

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος-Εισηγητής, Ευαγγελία Μιχολίτση, (Ιωάννα Θεμελή σε αναπλήρωση της Σταυρούλας Κουρή), Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής που σωρεύεται στην με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1305/29.06.2021 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή επιδιώκεται να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 423/15.6.2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., κατά το μέρος που έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και ανέδειξε αυτόν ως προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού. Ταυτόχρονα σωρεύει αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας..

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, δυνάμει της υπ' αρ. Διακήρυξης: 8951/05-03-2021, με ΑΔΑΜ: ... 2021-03-05, του Δήμου ..., προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός διαγωνισμός, για την «Προμήθεια πλαστικού χλοοτάπητα γηπέδων» προϋπολογισμού 259.275,32 € (με ΦΠΑ 24%), με αντικείμενο την προμήθεια και εγκατάσταση συστήματος συνθετικού χλοοτάπητα για την επίστρωση γηπέδου ποδοσφαίρου στην περιοχή "... της Δ.Κ. ... και γηπέδου 5Χ5 στον αύλειο χώρο του πρώην σχολείου της Τ.Κ. ... του Δήμου Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης δίδεται

στην 12/2021 μελέτη της Δ/σης Υποδομών & Τεχνικών Έργων (ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α) της διακήρυξης. Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής. Επί του ως άνω διαγωνισμού, που έλαβε Α/Α Συστήματος ..., προσφορές υπέβαλαν και συμμετείχαν, εκτός από την προσφεύγουσα, οι οικονομικοί φορείς με την επωνυμία «...», «...», «...», «...» και «...». Δυνάμει της υπ' αριθμ. 423/15.6.2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., που αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ και μας κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 18.6.2021, ότε και λάβαμε γνώση, με θέμα: «Έγκριση 1ου & 2ου πρακτικού διενέργειας ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού για την προμήθεια: «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΠΛΑΣΤΙΚΟΥ ΧΛΟΟΤΑΠΗΤΑ ΓΗΠΕΔΩΝ», προϋπολογισμού 259.275,32€ (με ΦΠΑ 24%).», αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση των ενσωματωμένων σε αυτή α) από 10/06/2021 1ο πρακτικού, σύμφωνα με το οποίο απορρίπτονται οι προσφορές των οικονομικών φορέων ..., «...» (...-...) και ..., για τους λόγους που αναφέρονται στο πρακτικό, και γίνονται αποδεκτές οι προσφορές της προσφεύγουσας και των οικονομικών φορέων ...και ..., και β) από 14/06/2021 2ο πρακτικού της επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού, καθώς και η ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου του οικονομικού φορέα με την επωνυμία: «...», διότι η προσφορά του είναι πλήρης, σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές και προσέφερε την χαμηλότερη τιμή, με προσφορά εκ ποσού 175.340,96€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, έναντι της προσφοράς της εταιρείας μας, που κατετάγη δεύτερη, κατά σειρά μειοδοσίας, με προσφορά εκ ποσού 228.023,60€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%.

2. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει κατατεθεί πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο ποσού 1.045,47 € με κωδικό ..., συνοδευόμενο από το σχετικό αντίτυπο της ΓΓΠΣ με την ένδειξη δεσμευμένο.

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 IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί 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, η προσφυγή κατατέθηκε στις 28.06.2021, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στις 18/06/2021, κοινοποιήθηκε δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα δοθείσης της μη πρόσβασης της προσφεύγουσας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

5. Επειδή, στις 29.06.2021 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.

6. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής.

7. Επειδή, παγίως γίνεται δεκτό από τη νομολογία ότι η αναστολή χορηγείται μόνο αν με βάση συγκεκριμένους και ειδικούς λόγους που αποδεικνύονται, πιθανολογείται ότι σε περίπτωση άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης θα επέλθει στον αιτούντα βλάβη ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς δυνάμενη να επανορθωθεί (ΣτΕ ΕπΑν 88/1991, ΣτΕ ΕπΑν 103/1991, ΣτΕ ΕπΑν 197/1991, ΣτΕ ΕπΑν 209/1991, ΣτΕ ΕπΑν 548-550/1990, ΔΕφΑθ 9/2015, 6 ΔΕφΑθ 2/2015, ΔΕφΑθ 878/16).

8. 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.

9. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, 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. 4412/16, 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.

10. Επειδή, λαμβάνοντας υπόψη το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης πράξης σε συνδυασμό με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας καθίσταται σαφές ότι οι ως άνω ισχυρισμοί οι οποίοι χρήζουν ενδελεχούς εξέτασης και ερμηνείας των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων συμπεριλαμβανομένης της οριστικής κρίσης επί του παραδεκτού της άσκησης της προσφυγής (ΑΕΠΠ 4/2017, Α 31/2019, Α 68/2019).

11. Επειδή, ειδικότερα, το ζήτημα της ζημίας του προσφεύγοντος και της στάθμισης των συμφερόντων τίθεται σε διαφορετική βάση στη δικονομική Οδηγία από ότι στις διατάξεις του εθνικού δικονομικού κανόνα. Η νομολογία στην προσωρινή δικαστική προστασία θεωρεί τη ζημία ως στοιχείο του βάσιμου για τη χορήγηση αναστολής ΣτΕ ΕπΑν 161-2/2017, ΣτΕ ΕπΑν 389-390/2016, ΣτΕ ΕπΑν 62/2014, ΣτΕ ΕπΑν 211/2013, ΣτΕ ΕπΑν 210-211/2013, ΣτΕ ΕπΑν 36/2014, ΣτΕ ΕπΑν 122/2015, ΣτΕ ΕπΑν 79/2016, ΣτΕ ΕπΑν 146/2017. Η

οικονομική Οδηγία 89/665/ΕΟΚ προβλέπει «προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η περαιτέρω ζημία των θιγομένων συμφερόντων» καθιερώνοντας την επανόρθωση και την αποτροπή της ζημίας ως σκοπό και όχι προϋπόθεση του βάσιμου για τη λήψη απόφασης περί μέτρων. Όταν δε ο ενωσιακός νομοθέτης προβλέπει στο άρ. 2 παρ. 5 ότι «όργανο μπορεί να συνυπολογίσει τις πιθανές συνέπειες των προσωρινών μέτρων στο δημόσιο συμφέρον, και να αποφασίσει να μην προβεί στη χορήγηση τέτοιων μέτρων» δηλαδή περιορισμό των μέτρων για λόγους δημοσίου συμφέροντος, σαφώς θέτει την προϋπόθεση της στάθμισης των αντικρουόμενων συμφερόντων ως δυνητικής και όχι ως υποχρεωτικής. Άλλωστε, το δημόσιο συμφέρον δεν αποτελεί λόγο αρνητικής προϋπόθεσης όπως θέλει ο οικονομικός νομοθέτης στη δίκη της αναστολής, αλλά παράγοντα προς στάθμιση. Η δημόσια σύμβαση αποτελεί από μόνη της δημόσιο συμφέρον, άρα η άμεση ολοκλήρωση της διαδικασίας είναι δημόσιο συμφέρον και κατά συνέπεια τέτοιος λόγος δημοσίου συμφέροντος δεν είναι αποδεκτός. Η Οδηγία προστατεύει το ιδιωτικό συμφέρον του διαγωνιζόμενου με τη στάθμιση δημοσίου συμφέροντος διαφορετικού από την απλή άμεση εκτέλεση της σύμβασης. Συνεπώς παρέπεται με σαφήνεια ότι μόνο πολύ επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος μπορούν να δικαιολογήσουν στάθμιση σε βάρος του ιδιώτη, η οποία ελέγχεται ad hoc.

12. Επειδή, δέον είναι να λάβει χώρα η αναγκαία στάθμιση μεταξύ των αντιτιθέμενων έννομων αγαθών ήτοι την ταχεία πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας ως έκφανση δημοσίου συμφέροντος και την διενέργεια αυτής σε καθεστώς πλήρους νομιμότητας, δοθέντος του ότι σύμφωνα με την προσέγγιση της ΑΕΠΠ μόνο η πιθανολόγηση παράβασης κανόνα δικαίου αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για την αποδοχή της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων (ΑΕΠΠ 13/2017).

13. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου προκύπτει ότι, στην προκειμένη περίπτωση εφόσον έχει κηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος την οικεία διαγωνιστική διαδικασία και υφίσταται εκ του νόμου 4412/2016 κώλυμα

υπογραφής της οικείας σύμβασης άμα την κατάθεση της προδικαστικής προσφυγής ουδέν προστατευτέο δικαίωμα προς διασφάλιση υφίσταται καθώς δεν δύναται να λάβει χώρα εκ της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας ουδεμία ανεπανάρθωτη η δυσχερώς επανορθώσιμη κατάσταση για την προσφεύγουσα.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 7 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ