

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στις 14 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων μέτρων προσωρινής προστασίας που ενσωματώνεται στην από 4.02.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 197/4-2-2022 προδικαστική προσφυγή του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...» ( εφεξής προσφεύγων) που εδρεύει στο ... όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης με αρ. 5/25.01.2022 απόφασης ης Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσα αρχής τόσο κατά το μέρος που έκρινε αποδεκτές της προσφορές των συνυποψηφίων εταιρειών με την επωνυμία «...» και «...», όσο και κατά το μέρος που προέβη στη βαθμολογήση τους, ενώ κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος είναι απορριπτέες, εκδοθείσα στο πλαίσιο της με αρ./ ... Διακήρυξης για την προμήθεια μίας υδροφόρος 10.000 λίτρων (ΑΔΑΜ ...) Εκτιμώμενης αξίας 145.000,00 Ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24 %) ) και κριτήριο ανάθεσης τη βέλτιστη σχέση ποιότητας τιμής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

## Αριθμός απόφασης: Α115/2022

1.Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016, ποσού 725,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί δέσμευσης του).

2. Επειδή ο προσφεύγων κατέθεσε την υπό εξέταση προσφυγή του στην επικοινωνία του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 4.02.2022, ήτοι εμπροθέσμως και είναι νομίμως υπογεγραμμένη. Θεμελιώνει, το έννομο συμφέρον του στη βλάβη του από τυχόν παράνομη αποδοχή προσφοράς συνυποψηφίων αυτού, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

3. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω καταρχήν νομίμως και παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 2ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, το υπό εξέταση αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας και ίδια αναστολής της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, σε συνέχεια της με αρ. 239/2022 Πράξης της Προέδρου του κρίνοντος Κλιμακίου.

4. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ως 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*

## Αριθμός απόφασης: Α115/2022

*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, 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». Επομένως, 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, κατ' ελάχιστον, 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.

6. Επειδή, όπως παγίως έχει κριθεί από τη νομολογία υπό το προϊσχύον καθεστώς που δεν έχει μεταβληθεί εν προκειμένω εφόσον το κριτήριο ανάθεσης είναι αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει κόστους, με χρήση προσέγγισης κόστους-αποτελεσματικότητας, η επαναφορά της διαγωνιστικής διαδικασίας στο στάδιο του επανελέγχου ή επαναξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, ενόψει του γνωστού ήδη περιεχομένου των οικονομικών προσφορών, θα έθετε σε προφανή κίνδυνο την ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού, καθόσον δεν διασφαλίζει τη διενέργεια της διαδικασίας υπό συνθήκες διαφάνειας με βάση την αρχή της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων (βλ. Πρ. VI Τμ. 65/2004, 33/2005, πρβλ. ΣτΕ Ε.Α.192/2007, 613/2004, 226/2004, ΣτΕ 2478/1997, βλ μεταξύ άλλων ΑΕΠΠ Α 318/2018 Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη).

## **Αριθμός απόφασης: Α115/2022**

7. Επειδή, προϋπόθεση παροχής μέτρων προσωρινής προστασίας 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, 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).

8. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη. Περαιτέρω, για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού και της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής, απαιτείται ενδελεχής έρευνα των στοιχείων του φακέλου του διαγωνισμού και των προσφορών στη βάση των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας που δεν 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) προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση (βλ. μεταξύ άλλων ΑΕΠΠ Α25 και Α309/2021). Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη, αφενός, ότι προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη σύναψη της σύμβασης αλλά και ότι ομοίως λόγοι, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣτΕ 840/2008, ΑΕΠΠ Α89/2021), αφετέρου, ότι, υφίσταται βλάβη του προσφεύγοντος στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία της από την συνέχιση της διαδικασίας η οποία δεν μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, παρά μόνον με την έκδοση προσωρινής απόφασης επί της προσφυγής προς αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού (ad hoc Α309/2021 Απόφαση ΑΕΠΠ) ενώ παράλληλα σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής θα πρέπει να

## **Αριθμός απόφασης: Α115/2022**

ματαιωθεί η διαδικασία (βλ. σκ. 6 της παρούσας). Επομένως, ευχερώς συνάγεται ότι πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων. Εξάλλου, η αναστολή που χορηγείται με τη χορήγηση μέτρων προσωρινής προστασίας, δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια, και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση οριστικής απόφασεως επί της υπό εξέταση προσφυγής από την ΑΕΠΠ, ιδίως δε η αποσφράγιση και ο έλεγχος των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζόμενων. Τούτο δε διότι, εάν η παρούσα προσφυγή γίνει δεκτή και αναπεμφθεί η υπόθεση στη Διοίκηση για νέα νόμιμη αξιολόγηση-βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών, σε χρόνο που θα είναι ήδη γνωστές οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων, η βαθμολόγηση εκ νέου των τεχνικών προσφορών, δεν διασφαλίζει συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 163/2007, σκ. 8, 1041/2006, 226, 613/2004, 779/2002 κ.ά.), και θα έχουν παραβιαστεί οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων, της κατά στάδια διεξαγωγής της διαδικασίας και της μυστικότητας των οικονομικών προσφορών (βλ. ΕΣ 79/2008, 65/2004, 33/2005, πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 192/2007, 613/2004, 226/2004, ΣτΕ 2478/1997).

10. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση και κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα χορήγησης αναστολής - προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων της αιτούσας.

Αναστέλλει την εξέλιξη της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ.

**Αριθμός απόφασης: Α115/2022**

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14.02.2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Αικατερίνη Ζερβού**

**Σάββας Μακρίδης**

**α/α**

**Αναστασία Ρουμελιώτη**