

Αριθμός απόφασης: Α 127 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21 Μαρτίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 316/12.03.2019 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» με διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στη, επί της οδού, αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της απόφασης με αριθμ. πρωτ. 4067/28.02.2019 του, με την οποία η ως άνω Αναθέτουσα Αρχή ενέκρινε τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και ανέδειξε ανάδοχους τόσο την ίδια τη συμμετέχουσα και νυν προσφεύγουσα εταιρεία όσο και την συμμετέχουσα εταιρεία με την επωνυμία «.....», κάθε μία στα αντίστοιχα είδη, στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού, ανοικτού μειοδοτικού διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με αρ. Διακήρυξη του με αντικείμενο τη «.....», για τους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», η οποία κατέθεσε το από 14.03.2019 Υπόμνημα της που διαβιβάστηκε στην ΑΕΠΠ και αναρτήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, προς απόκρουση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 127 / 2019

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. Διακήρυξη του προκηρύχθηκε Ανοικτός, Δημόσιος, Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για την, συνολικής εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης 95.150,50€ άνευ Φ.Π.Α. και 100.859,53€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 6%, η οποία Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 11.06.2018 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 19.06.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α Το Υπουργείο Τουρισμού διενεργεί τον εν λόγω διαγωνισμό για την (CPV:) και προσφορές υποβάλλονται για ένα, μερικά ή για όλα τα είδη (.....) του Παραρτήματος Α της υπόψη διακήρυξης, επί συνόλου

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό) ποσού 600,00€, ήτοι το κατώτατο κατά νόμο ποσό παραβόλου, το οποίο καταβάλλεται στην περίπτωση που υπολογίζοντας το παράβολο σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης -εν προκειμένω επί της προϋπολογισθείσας αξίας των ειδών με α/α 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53 του αντικειμένου της σύμβασης στην οποία αφορά η υπόψη προσφυγή- άνευ ΦΠΑ προκύπτει ποσό παραβόλου χαμηλότερης αξίας.

Αριθμός απόφασης: Α 127 / 2019

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 95.150,50€ άνευ Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου δημοσίευσης της Προκήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (11.06.2018), σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν.4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV Ν.4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους την 01.03.2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, η δε Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 11.03.2019, ήτοι εντός της ως άνω εκ του νόμου προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. πρωτ. 4067/28.02.2019 Απόφασης της Υπουργού Τουρισμού με θέμα: «.....» με την οποία απόφαση εγκρίθηκε η κατακύρωση του αποτελέσματος του ανωτέρω διαγωνισμού στις κάτωθι εταιρείες: α)(Α/Α ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ: 104080) για τους υπ' αριθ. 6, 21, 44, 54 τίτλους βιβλίων, όπως αυτοί αναφέρονται στο Παράρτημα Α' της υπ' αριθ. Διακήρυξης, για τους οποίους κατέθεσε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής και β) (Α/Α ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ: 101257), για τους υπ' αριθ. 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53 τίτλους βιβλίων, όπως αυτοί αναφέρονται στο Παράρτημα Α' της υπ' αριθ.

Αριθμός απόφασης: Α 127 / 2019

Διακήρυξης, για τους οποίους κατέθεσε ομοίως η ως άνω συμμετέχουσα εταιρεία την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο οικονομικός φορέας υπέβαλε ελλιπή δικαιολογητικά κατακύρωσης και η αναθέτουσα αρχή όφειλε να τον έχει αποκλείσει και να κατακυρώσει στην ίδια τους αντίστοιχους τίτλους βιβλίων για τους οποίους η προσφορά της (προσφεύγουσας) είχε αξιολογηθεί ως δεύτερη κατά την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών.

7. Επειδή, στην προσφυγή της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο οικονομικός φορέας υπέβαλε ελλιπή δικαιολογητικά κατακύρωσης, διότι ειδικότερα: α) σύμφωνα με το καταστατικό της διαθέτει, τις κ.κ.και, που θα έπρεπε να έχουν υποβάλει στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, στοιχεία που να αποδεικνύουν την μη ύπαρξη τελεσίδικων καταδικών τόσο στο πρόσωπο της κας όσο και στο πρόσωπο της κας Αντίθετα στα δικαιολογητικά που υπάρχουν αναρτημένα στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ) υπάρχει μόνο το Ποινικό Μητρώο της κας Ελλείπει οποιουδήποτε δικαιολογητικού απόδειξης της ικανοποίησης του συγκεκριμένου κριτηρίου αποκλεισμού για την κα, η προσφορά της θα πρέπει να αποκλειστεί β) στα δικαιολογητικά συμμετοχής της έχει υποβληθεί Πληρεξούσιο (αρχείο Παραστατικό Εκπροσώπησης.pdf) με το οποίο εξουσιοδοτείται ο κ. να διευθύνει, διαχειρίζεται και εκπροσωπεί την εταιρεία, σε κάθε μετά τρίτων συναλλαγή της, ενεργώντας γενικότερα όλες τις διαχειριστικές πράξεις που αναφέρονται στο άρθρο 7 του καταστατικού της. Ομοίως με τα ως άνω υπό α) προβαλλόμενα η εταιρεία όφειλε να συμπεριλάβει αντίστοιχα δικαιολογητικά ικανοποίησης του κριτηρίου αποκλεισμού περί τελεσίδικων δικαστικών αποφάσεων και για τον κ. Ελλείπει οποιουδήποτε δικαιολογητικού απόδειξης της ικανοποίησης του συγκεκριμένου κριτηρίου αποκλεισμού για τον κ., η προσφορά της θα πρέπει να αποκλειστεί γ) σύμφωνα με την απόφαση 77/2019

Αριθμός απόφασης: Α 127 / 2019

του ΔιοικΕφΑθ η υποβολή ποινικού μητρώου δεν καλύπτει τις τελεσίδικες δικαστικές αποφάσεις και επομένως ελλείπει σχετικής ένορκης βεβαίωσης από τους κ.κ., και, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι, η προσφορά της θα πρέπει να ακυρωθεί δ) καθώς στην διακήρυξη δεν προβλέπεται ρητά ορισμένος χρόνος έκδοσης ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας, τα υποβληθέντα από τον οικονομικό φορέα δικαιολογητικά κατακύρωσης παρουσιάζουν πλημμέλειες ως προς το χρόνο έκδοσης και ισχύος δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, καθώς: 1. Έχει υποβάλει η συμμετέχουσα εταιρεία φορολογική ενημερότητα έκδοσης 22.11.2018 και με ισχύ ως 22.01.2019, δηλαδή η φορολογική της ενημερότητα καλύπτει μόνο τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και δεν έχει υποβληθεί άλλη που να καλύπτει την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς της. 2. Οι ασφαλιστικές ενημερότητες που υπέβαλε για τις δύο απασχολούμενες σε αυτή, ομόρρυθμοι εταίροι, έχουν ημερομηνία έκδοσης 27.09.2018 και ισχύ ως 31.03.2019, δηλαδή καλύπτουν μόνο τον χρόνο υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς της. Επιπλέον από την οικεία διακήρυξη απαιτείται: «Πιστοποιητικό του οικείου Επιμελητηρίου, με το οποίο θα πιστοποιείται αφενός η εγγραφή του συμμετέχοντα σε αυτό και το ειδικό επάγγελμά του, κατά την ημέρα διενέργειας του διαγωνισμού και αφετέρου ότι εξακολουθεί να παραμένει εγγεγραμμένος μέχρι της επίδοσης της ως άνω έγγραφης ειδοποίησης». Το πιστοποιητικό του ΕΒΕΑ που έχει υποβληθεί από την εταιρεία έχει ημερομηνία έκδοσης 11.12.2018 και επομένως δεν καταλαμβάνει την ημέρα υποβολής της προσφοράς του οικονομικού φορέα. Και μπορεί μεν να αναφέρεται επί αυτού ως ημερομηνία εγγραφής στον ΕΒΕΑ η 14.05.2004, όμως δεν μπορεί να αποδειχθεί με αυτό ότι οι δραστηριότητες που αναφέρονται επ' αυτού υπήρχαν και πριν τις 11.12.2018, καθώς δραστηριότητες μπορούν να προστίθενται και να αφαιρούνται κατά βούληση του οικονομικού φορέα. Επομένως για να διαπιστωθεί ότι η εταιρεία ήταν εγγεγραμμένη στη δραστηριότητα 4692100 Χονδρικό

Αριθμός απόφασης: Α 127 / 2019

εμπόριο βιβλίων, κατά την ημέρα υποβολής της προσφοράς της θα έπρεπε να έχει υποβάλει αντίστοιχη βεβαίωση με ημερομηνία έκδοσης προγενέστερη της υποβολής της προσφοράς της. Οι ανωτέρω ελλείψεις δικαιολογητικών ως προς την ικανοποίηση των κριτηρίων αποκλεισμού κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς της θα πρέπει να οδηγήσουν στον αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό, κατά τη προσφεύγουσα ε) σχετικά με τα πιστοποιητικά της περίπτωσης Γ) Πιστοποιητικό της διακήρυξης, έκδοσης τελευταίου τριμήνου πριν από την ως άνω γνωστοποίηση της πρόσκλησης, που εκδίδεται από την αρμόδια αρχή του οικείου κράτους-μέλους ή χώρας, ως αποδεικτικό στοιχείο ότι ο συμμετέχων δεν τελεί υπό πτώχευση ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης ή ειδικής εκκαθάρισης ή τελεί υπό αναγκαστική διαχείριση από εκκαθαριστή ή από το δικαστήριο ή έχει υπαχθεί σε διαδικασία πτωχευτικού συμβιβασμού ή έχει αν.....ίλει τις επιχειρηματικές του δραστηριότητες, ή εάν βρίσκεται σε οποιαδήποτε ανάλογη κατάσταση προκύπτουσα από παρόμοια διαδικασία, προβλεπόμενη σε εθνικές διατάξεις νόμου, δεν έχει συναφώς υποβληθεί κανένα δικαιολογητικό από την εταιρεία, καθώς ακόμη και αυτά που υποβλήθηκαν έχουν ημερομηνία έκδοσης προγενέστερη της 03.09.2018 και επομένως δεν καλύπτουν τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Επιπλέον υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι το έγγραφο του πρωτοδικείου περί μεταγενέστερης έκδοσης συγκεκριμένων πιστοποιητικών δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης, πολύ περισσότερο και λόγω του γεγονότος ότι και σε περίπτωση προσκόμισης των 2 δικαιολογητικών που αναφέρονται σε αυτό, αυτά δεν θα είναι αρκετά για την εκπλήρωση των όρων της διακήρυξης. Επισημαίνεται δε από τη προσφεύγουσα ότι το αρχείο «Πιστοποιητικά Πρωτοδικείου 3μήνου.pdf» έχει μηδενικό μέγεθος, δηλαδή δεν περιλαμβάνει δεδομένα, συνακολούθως δεν έχει υποβληθεί ηλεκτρονικά κανένα πιστοποιητικό πρωτοδικείου, γεγονός που δεν αναπληρώνεται ούτε από την εντός τριημέρου έντυπη υποβολή του. Σε περίπτωση δε που η συμμετέχουσα εταιρεία αδυνατούσε να προσκομίσει συγκεκριμένα δικαιολογητικά για λόγους που ήταν πέρα των δυνατοτήτων της να επισπεύσει την έκδοσή τους, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι όφειλε να

Αριθμός απόφασης: Α 127 / 2019

έχει αιτηθεί εγκαίρως, σχετική αιτιολογημένη παράταση. Επιπρόσθετα αν ο χρόνος που προβλέπεται από το άρθρο 103 του Ν. 4412/2016, ήτοι το ανώτατο όριο των δεκαπέντε (15) επιπλέον ημερών, δεν επαρκούσε για την προσκόμιση των δικαιολογητικών, θα έπρεπε επίσης να ακυρωθεί η προσφορά της. Λόγω των ανωτέρω ελλείψεων των δικαιολογητικών της η προσφορά της θα πρέπει να αποκλειστεί. Τέλος επειδή νομολογιακά έχει κριθεί ότι «...η εκ των υστέρων τυχόν προσκόμιση από την παρεμβαίνουσα, των διαπιστωθέντων, με την επί των ασφαλιστικών μέτρων δικαστική απόφαση, ελλειπόντων δικαιολογητικών στοιχείων της κατακύρωσεως, είναι νομικώς αδιάφορος, ως μη άγουσα στην θεραπεία της διαπιστωθείσας παρανομίας, αφού μετά το πέρας του διαγωνισμού ούτε ο διαγωνιζόμενος μπορεί να προσκομίσει αυτοβούλως τα ελλείποντα στοιχεία, ούτε η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητήσει την υποβολή τους. Αντίθετος εκδοχή θα αντετίθετο ευθέως προς τις διέπουσες τις διαγωνιστικές διαδικασίες αρχές της αμεροληψίας, της διαφανείας, της ίσης μεταχειρίσεως και της ελευθερίας του ανταγωνισμού, αλλά και προς το δεσμευτικό, τόσον για την αναθέτουσα αρχή όσον και για τους προσφέροντες, κανονιστικό πλαίσιο του ενδίκου διαγωνισμού» επισημαίνει η προσφεύγουσα στο έντυπο της προσφυγής της ότι η εφαρμογή του άρθρου 103 περί συμπλήρωσης και διευκρίνισης δικαιολογητικών κατακύρωσης χωρεί μόνον στην περίπτωση παροχής διευκρινήσεων ή συμπληρώσεως νομίμως υποβληθέντος δικαιολογητικού και όχι σε αναπλήρωση μη νομίμως υποβληθέντος στοιχείου (Ε.Α. ΣτΕ 401/2018, 346/2017, 424/2014), συνεπώς εσφαλμένα ζητήθηκαν επικαιροποιημένα (κατ' ουσία συμπληρωματικά) δικαιολογητικά κατακύρωσης με το υπ' αριθμ. 2223/04.02.2019 έγγραφο της Διεύθυνσης Οικονομικών Υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής, πράξη ωστόσο που δεν της κοινοποιήθηκε για να έχει την δυνατότητα να την προσβάλλει. Τα συμπληρωματικά ως άνω λοιπόν δικαιολογητικά κατακύρωσης δεν θα πρέπει να ληφθούν υπόψη, κατά την αξιολόγηση της προσφοράς της και η προσφορά της θα πρέπει να ακυρωθεί. Ακόμη όμως και αν για οποιονδήποτε λόγο ληφθούν υπόψη και τα επίμαχα συμπληρωματικά

Αριθμός απόφασης: Α 127 / 2019

δικαιολογητικά κατακύρωσης και πάλι η προσφορά της θα πρέπει να ακυρωθεί, καθώς όπως έχει εκθέσει στην παρούσα προσφυγή η προσφεύγουσα, ούτε με αυτά εκπληρώνονται οι όροι της διακήρυξης, τόσο για τον χρόνο που αυτά καλύπτουν όσο και για την πληρότητά τους. Βάλλει τέλος η προσφεύγουσα κατά της προσβαλλόμενης απόφασης επιπλέον διότι στην παράγραφο Δ αυτής αναφέρεται: «Δ. Η πληρωμή των αναδόχων εταιριών θα γίνει σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 200 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α/147) μετά από την παράδοση των βιβλίων και την οριστική ποιοτική και ποσοτική παραλαβή τους από τις αρμόδιες Επιτροπές. Μέχρι την παράδοση του υλικού στις αποθήκες των του, τον οποιοδήποτε κίνδυνο απώλειας ή καταστροφής των βιβλίων φέρει ο ανάδοχος. Οι ανάδοχοι καλούνται να προσέλθουν για την υπογραφή των σχετικών συμβάσεων σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 105 του ανωτέρω Νόμου.» Διαπιστώνεται από τη προσφεύγουσα ότι με την ως άνω παράγραφο 4 της προσβαλλόμενης απόφασης, η αναθέτουσα αρχή προσκαλεί τον ανάδοχο να προσέλθει για την υπογραφή του συμφωνητικού, σε ύστερο χρόνο και ειδικότερα μετά την επέλευση των εννόμων αποτελεσμάτων της απόφασης κατακύρωσης. Επομένως η επίμαχη πρόσκληση υπογραφής της σύμβασης στην παρούσα φάση είναι εσφαλμένη, δημιουργεί σύγχυση στους προσωρινούς αναδόχους για τον χρόνο υποβολής των εγγυητικών και την υπογραφή της σύμβασης και θα πρέπει να ακυρωθεί και ως προς τον όρο αυτό, δηλαδή της πρόσκλησης των αναδόχων για την υπογραφή της σύμβασης.

8. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθμ. 5192/15.03.2019 έγγραφο της απέστειλε τις απόψεις της επί της προσφυγής και του αιτήματος αναστολής εκτέλεσης – προσωρινών μέτρων, της «.....» αναφορικά με τον υπ' αριθ. ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την,

Αριθμός απόφασης: Α 127 / 2019

10. 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».

11. Επειδή, στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται 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. 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».

Αριθμός απόφασης: Α 127 / 2019

12. 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).

13. Επειδή, στην αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366, 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».

14. 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 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.

15. Επειδή, περαιτέρω, 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 σύμφωνα 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, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, κατά την οποία έχει

Αριθμός απόφασης: Α 127 / 2019

ολοκληρωθεί και το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης και έχουν ανακηρυχθεί οριστικοί ανάδοχοι για καθένα από τα επιμέρους τμήματα του διαγωνισμού, για τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή. Δεν υπάρχει, επομένως, επόμενο στάδιο στον διαγωνισμό, καθώς απομένει η προσβαλλόμενη να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 100 του Ν. 4412/2016 και να υπογραφεί η υπό ανάθεση σύμβαση και για τα επίμαχα τμήματα/είδη που αφορά η προσφυγή.

17. Επειδή, δεδομένου ότι ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί για τα Τμήματα για τα οποία ασκήθηκε η προσφυγή, 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).

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, δεν υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία αυτής από την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γιατί μετά την άσκηση της προσφυγής, στο στάδιο που αυτή ευρίσκεται δεν υφίσταται στάδιο στο οποίο η αναθέτουσα να μπορεί να εισέλθει, ούτε η επικαλούμενη ζημία της από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτής για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. (βλ. ΑΕΠΠ Α75/2017, Α97/2017, Α16/2018, Α7/2019).

19. Επειδή, εξάλλου, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη, ούτε προκύπτει ότι συντρέχουν περιστάσεις, υπό τις οποίες θα έπρεπε να αρθεί η αυτοδίκαιη

Αριθμός απόφασης: Α 127 / 2019

απαγόρευση υπογραφής της επίμαχης σύμβασης, ως προς τα επίμαχα Τμήματα, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής.

20. Επειδή, άλλωστε, ο χρόνος για την έκδοση της απόφασης επί της υπό κρίση προσφυγής δεν είναι ούτε αόριστος ούτε μακρύς. Επομένως, η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη της υπό ανάθεση σύμβασης έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία περάτωση αυτής.

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, με την ρητή επισήμανση ότι δεν αίρεται η απαγόρευση σύναψης της υπό ανάθεσης σύμβασης για τα ως άνω προσβαλλόμενα Τμήματα του διαγωνισμού, για τα οποία και ασκείται η προδικαστική προσφυγή, μέχρις εκδόσεως απόφασης επ' αυτής, κατά τις διατάξεις των άρθρων 364 και 368 του Ν.4412/2106 και του άρθρου 6 του Π.Δ.39/2017, το αίτημα αναστολής–προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 21 Μαρτίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 22^η Μαρτίου 2019.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης

Αριθμός απόφασης: Α 127 / 2019