

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 23.06.2021 με την εξής σύνθεση:
Νικόλαος Σαββίδης, Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-
Εισηγήτρια

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από
11.06.2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή
Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1192/14.06.2021 της εταιρείας
με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου ... και κατά της υπ' αριθ. .../2021 απόφασης της
Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., μετά των συμπροσβαλλόμενων με αυτήν
Πρακτικών Αποσφράγισης και Αξιολόγησης Δικαιολογητικών και ανάδειξης
Προσωρινού Αναδόχου, στο πλαίσιο του ανοικτού, ηλεκτρονικού διαγωνισμού
που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. .../2020 Διακήρυξη για την προμήθεια
φυσικού αερίου για χρονική περίοδο δύο (2) ετών, όπως καταχωρήθηκε στη
διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. με συστημικό αριθμό:

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπόψη Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει
την ακύρωση της με αριθμό .../2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του
Δήμου ... περί εγκρίσεως των πρακτικών αποσφράγισης, αξιολόγησης
προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, κατά το μέρος που με

Αριθμός απόφασης: Α159/2021

αυτήν έγιναν δεκτές οι προσφορές των «...», «...» και «...» και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης η «...», σωρεύοντας παράλληλα αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προσφυγής.

2. Επειδή, ο Δήμος ... με την υπ' αριθ .../2020 Διακήρυξη ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την προμήθεια ΦΥΣΙΚΟΥ ΑΕΡΙΟΥ για χρονική περίοδο δύο (2) ετών, ενδεικτικής προϋπολογισθείσας δαπάνης ύψους 461.100€ με ΦΠΑ 6%, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της (χαμηλότερης) τιμής ανά Κιλοβατώρα. Ο διαγωνισμός καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. με συστημικό αριθμό: Στο διαγωνισμό συμμετείχαν οι εταιρείες «...», «...», «...» και «...». Με την υπ' αριθ. .../2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... εγκρίθηκε το υπ' αρ. πρωτ. .../27-11-2020 Πρακτικό Αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής κατόπιν ακολούθηκε η αποσφράγιση όλων των οικονομικών προσφορών. Ως εκ τούτου, κατόπιν αποσφράγισης-αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, με την προσβαλλόμενη απόφαση αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία «...» με τιμή οικονομικής προσφοράς 374.616,08 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016, το νόμιμο παράβολο και συγκεκριμένα κατατέθηκε δεσμεύθηκε και πληρώθηκε ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 2.175,00 ευρώ.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του αξίας ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

Αριθμός απόφασης: Α159/2021

5. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 03.06.2021, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, και η Προσφυγή ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 11.06.2021, ήτοι εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του νόμου.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, με την οποία έγιναν εξίσου αποδεκτές οι προσφορές των συνδιαγωνιζομένων της και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία «...», ματαιώνοντας την προσδοκία της να αναλάβει την εκτέλεση της σύμβασης. Κατά το μέρος δε που βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας «...», η προσφεύγουσα υποστηρίζει τα εξής : Στην παρ Β. της υπ' αριθ. .../2020 Μελέτης της Διεύθυνσης Τεχνικών Υπηρεσιών και Υπηρεσίας Δόμησης (Τμήμα ...) του Δήμου ..., η οποία αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της με αριθ. .../2020 Διακήρυξης, και συγκεκριμένα στο υπό στοιχείο Β «Οικονομική Προσφορά», αναγράφεται ότι : «Για τις ανάγκες του παρόντος διαγωνισμού να ληφθεί υπόψη η Οριστική Μοναδιαία Τιμή Εκκίνησης Ετήσιας Δημοπρασίας του τρέχοντος τριμήνου (μέσα στο οποίο θα αναρτηθεί το ΕΣΗΔΗΣ ο διαγωνισμός) μεταφρασμένη σε €/Kwh λαμβάνοντας υπόψη το Δελτίο Τιμών Συναλλάγματος της Τ.τ.Ε. όσον αφορά την ισοτιμία \$/€». Επίσης, στις υπ' αριθ. πρωτ. .../13.11.2020 διευκρινίσεις της αναθέτουσας αρχής αναφέρεται ότι για τις ανάγκες του παρόντος διαγωνισμού θα πρέπει να ληφθεί υπόψη η Οριστική Μοναδιαία Τιμή Εκκίνησης Ετήσιας Δημοπρασίας του Οκτωβρίου 2020 (εντός του οποίου αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ ο διαγωνισμός) μεταφρασμένη σε €/kWh. Τέλος στο Δελτίο Συναλλάγματος της Τ.τ.Ε. (συνημμένο 1_Δελτίο Τιμών Συναλλάγματος Τ.τ.Ε της 20.10.2020) όσον αφορά την ισοτιμία \$/€ για την ημέρα ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ του διαγωνισμού, ήτοι 20.10.2020 η ισοτιμία είναι 1,17775\$/€. Όμως στην οικονομική προσφορά της ανωτέρω εταιρείας, χρησιμοποιήθηκε η ισοτιμία 1,18105/€ αντί του ορθού 1,177759/€, που ορίζει το Δελτίο Τιμών Συναλλάγματος Τ.τ.Ε της 20.10.2020 και στο οποίο σύμφωνα με τον οικείο όρο της Διακήρυξης όφειλε να βασιστεί η

Αριθμός απόφασης: Α159/2021

οικονομική προσφορά των προσφερόντων εταιρειών. Επιπλέον, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η εταιρεία «...» στην οικονομική της προσφορά δεν συμπεριέλαβε τον Ειδικό Φόρο Κατανάλωσης (Ε.Φ.Κ.) και το Τέλος Ασφάλειας Εφοδιασμού (Τ.Α.Ε.), τα οποία κανονικά συνυπολογίζονται στο σύνολο των Ρυθμιζόμενων Χρεώσεων με αποτέλεσμα να μην πληρούνται οι επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις του άρθρου 12.Β της με αριθ. .../2020 Διακήρυξης. Κατά το μέρος που βάλλει κατά της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου «...», η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι στην οικονομική της προσφορά η εν λόγω εταιρεία χρησιμοποίησε την ισοτιμία 1,1810\$/€, αντί του ορθού 1,17775\$/€, που ορίζει το Δελτίο Τιμών Συναλλάγματος Τ.τ.Ε της 20.10.2020, στο οποίο σύμφωνα με τον οικείο όρο της Διακήρυξης όφειλε να βασιστεί η οικονομική προσφορά των προσφερόντων εταιρειών. Ακόμη, ισχυρίζεται ότι στην οικονομική προσφορά της «...» δεν περιλαμβάνονται η Χρέωση Ενέργειας Διανομής, ο Ειδικός Φόρος Κατανάλωσης (Ε.Φ.Κ.) και το Τέλος Ασφάλειας Εφοδιασμού (Τ.Α.Ε.), τα οποία κανονικά συνυπολογίζονται στο σύνολο των Ρυθμιζόμενων Χρεώσεων, με αποτέλεσμα να μην πληρούνται οι επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις του άρθρου 12.Β της με αριθ. .../2020 Διακήρυξης. Τέλος, κατά το μέρος που η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσφοράς της εταιρείας «...», ισχυρίζεται ότι δεν έχει αποτυπώσει στην οικονομική της προσφορά την προσφερόμενη τιμή κιλοβατώρας φυσικού αερίου, ούτε και ανάλυση της τιμής αυτής, κατά παράβαση των απαιτήσεων του όρου 12.Β της Διακήρυξης, ότι επίσης κατά παράβαση των απαιτήσεων της Διακήρυξης, στην οικονομική της προσφορά χρησιμοποιήθηκε ως τιμή αναφοράς η 0,013647415 \$/kWh, αντί του ορθού 0,013647647 \$/KWh, με αποτέλεσμα να μην πληρούνται οι επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις της υπ' αριθ. .../2020 Μελέτης της και τέλος ότι παρότι ο συγκεκριμένος πελάτης εντάσσεται στην κατηγορία Εμπορικού Τιμολογίου Διανομής (συνημμένο 3_Τιμολόγιο Διανομής 2020 – Εμπορικοί Πελάτες), έλαβε εσφαλμένα υπόψη του χρεώσεις που αφορούν στην κατηγορία Βιομηχανικού Τιμολογίου Διανομής, με αποτέλεσμα η προσφορά του να καθίσταται απαράδεκτη.

Αριθμός απόφασης: Α159/2021

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 22.06.2021 έγγραφο απόψεων επί της προσφυγής, αντικρούοντας τους λόγους αυτής.

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, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από την νομολογία, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεύει 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

Αριθμός απόφασης: Α159/2021

οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

10. 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 απαράδεκτο 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.

11. Επειδή, οι αιτιάσεις που επικαλείται η προσφεύγουσα δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμες, σε κάθε περίπτωση, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας χρήζουν επισταμένης αξιολόγησης που δεν είναι δυνατόν να λάβει χώρα στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 496/2011, ΔΕφΑΘ 46/2015, 41/2015, 20/2015), του επιληφθέντος Κλιμακίου της ΑΕΠΠ επιφυλασσόμενου να αποφανθεί περί τούτων με την οριστική απόφασή του επί των προσφυγών. Τούτο δε, διότι, απαιτείται προηγουμένως ενδελεχής μελέτη του συνόλου των εγγράφων της σύμβασης, των προσφορών και των όρων της διακήρυξης καθώς επίσης και συνεκτίμηση των απόψεων και των πορισμάτων της επιστήμης και της νομολογίας. Σε κάθε δε περίπτωση, η υπό

Αριθμός απόφασης: Α159/2021

κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη.

12. Επειδή, ακόμη, 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. Επίσης, στο άρθρο 364 παρ. 2 προβλέπεται ότι : «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».

13. Επειδή, τα ανωτέρω στοιχούν και στην κριθείσα περίπτωση, στο μέτρο που με την προσβαλλόμενη απόφαση αποφασίστηκε η κήρυξη προσωρινού αναδόχου. Συνεπώς, δεδομένου του εκ του νόμου 4412/2016 κωλύματος υπογραφής της σύμβασης άμα την κατάθεση προδικαστικής προσφυγής, ουδέν προστατευτέο δικαίωμα υφίσταται προς διασφάλιση στο στάδιο της προσωρινής έννομης προστασίας. Ως εκ τούτου, εν προκειμένω, 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.

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής-λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: Α159/2021

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής που σωρεύεται στην υπόψη Προσφυγή, σύμφωνα με το σκεπτικό της παρούσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 23 Ιουνίου 2021 και εκδόθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 24 Ιουνίου 2021, δυνάμει της υπ' αριθ. 69/2021 (Ορθή Επανάληψη) Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ περί ορισμού νέου Προέδρου του 2ου Κλιμακίου.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Μιχαήλ Σοφιανός