικασίας.

15. Επειδή, η προθεσμία άσκησης προδικαστικής προσφυγής προβλέπεται ρητά και με σαφήνεια στον νόμο, αποτελεί δε εν πάση περιπτώσει, ως στοιχείο του παραδεκτού της άσκησης της προσφυγής, ευθύνη του οικονομικού φορέα ο οποίος οφείλει να επιδεικνύει και την ανάλογη επιμέλεια (βλ. ΣτΕ 27/2015, ΔΕφΑΘ 269/2018).

16. Επειδή, εν προκειμένω η προσβαλλόμενη με την προδικαστική προσφυγή περιλαμβανόμενη στο υπ' αριθμ. 15/02.07.2019 Πρακτικό Συνεδρίασης της απόφαση αναρτήθηκε στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 08.07.2019, οι διαγωνιζόμενοι, δε, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, ενημερώθηκαν για την ως άνω ανάρτηση της προσβαλλόμενης μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του

ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού αυθημερόν (08.07.2019). Περαιτέρω, το εγκριθέν με την προσβαλλόμενη Νο 2 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού αναρτήθηκε στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 09.07.2019, οι διαγωνιζόμενοι, δε, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, ενημερώθηκαν για την ως άνω ανάρτηση της προσβαλλόμενης μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού αυθημερόν (09.07.2019). Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι, σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης στις 09.07.2019. Εξάλλου και η ίδια η προσφεύγουσα δηλώνει υπευθύνως στην προσφυγή της ότι έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης στις 09.07.2019. Συνακόλουθα, η δεκαήμερη προθεσμία άσκησης προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης έληξε στις 19.07.2019, ημέρα Παρασκευή και σε κάθε περίπτωση μη εξαιρετέα. Η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας κατά της προσβαλλόμενης ασκήθηκε δια καταθέσεως στην λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 20.07.2019, ήτοι μετά την παρέλευση της κατά τα ως άνω προβλεπόμενης προθεσμίας, κοινοποιήθηκε, δε, στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν (20.07.2019). Σημειώνεται ότι η προσφυγή κοινοποιήθηκε στις 22.07.2019 από την αναθέτουσα αρχή στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η επίμαχη προσφυγή πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη και δη ως εκπροθέσμως ασκηθείσα.

18. Επειδή, συνεπώς, πρέπει να απορριφθεί, προεχόντως για τον ως άνω λόγο, το περιλαμβανόμενο στην προσφυγή αίτημα περί αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση επί της προσφυγής, ανεξαρτήτως τυχόν έλλειψης εννόμου συμφέροντος και μη πλήρωσης της ratio ως προς τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, δεδομένης της ήδη ανάδειξης προσωρινού αναδόχου στο διαγωνισμό.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το περιλαμβανόμενο στην με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 922/22.07.2019 προδικαστική προσφυγή αίτημα αναστολής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 1 Αυγούστου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Άννα Χριστοδουλάκου

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ασπασία Χατζηπασχάλη