

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 27 Σεπτεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 1142/17-09-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....., που εδρεύει στην Η Προσφυγή ασκήθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθμ.(α/α ΕΣΗΔΗΣ) διακήρυξη σύμβασης για την «ΑΝΕΓΕΡΣΗ, προϋπολογισμού 17.000.000,00 Ευρώ, πλέον Φ.Π.Α. Κριτήριο αναδείξεως του αναδόχου ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Η Προσφυγή στρέφεται κατά της με αριθμ. 2140/21-08-2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της, με την οποία αποφασίσθηκε: 1) η έγκριση του ότι [...]με τα μέτρα που περιγράφονται και τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκομίστηκαν από τους οικονομικούς φορείς «.....» και «.....», που συγκροτούν την ένωση «.....», προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους, καλύπτονται οι απαιτήσεις της νομοθεσίας περί αυτοκάθαρσης 2) η έγκριση του 2^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο «[...]προσωρινός ανάδοχος του έργου «ΑΝΕΓΕΡΣΗ, προϋπολογισμού 17.000.000 Ευρώ, πλέον ΦΠΑ, είναι η Ένωση οικονομικών φορέων «.....», με οικονομική προσφορά 8.651.930, 96 Ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%, με μέση τεκμαρτή έκπτωση 49.11%[...], και 3) [...]η εξουσιοδότηση της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων και της Επιτροπής Διαγωνισμού για τη συνέχιση του διαγωνισμού[...].

Αριθμός απόφασης: Α 448 / 2019

Με την ανωτέρω Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης πράξης κατά το αντίστοιχα προσβαλλόμενο σκέλος.

Στην ως άνω Προσφυγή της η προσφεύγουσα σώρευσε και αίτημα για την λήψη προσωρινών μέτρων έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω προσφυγής καταβλήθηκε το παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 15.000,00 €, με κωδικό παραβόλου, το οποίο αποτελεί το ανώτερο ποσό νομίμου παραβόλου κι έχει υπολογιστεί δυνάμει της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης.

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η ανωτέρω Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 α' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 α' του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 06-09-2019 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Η δε προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση προσφυγή στις 16-09-2019, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την γνώση της προσβαλλομένης.

Αριθμός απόφασης: Α 448 / 2019

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω Προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε ποσό 17.000.000,00 Ευρώ, πλέον ΦΠΑ 24%. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της διακήρυξης (έργο), της ημερομηνίας δημοσίευσης αυτής στις 22-6-2018 στην Επίσημη Υπηρεσία Εκδόσεων της Ε.Ε., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή με την υπό κρίση προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι στο υποβληθέν από τα μέλη της Ένωσης εταιρειών «.....»και ειδικότερα στο ερώτημα «έχει συνάψει ο οικονομικός φορέας συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού» είχαν απαντήσει όχι, με αποτέλεσμα να μην χρειάζεται να απαντήσουν και στα επόμενα σχετικά πεδία του εντύπου, παρ' ότι προηγουμένως είχαν ήδη εκδηλώσει ενδιαφέρον για την υπαγωγή τους στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών, ενόψει της ερευνώμενης τότε από την Επιτροπή Ανταγωνισμού υπόθεσης, η οποία οδήγησε στην έκδοση της με αριθμ. 674/2018 απόφαση της, με την οποία διαπιστώθηκε παραβίαση του άρθρου 1 παρ. 1 του Ν.703/1977 εκ μέρους αμφότερων των εταιρειών της Ένωσης. Κατά την επακολουθήσασα διαδικασία των δικαιολογητικών κατακύρωσης, επίσης, δεν δηλώθηκαν τα ανωτέρω. Με την με αριθμ. 291/2019 πράξη του Ε' τμήματος του Ε.Σ. κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή σύμβασης έργου με τον εν λόγω οικονομικό φορέα λόγω της ουσιώδους πλημμέλειας της ελεγχθείσας διαδικασίας του να μην κληθεί ο φορέας ν' αποδείξει ότι έλαβε επανορθωτικά μέτρα παρά το γεγονός ότι συντρέχει λόγος αποκλεισμού. Η δε αναθέτουσα αρχή προκειμένου να καλύψει την ανωτέρω πλημμέλεια κάλεσε εκ των υστέρων την ένωση εταιρειών να προσκομίσει τα

Αριθμός απόφασης: Α 448 / 2019

σχετικά στοιχεία, πλην, όμως τούτο δεν είναι νόμιμο διότι οι εν λόγω εταιρείες απάντησαν αρνητικά στοστο επίμαχο ερώτημα κι ενέμειναν σε αυτό και κατά το στάδιο της κατακύρωσης κι, επομένως δεν δικαιολογείται η εκ των υστέρων κλήση τους προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους, όταν, δηλαδή το Ελεγκτικό Συνέδριο πλέον διαπίστωσε την ανωτέρω ουσιώδη πλημμέλεια στη διαδικασία.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής καθώς συμμετέχει στον υπό κρίση διαγωνισμό και επιδιώκει ν' αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος του έργου σε περίπτωση που γίνει δεκτή η προσφυγή της, ως καταταγείσα δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί της Προσφυγής με το υπ' αριθμ. Πρωτ. 572363/26-09-2019 έγγραφο της.

8.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»*

9. 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*

Αριθμός απόφασης: Α 448 / 2019

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. 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»

10. 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).

11. 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».

12. 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

Αριθμός απόφασης: Α 448 / 2019

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.

13. 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.

14. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε κριθεί από την ΑΕΠΠ, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως 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. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προκείμενης προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντος φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

Αριθμός απόφασης: Α 448 / 2019

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

16. Επειδή, με την προσβαλλομένη, με αριθμ. 2140/2019 (ΑΔΑ:.....) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αποφασίστηκε: α) ότι με τα μέτρα που περιγράφονται και τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκομίστηκαν από τους οικονομικούς φορείς «.....» και «.....» - που συγκροτούν την ένωση «.....» - προς απόδειξη της αξιοπιστίας τους, καλύπτονται οι απαιτήσεις της νομοθεσίας περί αυτοκάθαρσης, β) η έγκριση του 2ου Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο προσωρινός ανάδοχος του έργου «ΑΝΕΓΕΡΣΗ», προϋπολογισμού 17.000.000,00 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α.), είναι η ένωση οικονομικών φορέων «.....» με οικονομική προσφορά 8.651.930,96 €, πλέον Φ.Π.Α. 24%, με μέση τεκμαρτή έκπτωση 49,11% και γ) η εξουσιοδότηση της Δ/σης Τεχνικών Έργων και της Επιτροπής Διαγωνισμού για την συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού .

17. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές και έχει ανακηρυχθεί ο προσωρινός μειοδότης, ενώ ακολουθεί η προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης επί τω τέλει της οριστικής κατακύρωσης και υπογραφής της υπόψη σύμβασης. Κατ' ακολουθίαν, στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, ουδεμία ανάγκη υφίσταται προς αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων της προσφεύγουσας, αφού δεν υφίστανται οι περιστάσεις εκείνες που να καθιστούν αλυσίτελή τυχόν αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής κατά τα

Αριθμός απόφασης: Α 448 / 2019

προαναφερόμενα, οι οποίες και θα αιτιολογούσαν τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επέκεινα, τυχόν παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως έκρινε ως αποδεκτή τη προσφορά του έτερου διαγωνιζόμενου, θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής. Συνεπώς, δεν προκύπτει άμεση βλάβη (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 862018 σκ. 12) της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι δεν υφίσταται κατά τα προρρηθέντα 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) και την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού η ισχυριζόμενη ζημία της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο που ευρίσκεται η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, δεν δύναται να αποτραπεί με την αναστολή του διαγωνισμού και τον ορισμό προσωρινών μέτρων.

18. Επειδή, περαιτέρω και εν προκειμένω, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017), ως προελέχθη ανωτέρω. Συνεπώς κι εφόσον ο διαγωνισμός έχει εκ των πραγμάτων προχωρήσει στο επόμενο και τελικό στάδιο, έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων και ανακηρυχθεί ο μειοδότης, δεν δύναται δε να υπογραφεί η σύμβαση, το δικαίωμα της προσφεύγουσας και η εύλογη προσδοκία της περί κατακύρωσης σε αυτήν της υπό ανάθεση σύμβασης δεν θίγεται σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής της Προσφυγής.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, δεν πληρούται η ratio της διάταξης του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 περί χορήγησης προσωρινών μέτρων για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, το κρινόμενο αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

Αριθμός απόφασης: Α 448 / 2019

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 27 Σεπτεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Γερασιμούλα-Μαρία Α. Δρακονταειδή

Ελένη Κατσίκα