

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24 Ιουνίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση, Γερασιμούλα Δρακονταειδή σε αναπλήρωση της Σταυρούλας Κουρή (Πράξη 65/2021 του Προέδρου της ΑΕΠΠ), Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής που σωρεύεται στην προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1254/22.06.2021 της προσφεύγουσας εταιρείας «...», νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

Κατά της «...» (εφεξής «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 1155/21.5.2021 απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου της ... με την οποία εγκρίθηκε το από 21.04.2021 Πρακτικό Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής, Τεχνικών και Οικονομικών Προσφορών της Ειδικής Επιτροπής Διαγωνισμού, που αφορά στον Ανοικτό Δημόσιο Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό με τίτλο: "ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΗΛΕΚΤΡΟΠΑΡΑΓΩΓΩΝ ΖΕΥΓΩΝ" και αποφασίσθηκε η ανάδειξη του οικονομικού φορέα "..." ως Προσωρινού Αναδόχου για το Τμήμα 1 του ως άνω διαγωνισμού. Ταυτόχρονα σωρεύει αίτημα αναστολής της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ... διακήρυξη της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...», προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού, μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, διαγωνισμού για την προμήθεια ηλεκτροπαραγωγών Ζευγών

προκειμένου να εξασφαλιστεί η απρόσκοπτη λειτουργία των αντλιοστασίων Αποχέτευσης και οι ανάγκες του Α Τομέα Πειραιά της Διεύθυνσης του Δικτύου Αποχέτευσης. Η διενέργεια του διαγωνισμού εγκρίθηκε με συνολικό προϋπολογισμό ύψους 413.000,00 €, πλέον Φ.Π.Α και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, βάσει μόνο τιμής. Αντικείμενο της σύμβασης ορίσθηκε η προμήθεια συνολικά έξι (6) ηλεκτροπαραγωγών ζευγών για τις ανάγκες της Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στον κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου Δημοσίων Συμβάσεων (cPv: ...). Η σύμβαση υποδιαιρείται στο «τμήμα 1» με αντικείμενο την προμήθεια τεσσάρων (4) Η/Ζ για την αντικατάσταση των υφιστάμενων μονίμως εγκατεστημένων Ζευγών στα Αντλιοστάσια του Δικτύου Αποχέτευσης και ενός (1) εφεδρικού Η/Ζ, για να εξασφαλιστεί η αξιόπιστη και αδιάλειπτη λειτουργία των αντλιοστασίων, και με προϋπολογισθείσα αξία 405.000 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24% και στο «τμήμα 2» με αντικείμενο την προμήθεια ενός (1) ηλεκτροπαραγωγού ζεύγους για τις ανάγκες της Υπηρεσίας ..., της Διεύθυνσης Δικτύου Αποχέτευσης και με προϋπολογισθείσα αξία 8.000 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%. Προσφορές ορίσθηκε ότι μπορούν να υποβληθούν είτε ανά Η/Ζ (οποιοδήποτε Τμήματος) είτε ανά Τμήμα ή και για το σύνολο της προμήθειας. Η διάρκεια της σύμβασης ορίσθηκε σε ένα (1) έτος από την υπογραφή της. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίσθηκε η 29/10/2020. Η διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. την 24.09.2020. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε ακόμη στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό Στον ανωτέρω διαγωνισμό συμμετείχε η προσφεύγουσα υποβάλλοντας προσφορά για τα Η/Ζ του Τμήματος 1 της διακήρυξης. Η ηλεκτρονική αποσφράγιση των συνολικά τεσσάρων (4) υποβληθεισών προσφορών έγινε την 11.12.2020. Η αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών και οικονομικών προσφορών έγινε σε ένα στάδιο. Η Ειδική Επιτροπή Διαγωνισμού, με το από 21.04.2021 πρακτικό της, κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, διαπίστωσε ότι τα Ε.Ε.Ε.Σ. και των τεσσάρων οικονομικών φορέων έχουν συμπληρωθεί σύμφωνα με τις απαιτήσεις της Διακήρυξης και επομένως είναι αποδεκτά. Με το

ίδιο πρακτικό, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι όλοι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς είχαν υποβάλει τεχνικά αποδεκτές προσφορές, διαπίστωσε τη νομότυπη, σύμφωνα με την οικεία διακήρυξη, υποβολή των οικονομικών προσφορών των τεσσάρων υποψηφίων αναδοχών, όσον αφορά, δε, το τμήμα 1, έκρινε την οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα "...", ανερχόμενη σε € 190.627,00 ως την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη, βάσει μόνο τιμής. Από τον οικείο πίνακα αξιολόγησης οικονομικών προσφορών του Τμήματος 1 της επίμαχης διακήρυξης, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα έχει προσφέρει τη δεύτερη καλύτερη τιμή στο ποσό των € 218.900.Εν συνεχεία, με την από 21.04.2021 εισήγησή της η ίδια επιτροπή πρότεινε την έγκριση του προαναφερόμενου πρακτικού και την ανάδειξη του οικονομικού φορέα "... ως προσωρινού Αναδόχου για το Τμήμα 1 του ως άνω διαγωνισμού, με προσφερόμενη τιμή € 190.527,00 πλέον ΦΠΑ και για χρονική διάρκεια ενός έτους από την υπογραφή της σύμβασης. Τέλος, με την προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 1155/21.5.2021 απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου της ..., έγινε αποδεκτή η κατά τα ανωτέρω εισήγηση, εγκρίθηκε το από 21.04.2021 πρακτικό της Ειδικής Επιτροπής Αξιολόγησης του Ένδικου Διαγωνισμού και για το Τμήμα 1 του διαγωνισμού, αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας "... και αποκλείσθηκε η προσφεύγουσα.

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ... αξίας 2025,00 Ευρώ € με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης γ) εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

3. Επειδή, η προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς στις 10/06/2021, έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης η προσφεύγουσα και η προσφυγή κατατέθηκε στις 18.06.2021, δε, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα δοθείσης .

5. Επειδή, καταρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί η προσφεύγουσα την προδικαστική προσφυγή, καθώς, επιδιώκει την αποδοχή της προσφυγής της, επί τω τέλει ανάληψης της εν θέματι σύμβασης.

6. Επειδή, στις 18.06.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, δεν απέστειλε έγγραφο απόψεων της επί του αιτήματος αναστολής της προσφεύγουσας.

8. Επειδή, κατά 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 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.».

9. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει, ότι 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 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.

10. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν, 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. 4412/2016, 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.

11. Επειδή, παρέπεται, ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το μη προδήλως अपαράδεκτο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την

άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.), γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του 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.

12. Επειδή, με την προσφυγή της, η προσφεύγουσα, όπως αναλυτικότερα αναπτύσσει σε αυτήν, προβάλλει συγκεκριμένους ισχυρισμούς ως προς τη μη νόμιμη, κατ' αυτήν, προσβαλλόμενη.

13. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε, δε, περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται, κατά τα προαναφερόμενα, συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, θεμελιώνοντας έτσι –καταρχήν - το έννομο συμφέρον της ως στοιχείο του παραδεκτού της υπό εξέταση αίτησης, το οποίο σε κάθε περίπτωση θα αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης εκ νέου κατά την εξέταση της προσφυγής για την έκδοση οριστικής απόφασης. Ενόψει, δε, των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή, καθίσταται προφανές ότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 46/2015, 41/2015, 35/2015, 10/2015, 9/2015).

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 παρ. 1 του ν. 4412/2016 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 της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366. «2. Η παράγραφος 1 δεν εφαρμόζεται στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση

της προκήρυξης, β) αν υποβλήθηκε μόνο μία (1) προσφορά και δεν υπάρχουν ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι και γ) εφόσον πρόκειται για εκτελεστική σύμβαση συμφωνίας - πλαίσιο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 39, ή για σύμβαση που συνάπτεται στο πλαίσιο Δυναμικού Συστήματος Αγορών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 33 και 270.».

15. Επειδή, δεδομένης της εκ του νόμου 4412/2016 ύπαρξης κωλύματος υπογραφής της εν θέματι σύμβασης, άμα την κατάθεση της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, δεν υφίσταται κατά τα ανωτέρω προστατευτέο δικαίωμα προς διασφάλιση στο στάδιο της προσωρινής έννομης προστασίας, από την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς κωλυομένης κατά τα ανωτέρω, της ενδεχόμενης υπογραφής της οικείας σύμβασης με τον ανακηρυχθέντα προσωρινό ανάδοχο, πριν την έκδοση απόφασης επί της οικείας προδικαστικής προσφυγής, παρέπεται, ότι δεν δύνανται να δημιουργηθούν ανεπανόρθωτες ή δυσχερώς επανορθώσιμες καταστάσεις για την προσφεύγουσα.

16. Επειδή, συνακόλουθα, δεν πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση του κατάλληλου προσωρινού μέτρου, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής-λήψης προσωρινών μέτρων απορρίπτεται.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24 Ιουνίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
Μιχαήλ Οικονόμου

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
Ηλίας Στρεπέλιας
Α/Α ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ