

Αριθμός απόφασης: Α 219 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16.05.2019 με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από 03.05.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 533/06.05.2019 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στον, στη θέση, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της με αριθμ. 176/18.04.2019 απόφασης του Δ.Σ. της που αφορά στην έγκριση 1^{ου} και 2^{ου} πρακτικού του διαγωνισμού (.....) με τίτλο:, με την οποία αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος η εταιρεία με την επωνυμία «.....», για το σύνολο της ΟΜΑΔΑΣ Α στο πλαίσιο του Ανοικτού Ηλεκτρονικού Δημόσιου Διαγωνισμού άνω των ορίων για την «.....» της, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 449.443,10€ άνευ ΦΠΑ και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

Με τη Προδικαστική Προσφυγή της η αιτούσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης, κατά το σκέλος της οποίας γίνεται αποδεκτή η προσφορά της έτερης συμμετέχουσας και αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου εταιρείας με την επωνυμία «.....», για το σύνολο της ΟΜΑΔΑΣ Α της ως άνω σύμβασης, για τους λόγους που αναφέρει στην Προσφυγή της.

Αριθμός απόφασης: Α 219 / 2019

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως εκδοθεί σχετική πράξη αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση Προσφυγής της.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει πληρωθεί, κατατεθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 640,00€, το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,50% της προϋπολογισθείσας αξίας χωρίς ΦΠΑ της σχετικής σύμβασης και εν προκειμένω με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη για το τμήμα της σύμβασης σχετικά με το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι για την ΟΜΑΔΑ Α «.....», εκτιμώμενης αξίας 127.513,60€, σύμφωνα με τις ως άνω αναφερόμενες διατάξεις.

2. 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.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας συνολικής δαπάνης του ύψους 449.443,10€ άνευ ΦΠΑ, ήτοι αξίας ανώτερης των 60.000,00€, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτός, κατά τούτο, ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως 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'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη, υπ'αρ. 176/18.04.2019 απόφαση του Δ.Σ. της, αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 25.04.2019,

Αριθμός απόφασης: Α 219 / 2019

οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας εταιρείας κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 03.05.2019, ήτοι εντός της εκ του νόμου ως άνω δεκαήμερης προθεσμίας.

5. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται 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 ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

6. 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».

7. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία

Αριθμός απόφασης: Α 219 / 2019

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.

8. 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. 4412/2016, 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, παράβαση διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

9. 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 προδήλως παραδεκτό 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. Δημ. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.). γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης

Αριθμός απόφασης: Α 219 / 2019

θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί 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.

10. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣΤΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

11. Επειδή η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προσφυγής, στην οποία ενσωματώνει και το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα αίτημα αναστολής της οριστικής κατακύρωσης του διαγωνισμού στον αναδειχθέντα προσωρινό ανάδοχο και υπογραφής της σύμβασης με αυτόν μέχρι την οριστική κρίση επί της παρούσας προσφυγής, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη κατά το μέρος που η εταιρεία της αποκλείστηκε από το διαγωνισμό αλλά και κατά το μέρος που παράνομα έγινε αποδεκτή η προσφορά του αναδειχθέντος προσωρινού αναδόχου.

Αριθμός απόφασης: Α 219 / 2019

12. Επειδή, η προσφεύγουσα αναφέρει στην προσφυγή της και στο πεδίο που αφορά στο αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων επί λέξει τα εξής: «Να ανασταλεί η εκτέλεση της με αρ. 176/18-04-2019 απόφασης του Δ.Σ. της που αφορά στην έγκριση 1ου και 2ου πρακτικού του διαγωνισμού (.....) με τίτλο: σχετικά με την κήρυξη προσωρινού αναδόχου την εταιρεία με την επωνυμία ".....", με έδρα τη, με συνολική τιμή προσφοράς το ποσό των 63.560,83 ΕΥΡΩ για το σύνολο της ΟΜΑΔΑΣ Α, διότι σε περίπτωση εκτέλεσής της: 1) θα αναδειχθεί μειοδότης διαγωνιζόμενος που παραβίασε ρητές διατάξεις της Διακήρυξης, 2) θα χρησιμοποιηθούν εξαρτήματα νερού που ενδεχομένως είναι ακατάλληλα για πόσιμο νερό, εφόσον τα προπεριγραφόμενα πιστοποιητικά καταλληλότητας δεν αναφέρονται στα προσφερόμενα τελικά προϊόντα, σε βάρος της δημόσιας υγείας και 3) η εταιρεία μας θα υποστεί ανεπανόρθωτη οικονομική βλάβη, καθώς αν εκτελεστεί η προσβαλλόμενη απόφαση, θα καταστεί αδύνατη η ικανοποίησή μας, ακόμα και με ύστερη δικαστική δικαίωση».

13. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 364 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: *«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».*

14. Επειδή, η υπό κρίση Προσφυγή ανεξαρτήτως του εάν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη ή όχι, σε κάθε δε περίπτωση η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαδικασίας προς το σκοπό, κατά το αίτημά της, να μην γίνει οριστική κατακύρωση στον αναδειχθέντα προσωρινό ανάδοχο και να μην υπογραφεί σύμβαση μαζί του έως την τελική κρίση του παρόντος κλιμακίου επί της προσφυγής. Σύμφωνα, δε με την παραπάνω σκ. 13, η άσκηση της προσφυγής κωλύει, σε κάθε

Αριθμός απόφασης: Α 219 / 2019

περίπτωση, την υπογραφή της σύμβασης έως την οριστική κρίση της ΑΕΠΠ επ' αυτής.

15. Επειδή, την 13.05.2019 η απέστειλε τις απόψεις της και στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης στην ΑΕΠΠ.

16. Επειδή, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, 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), ως προελέχθη στην ανωτέρω σκέψη 13, σε κάθε δε περίπτωση είναι αυστηρά καθορισμένες εκείνες οι περιστάσεις που θα επέτρεπαν να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης.

17. Επειδή, από την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές και έχει αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος, εκκρεμούν δε ως στάδια, πριν την υπογραφή της σύμβασης, διαδικασίας, η πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και ελέγχου αυτών, καθώς και η κατακύρωση της σύμβασης στον ανάδοχο.

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, δεν προκύπτει τυχόν ανεπανόρθωτη ζημία των συμφερόντων της προσφεύγουσας, ούτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή της στο διαγωνισμό, αλλά ούτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας της προσφεύγουσας να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου. Και τούτο διότι τυχόν παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας, στο βαθμό που με την προσβαλλόμενη παρανόμως αποφασίστηκε αφενός η ανάδειξη σε προσωρινό ανάδοχο της συνδιαγωνιζόμενης επιχείρησης «.....» θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής της Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 219 / 2019

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν συνίσταται 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 και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων.

20. Επειδή, η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (σκέψη 9) σκοπεύει στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού, περίπτωση η οποία δεν υφίσταται κατά το παρόν στάδιο του διαγωνισμού .

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 16 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αθηνά Μπουζιούρη