

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 28.07.2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής, Ευαγγελία Μιχολίτση και Χρήστος Σώκος σε αναπλήρωση της Άννας Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής που σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1491/26.07.2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...-...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή) νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθ. 178/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... με την οποία αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος του διαγωνισμού με τίτλο «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ & ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΟΥΦΩΜΑΤΩΝ ΣΕ ΣΧΟΛΙΚΑ ΚΤΗΡΙΑ ΔΗΜΟΥ ...» η εταιρεία «...». 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, με την υπ' αριθμ. πρωτ. 12252/29.10.2020 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής, προκηρύχθηκε ανοικτός διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια και αντικατάσταση κουφωμάτων σε σχολικά κτήρια του Δήμου ..., εκτιμώμενης αξίας 383.870,90€ πλέον Φ.Π.Α. και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Προκήρυξη της

Αριθμός απόφασης: Α279/2021

σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 02.11.2020. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 02.11.2020 με ΑΔΑΜ: ... 2020-11-02, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...). Στο διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορές τέσσερις (4) διαγωνιζόμενοι, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα (προσφορά με α/α συστήματος ...) και η παρεμβαίνουσα (προσφορά με α/α συστήματος ...). Με το Πρακτικό 1^ο της Επιτροπής Διαγωνισμού επί της αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζόμενων, έγιναν δεκτές οι προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας ενώ απορρίφθηκαν οι λοιπές δύο υποβληθείσες προσφορές. Ακολούθως, με το 2^ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού επί της αποσφράγισης και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζόμενων, έγιναν δεκτές οι προσφορές της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας και κατετάγησαν πρώτη η παρεμβαίνουσα και δεύτερη η προσφεύγουσα και η Επιτροπή εισηγήθηκε την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου. Τα ως άνω Πρακτικά εγκρίθηκαν με την υπ' αριθμ. 3/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Κατά της υπ' αριθ. 3/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... η 2^η μειοδότηρια εταιρεία «...» άσκησε την με ΓΑΚ/Α.Ε.Π.Π. 242/01.02.2021 προδικαστική προσφυγή της με αίτημα την ακύρωση αυτής. Με την με αριθ. 589/2021 απόφαση του 5ου Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. έγινε δεκτή η παραπάνω προδικαστική προσφυγή και ακυρώθηκε η υπ' αριθ. 3/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος της που έκανε δεκτή την προσφορά της προσφεύγουσας και ανέδειξε αυτήν προσωρινή ανάδοχο της υπόψη προμήθειας. Κατά της υπ' αριθ. 589/2021 απόφασης της Α.Ε.Π.Π. η προσφεύγουσα άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς την από 09.04.2021 με αρ. καταχώρησης ΑΝΜ111/2021 αίτηση αναστολής. Εκκρεμούσης της ως άνω αίτησης, εκδόθηκε η με αριθ. 88/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., δυνάμει της οποίας η αναθέτουσα αρχή, συμμορφούμενη προς την

Αριθμός απόφασης: Α279/2021

ως άνω απόφαση της Α.Ε.Π.Π., ακύρωσε την προηγούμενη απόφασή της (ήτοι την με αριθ. 3/2021 απόφαση), κατά το μέρος της που είχε κάνει δεκτή την προσφορά της προσφεύγουσας και την είχε αναδείξει προσωρινή ανάδοχο της σύμβασης, και ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την 2^η μειοδότηρια εταιρεία «...». Η απόφαση αυτή θεωρήθηκε συμπροσβληθείσα με την ως άνω αίτηση αναστολής μας, κατ' εφαρμογή του άρθρου 372 παρ. 1 εδ. γ' του ν. 4412/2016. Επί της αιτήσεως αναστολής εκδόθηκε η με αριθ. Ν82/2021 απόφαση του του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς, κοινοποιηθείσα στις 24.06.2021, η οποία απέρριψε αυτήν. Στο μεσοδιάστημα, η αναθέτουσα αρχή είχε αποστείλει προς τη «...» την με αριθ. 4993/27.04.2021 πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης, η οποία και ανακλήθηκε λόγω της άσκησης της παραπάνω αίτησης αναστολής. Εν συνεχεία, με την με αριθ. 6806/14.06.2021 πρόσκληση του Δημάρχου ... η «...» προσκλήθηκε εκ νέου να υποβάλλει ηλεκτρονικά, εντός δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της πρόσκλησης αυτής, όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2 της διακήρυξης. Ακολούθως, στις 30.06.2021 η Επιτροπή του Διαγωνισμού συνεδρίασε προκειμένου να προβεί στον έλεγχο της πληρότητας των δικαιολογητικών κατακύρωσης που υποβλήθηκαν και, αφού ολοκλήρωσε τον έλεγχο αυτό, εξέδωσε το Πρακτικό ΙΙΙ με το οποίο εισηγήθηκε την κατακύρωση του επίμαχου διαγωνισμού στην εταιρεία «...» με προσφερόμενο ποσό ύψους 382.300,00€. Με την με αριθ. 178/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... με θέμα «Έγκριση ή μη 3ου πρακτικού ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης ανοιχτού διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ & ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΟΥΦΩΜΑΤΩΝ ΣΕ ΣΧΟΛΙΚΑ ΚΤΗΡΙΑ ΔΗΜΟΥ ...» εγκρίθηκε το παραπάνω από 30.06.2021 Πρακτικό ΙΙΙ της Επιτροπής Διαγωνισμού και αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος της υπόψη προμήθειας η εταιρεία «...» έναντι του παραπάνω προσφερόμενου ποσού. Η εν λόγω απόφαση αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 13.07.2021, ενώ ορθή επανάληψη της δημοσιεύθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ στις 15.07.2021 με αριθ. ΑΔΑ

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του

Αριθμός απόφασης: Α279/2021

άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ύψους 1.919,36 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., εξοφληθέν, όπως προκύπτει από το αποδεικτικό εξόφλησης της Τράπεζας και δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.).

3. Επειδή, η υπό εξέταση 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, 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 υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη απόφαση μετά των εγκριθέντων με αυτήν Πρακτικών κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 13.07.2021, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 21.07.2021. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 23/07/2021.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή ασκήθηκε κατ' αρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος καθώς η προσφεύγουσα, έχοντας υποβάλει την μοναδική έτερη, πλην της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου, προσφορά, στρέφεται κατά της τελευταίας επιδιώκοντας την αποκλεισμό της και την ανάδειξη της ίδιας ως προσωρινής αναδόχου και σε κάθε περίπτωση σε χρόνο που δεν έχει παρέλθει το καταληκτικό χρονικό σημείο εμπρόθεσμης άσκησης ακύρωσης κατά της 589/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, απέστειλε έγγραφο απόψεων της στην ΑΕΠΠ επί του αιτήματος αναστολής της προσφεύγουσας στις 27/07/2021 στο οποίο διαλαμβάνεται ότι «*Η Ο.Ε αποφασίζει την αναστολή*

Αριθμός απόφασης: Α279/2021

εκτέλεσης της υπ' αριθμ. 178/2021 Απόφασης Ο.Ε. (ΑΔΑ: ...) με θέμα :«Έγκριση ή μη 3ου πρακτικού ηλεκτρονικής αποσφράγισης και αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης ανοιχτού διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού: «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ & και ΑΝΤΙΚΑΤΑΣΤΑΣΗ ΚΟΥΦΩΜΑΤΩΝ ΣΕ ΣΧΟΛΙΚΑ ΚΤΗΡΙΑ ΔΗΜΟΥ ...» , που εξεδόθη στο πλαίσιο της Διακήρυξης ... μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής με Γ.Α.Κ. 1491/26-07-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...-...».

7. 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.».

8. 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

Αριθμός απόφασης: Α279/2021

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.

9. 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. 4412/16, 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, 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.

Αριθμός απόφασης: Α279/2021

11. Επειδή, με την προσφυγή της, η προσφεύγουσα, όπως αναλυτικότερα αναπτύσσει σε αυτήν, προβάλλει συγκεκριμένους ισχυρισμούς ως προς τη μη νόμιμη, κατ' αυτήν, προσβαλλόμενη βάλλοντας κατά της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου.

12. Επειδή, δοθέντος ότι κατά τα προδιαληφθέντα το αίτημα της προσφεύγουσας έχει ήδη ικανοποιηθεί με σχετική απόφαση οίκοθεν ληφθείσα της αναθέτουσας αρχής, το σχετικό αίτημα της προσφεύγουσας παρέπεται ότι τυγχάνει απορριπτέο προεχόντως ως αλυσιτελώς προβαλλόμενο.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ηλίας Στρεπέλιας