

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 28-2-2023 με την εξής σύνθεση Βασιλική Καραδήμα, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνεται στην από 15-02-2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 208/15-2-2023 του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στον «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία σωρεύεται και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της με αριθμό 25/25.01.2023 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του «...», με την οποία αποφασίστηκε η ματαίωση του διαγωνισμού «...» και η μη εκχώρηση των τελών στον προσφεύγοντα. Ειδικότερα, με το αίτημα προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων αιτείται αφενός να χορηγηθεί αναστολή της ως άνω απόφασης ματαίωσης του διαγωνισμού, αφετέρου να υποχρεωθεί η αναθέτουσα να απέχει από κάθε πράξη έκδοσης νέας διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού, με το ίδιο ως άνω αντικείμενο διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής, στην οποία περιλαμβάνεται το υπό κρίση αίτημα, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...» και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. «...» διακήρυξη της αναθέτουσας προκηρύχθηκε διεθνής ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο «...» προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ € 9.123.487,37 € με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) την 28.12.2021 με Α.Δ.Α.Μ. «...» καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο επίμαχος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό «...».

3. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

4. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 όπως ισχύει ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της*

απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 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 μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, 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 δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

5. 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 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. 4412/2017).

6. Επειδή, στον υπό κρίση διαγωνισμό έλαβε μέρος ο προσφεύγων και η Ανώνυμη Εταιρεία υπό την επωνυμία «...». Με την με αριθμό 50/08.03.2022 απόφασή της η αναθέτουσα ενέκρινε το από 03.03.2022 Πρακτικό 1 της Ε.Δ «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» ως υπεβλήθη και έκανε δεκτές αμφότερες τις προσφορές. Επίσης, αποφάσισε την πρόκριση αμφοτέρων στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, ήτοι στο άνοιγμα της Οικονομικής τους Προσφοράς. Κατόπιν, με την με αριθμό 102/13.04.2022 απόφασή της η αναθέτουσα ενέκρινε το από 04.04.2022 Πρακτικό 2 της επιτροπής διαγωνισμού «Οικονομική Προσφορά» ως υπεβλήθη, έκανε δεκτές

αμφότερες τις οικονομικές προσφορές με βαθμολογία 120,00 βαθμούς για τον προσφεύγοντα και 117,22 βαθμούς για την έτερη συμμετέχουσα και εν τέλει ανέδειξε τον προσφεύγοντα ως Προσωρινό Ανάδοχο με Συνολική Βαθμολογία Α=119,30 και Οικονομική Προσφορά 8.773.381,89 € χωρίς το Φ.Π.Α 24% κρίνοντάς την ως την πλέον συμφέρουσα προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής. Επίσης, αποφάσισε, την πρόσκληση του προσφεύγοντος για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης. Με την με αρ. 185/20.06.2022 απόφαση της αναθέτουσας, με την οποία εγκρίθηκε το Πρακτικό 3 της Ε.Δ «Δικαιολογητικά Κατακύρωσης» ως υπεβλήθη, αποφασίστηκε η οριστική κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού στον προσφεύγοντα. Κατά των ως άνω αποφάσεων δεν ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή και απεστάλη ο φάκελος στο Ε.Σ για την άσκηση προσυμβατικού ελέγχου. Την 09.11.2022 αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού η αρ. 757/2022 πράξη του Ζ΄ Κλιμακίου του Ε.Σ., με την οποία αποφασίστηκε η αναβολή της έκδοσης οριστικής απόφασης και ζητήθηκε η συμπλήρωση του φακέλου του διαγωνισμού. Επίσης, την 27-12-2022 απεστάλη στην αναθέτουσα το υπ' αρ. 73546 έγγραφο του Ζ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού συνεδρίου με το οποίο ζητούνταν πρόσθετα στοιχεία και διευκρινίσεις, οι οποίες απεστάλησαν από την αναθέτουσα προς το Ελεγκτικό Συνέδριο (βλ. υπ' αρ. πρωτ. 46451/16.11.2022 έγγραφο της Δ.Τ.Υ του «...» και υπ' αρ. πρωτ. 1011/11.01.2023 έγγραφο της Δ.Τ.Υ του «...»). Από τα στοιχεία δε του φακέλου δεν προκύπτει ότι έχει ολοκληρωθεί ο έλεγχος του Κλιμακίου του Ε.Σ. Την 09.02.2023, αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού η με αρ. 25/25.01.2023 και νυν προσβαλλόμενη απόφαση του Δ.Σ της αναθέτουσας με την οποία αποφασίστηκε η ματαίωση του διαγωνισμού και η μη εκχώρηση των τελών στον προσφεύγοντα με το σκεπτικό ότι δεν διασφαλίζονται, από τη σύμβαση, τα συμφέροντα του Δήμου.

7. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη, οι δε ισχυρισμοί του προσφεύγοντος χρήζουν ενδελεχούς έρευνας που δε μπορεί να λάβει χώρα στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 41/2015, 46/2015) αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού και των προβαλλόμενων ισχυρισμών προκειμένου το κλιμάκιο

να αχθεί σε σχετική κρίση επί της προσφυγής. Προκειμένου δε, να μην καταστεί αλυσιτελής η εξέτασή της, δοθέντος ότι στην περίπτωση αποδοχής της προσφυγής και συνεπώς, ακύρωσης της προσβαλλομένης διατηρείται από τον προσφεύγοντα η προσδοκία υπογραφής της επίμαχης σύμβασης, παράλληλα δε υφίσταται βλάβη από το ενδεχόμενο επαναπροκήρυξης της διαδικασίας. Ενόψει τούτων, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο είναι η αναστολή συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής από την ΕΑΔΗΣΥ (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1261/2010, 4/2009, 1152/2008, 690/2007, 192/2006, 575/2005 και ΔΕφΑΘ 125/2021). Προσέτι, η αναστολή της διαδικασίας δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη διάρκεια, ήτοι μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτό το αίτημα προσωρινών μέτρων.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα για χορήγηση προσωρινών μέτρων ,που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή .

Αναστέλλει την συνέχιση της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας ως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε στις 28-02-2023 και εκδόθηκε αυθημερόν στις 28-02-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Βασιλική Καραδήμα

Αναστασία Ρουμελιώτη