

Αριθμός απόφασης: Α 11 / 2020

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 07.01.2020, με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 30.12.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1612/30-12-2019 Προδικαστική Προσφυγή της Ένωσης Οικονομικών Φορέων με την επωνυμία ΕΝΩΣΗ «.....», που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ. 1, όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «ένωση»), και εκάστου μέλους αυτής, ήτοι 1) της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «...», που εκπροσωπείται νόμιμα από τον Πρόεδρο του ΔΣ, Διευθύνοντα Σύμβουλο και Τεχν. Δ/ντή αυτής, και 2) της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «...», που εκπροσωπείται νόμιμα από τον Διευθύνοντα Σύμβουλο αυτής,

Κατά της Περιφέρειας, που εδρεύει στην, επί της, αρ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της με αριθμό 3078/2019 απόφασης της Οικονομικής της Επιτροπής της άνω αναθέτουσας αρχής (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη») κατά το μέρος μόνο με το οποίο αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της υπ' αριθμ. εκδόσεως, ποσού 340.000,00 €, αναφορικά με την με ΑΔΑΜ Διακήρυξη της Περιφέρειας για την «ΑΝΕΓΕΡΣΗ ΝΕΟΥ ΔΗΜΑΡΧΙΑΚΟΥ ΜΕΓΑΡΟΥ ΔΗΜΟΥ». Ετέρωθεν η

Αριθμός απόφασης: Α 11 / 2020

προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και διαταχθεί το κατάλληλο προσωρινό μέτρο μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής.

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 15.000,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό).

2. Επειδή, με την ανωτέρω Διακήρυξη της Περιφέρειας προκηρύχθηκε η διενέργεια δημόσιου, ανοικτού, διεθνούς, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την ανέγερση νέου δημοτικού μεγάρου Δήμου, προϋπολογισμού 17.000.000,00 € πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο ανάθεσης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, αποκλειστικά βάσει τιμής, η οποία διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 27.6.2018 με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) όπου και έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, που αποτελεί μη κεντρική κυβερνητική αρχή και ανήκει στη Γενική Κυβέρνηση, κύρια δραστηριότητα της οποίας είναι οι γενικές δημόσιες υπηρεσίες, της ανωτέρω αναφερόμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης του υπό κρίση διαγωνισμού (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου αποστολής (22.06.2018) της προκήρυξης της σύμβασης προς δημοσίευση 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.,

Αριθμός απόφασης: Α 11 / 2020

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). Περαιτέρω, η υπό εξέταση Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 (α) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (α) του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 18.12.2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής και η προθεσμία έληγε στις 28.12.2019, ημέρα Σάββατο, κατά Νόμον εξαιρετέα και συνεπώς παρατάθηκε για την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας (βλ. Α.Ε.Π.Π. 567/2018, 524/2018, 330/2018, 175/2017), ήτοι τη Δευτέρα 30.12.2019, οπότε και ασκήθηκε η υπό κρίση Προσφυγή.

4. 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). 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*

Αριθμός απόφασης: Α 11 / 2020

καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

5. Επειδή, η προσφεύγουσα με πρόδηλο έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προσφυγή της, αφού συμμετείχε στη διαγωνιστική διαδικασία υποβάλλοντας την προσφορά της, η οποία αρχικώς με την με αρ. 2140/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, κατ' έγκριση του 2^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού, έγινε δεκτή και η προσφεύγουσα ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του έργου, εν συνεχεία, όμως, με την προσβαλλόμενη πράξη, η οποία εξεδόθη σε συμμόρφωση με την υπ' αριθ. 1278/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία δέχθηκε την προσφυγή έτερης διαγωνιζόμενης με τη επωνυμία «.....» και ακύρωσε την άνω με αρ. 2140/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, απερρίφθη η προσφορά της προσφεύγουσας, καίτοι, κατά τους ισχυρισμούς της, αυτή ήταν νόμιμη και σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης και η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη, ανακηρύχθηκε, δε, νέος προσωρινός ανάδοχος η άνω έτερη διαγωνιζόμενη εταιρεία και αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της προσφεύγουσας στο διαγωνισμό βάσει του άρθρου 103 παρ. 3 του Ν. 4412/2016. Κατά της απόφασης αυτής στρέφεται η προσφεύγουσα ισχυριζόμενη ότι μη συννόμως και χωρίς τούτο να προβλέπεται από το διατακτικό της άνω με αρ. 1278/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της.

6. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, ότι ανεξαρτήτως της νομιμότητας της απόρριψης της προσφοράς της, την οποία αμφισβητεί και έχει ήδη προς τούτο ασκήσει κατά της ως άνω υπ' αριθ. 1278/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ την με αρ. κατ. 311/2019 αίτηση αναστολής εκτέλεσης του άρθρου 372 του Ν. 4412/2016 (σχετικό 1) και τη με αρ. κατ. 3151/2019 αίτηση ακύρωσης (σχετικό 2), ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, για τους εκεί προβαλλόμενους λόγους, μη συννόμως αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της διότι α) δεν εφαρμόζεται, εν προκειμένω, το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016, β) δεν

Αριθμός απόφασης: Α 11 / 2020

εφαρμόζονται, εν προκειμένω, οι λοιπές περιπτώσεις κατάπτωσης του άρθρου 15.4 της Διακήρυξης και γ) σε κάθε περίπτωση, δεν συντρέχει ούτε η περίπτωση του άρθρου 72 του Ν. 4412/2016, περί παροχής ψευδών στοιχείων ή πληροφοριών που αναφέρονται στα άρθρα 73 έως 78 του Ν. 4412/2016. Όπως επικουρικώς, δε, προβάλλει τον λόγο ότι της έκδοσης της προσβαλλόμενης πράξης δεν προηγήθηκε η διατύπωση γνώμης του Συμβουλίου Δημοσίων Έργων Περιφέρειας, καίτοι τούτο, κατά τη γνώμη της, απαιτείτο. Οι προβαλλόμενοι αυτοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη διά της προσβαλλομένης, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχουν δε κρίση που δεν μπορεί να συναχθεί στα στενά χρονικά πλαίσια της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

7. Επειδή, η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, κατά τα προλεχθέντα, ενώ, περαιτέρω, η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή. Περαιτέρω, η βλάβη της προσφεύγουσας σε περίπτωση εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά το μέρος που αυτή προσβάλλεται, ήτοι ως προς το μέρος που αφορά την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό, ύψους 340.000,00€, είναι πρόδηλη και μη αμελητέα, αφού θα έχει ως αποτέλεσμα την είσπραξη αυτής, συνεπώς και σε τυχόν περίπτωση μεταγενέστερης ακύρωσης της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που αφορά την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό η προσφεύγουσα θα έχει υποστεί ισόποση με την εγγυητική της επιστολή ζημία, η οποία, λαμβανομένου υπόψη του πολύ μεγάλου ύψους της, 340.000,00€, θα είναι δύσκολα αναστρέψιμη, αφού θα έχει ήδη προηγηθεί η είσπραξή της.

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (σκ. 4), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων

Αριθμός απόφασης: Α 11 / 2020

καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων και 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 των Προσφυγών, αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αφορά την κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό, και η παύση κάθε άλλης σχετικής προς τούτο ενέργειας της αναθέτουσας αρχής.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την εκτέλεση της υπ' αριθ. 3078/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας....., κατά το μέρος μόνο με το οποίο αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής συμμετοχής της Ένωσης Οικονομικών Φορέων με την επωνυμία ΕΝΩΣΗ «.....» με αριθμό εκδόσεως, ποσού 340.000,00 €, όσον αφορά τη με ΑΔΑΜ διακήρυξη για το διαγωνισμό του έργου «ΑΝΕΓΕΡΣΗ ΝΕΟΥ ΔΗΜΑΡΧΙΑΚΟΥ ΜΕΓΑΡΟΥ ΔΗΜΟΥ» και ορίζει ως κατάλληλο μέτρο τη μη είσπραξη αυτής και την παύση κάθε περαιτέρω σχετικής ενέργειας της αναθέτουσας αρχής, μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της παρούσας Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 7 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 8 Ιανουαρίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Ελ. Γιάννακα