

Αριθμός απόφασης: Α 380 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 19.08.2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 07.08.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 988/12.08.2019 και χρέωσης στο 2ο Κλιμάκιο στις 12.08.2019, της εταιρείας με την επωνυμία «.....», η οποία εδρεύει επί της, όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου, που εδρεύει στα, όπως νομίμως εκπροσωπείται και για την ακύρωση της υπ' αρ.διακήρυξης (εφεξής «η προσβαλλόμενη») ή όρων αυτής, αναφορικά με την ανάθεση σύναψης σύμβασης, με αντικείμενο τηντης ανωτέρω αναθέτουσας αρχής,

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 7.784,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ.διακήρυξη του Δήμου προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου, διεθνούς

Αριθμός απόφασης: Α 380 / 2019

διαγωνισμού, για την ανάθεση σύναψης σύμβασης, με αντικείμενο τηντης ανωτέρω αναθέτουσας αρχής για ένα έτος, προϋπολογισμού 1.930.199,72 € συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 17.07.2019 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α.....

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (παροχή υπηρεσίας), της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου αποστολής (17.07.2019) της Προκήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017).

4. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) 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*

Αριθμός απόφασης: Α 380 / 2019

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). Περαιτέρω, 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*».

5. 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 προδήλως παραδεκτό 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- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί 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.

6. Επειδή, στο άρθρο 361 παρ. 1 περ. (γ) έδαφ. β' Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017 προβλέπεται ότι «1. (σ)ε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την

Αριθμός απόφασης: Α 380 / 2019

άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ». Συνεπώς και σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις του άρθρου 361 παρ. 1 περ. (γ) εδαφ. β΄ του Ν. 4412/2016 και αντιστοίχως του άρθρου 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017 προκύπτει ότι προβλέπεται δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης, ενώ πλήρης γνώση της προκήρυξης τεκμαίρεται σε κάθε περίπτωση μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευση στο Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ. Περαιτέρω, από το περιεχόμενο του εν λόγω κανόνα δικαίου και τη γραμματική ερμηνεία αυτού συνάγεται διάκριση του χαρακτήρα της πλήρους γνώσης για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης σε πραγματική και τεκμαιρόμενη, ως εκ τούτου διαφοροποιείται αναλόγως το χρονικό σημείο εκκίνησης της προθεσμίας για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής. Ήτοι, σε περίπτωση πραγματικής γνώσης, η προθεσμία συνίσταται σε δέκα ημέρες από το γεγονός που προσδιορίζει την πραγματική γνώση της προκήρυξης, ενώ σε περίπτωση τεκμαιρόμενης γνώσης, η προθεσμία συνίσταται σε δέκα ημέρες από την πάροδο του δεκαπενθημέρου από τη δημοσίευση της προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ. (ΑΕΠΠ Α5/2017). Η ανωτέρω ερμηνεία στοιχεί και με το προϊσχύσαν νομοθετικό πλαίσιο, καθώς οι δύο αυτές περιπτώσεις, πραγματικής και τεκμαιρόμενης γνώσης της προκήρυξης, προβλέπονταν και υπό το πρίσμα του άρθρου 4 παρ. 3 του προϊσχύσαντος ν.3886/2010 με τη διαφορά ότι η τεκμαιρόμενη γνώση προσδιοριζόταν νομολογιακά σε εύλογο χρόνο από τη δημοσίευση της προκήρυξης (ΣτΕ ΕΑ 515/2012, 676/2011, ΔΕΦΑΘ 1687/2014, 430/2014).

7. Επειδή, στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα δηλώνει (σελ. 3, σημείο Δ της Προσφυγής) ότι έλαβε γνώση της προκήρυξης με την ανάρτηση αυτής στο Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ. στις 17.07.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 07.08.2019, το ζήτημα της εμπρόθεσμης ή μη άσκησης αυτής θα κριθεί με την οριστική απόφαση, ήτοι αν η προς άσκηση της Προσφυγής προθεσμία έληγε στις 27.07.2019, σε

Αριθμός απόφασης: Α 380 / 2019

περίπτωση πραγματικής γνώσης στις 17.07.2019, ή στις 11.08.2019, εφόσον ήθελε συναχθεί ότι η δήλωση της προσφεύγουσας στη σελ. 3, σημείο Δ της Προσφυγής της για γνώση με την ανάρτηση στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., έχει το νόημα ότι από την ημερομηνία δημοσίευσης αυτή εκκινεί η τεκμαιρόμενη γνώση της, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017 και συνεπώς η παρούσα έχει κατατεθεί εμπροθέσμως (Δ.Εφ.Πειρ.Ν30/2019).

8. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν, έχει άμεσο, ενεστώσ και προσωπικό έννομο συμφέρον, όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη και οι προαναφερόμενοι όροι της Διακήρυξης, αφού υφίσταται ζημία και πλήττεται η συμμετοχής της στον διαγωνισμό αυτόν για τους αναφερόμενους στην Προσφυγής της λόγους. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των όρων 2.4.3.2.δ, ισχυριζόμενη ότι παραβιάζεται η αρχή της μυστικότητας των οικονομικών προσφορών, εφόσον με αυτόν απαιτείται η αποκάλυψη οικονομικών στοιχείων με τις τεχνικές προσφορές, 2.4.3.2.β, ισχυριζόμενη ότι παραβιάζεται η αρχή της διαφάνειας, εφόσον με τον όρο αυτόν δεν προσδιορίζεται ο όρος «εκτέλεση ανάλογων υπηρεσιών» της διακήρυξης, καθώς και το άρθρο 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, 2.2.5 σε συνδυασμό με τον όρο 2.5 της διακήρυξης αναφέροντας ότι παραβιάζεται η αρχή της αναλογικότητας, καθώς και ότι υφίσταται ανεπάρκεια του προϋπολογισμού του υπό κρίση διαγωνισμού, αφού η κατάρτισή του έχει γίνει επί εσφαλμένων νομικών και πραγματικών παραδοχών, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή.

9. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά σε μία νομική και

Αριθμός απόφασης: Α 380 / 2019

πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣΤΕ ΕΑ 86/2018, ΣΤΕ ΟΛ 12-15/2018, πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ ΟΛ 146-148/2016, ΔΕφΑΘ 26/2019).

10. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε δε περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, αφού, ως ισχυρίζεται, οι υπόψη όροι της διακήρυξης είναι παράνομοι και υφίσταται άμεση βλάβη στα συμφέροντά της εξ αυτών, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή η (λυσιτελής) συμμετοχής της στον διαγωνισμό (ΔΕφ.ΑΘ. 26/2019), αναφέροντας τα συγκεκριμένα πραγματικά εκείνα στοιχεία που χρειάζονται, ώστε να μπορεί να κριθεί εάν οι πλημμέλειες των όρων που προσβάλλονται καθιστούν ανέφικτη ή πάντως ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της (ΣΤΕ ΕΑ 86/2018). Τούτων δοθέντων, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με τους προσβαλλόμενους όρους της υπό εξέταση διακήρυξης, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχουν, δε, κρίση που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

11. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και σε περίπτωση τυχόν ακύρωσης της προσβαλλόμενης είναι πρόδηλη, αφού θα έχει ως αποτέλεσμα την ακύρωση των επόμενων πράξεων της αναθέτουσας

Αριθμός απόφασης: Α 380 / 2019

αρχής για τον υπό κρίση διαγωνισμό και τελικώς την ματαίωση αυτού, οδηγώντας σε καθυστέρηση της υπόψη υπηρεσίας.

12. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (βλ. σκέψεις 5 και 6), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπιανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ.διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης, με αντικείμενο τηντου Δήμου, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής και ορίζει ως κατάλληλο μέτρο τη μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών μετά είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία ορισμού εξέτασης (10.09.2019) της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 19 Αυγούστου 2019, συντάχθηκε αυθημερόν από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στις 20 Αυγούστου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: Α 380 / 2019

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κασίκα