

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Μαΐου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης Πρόεδρος - Εισηγητής, Μαργαρίτα Κανάβα και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 2.5.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ) 634/3.05.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» με δ.τ. ...(εφεξής «ο προσφεύγων»), που εδρεύει στη ..., στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ...(εφεξής «η αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθ. 60/2022 Πράξης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), με την οποία εγκρίθηκε το πρακτικό 1 περί έγκρισης του αποτελέσματος του διαγωνισμού και λήψης απόφασης για την ανάθεση της σύμβασης του έργου «...», κατά το σκέλος που κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» και «...» και ανακηρύχθηκε ο πρώτος εξ αυτών προσωρινός ανάδοχος του έργου.

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το ως άνω σκέλος.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή Γεώργιο Κουκούτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 5.101,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό

παράβολο με κωδικό ..., την από 3.5.2022 πληρωμή στην .. και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, ήτοι με βάση το ποσό των 1.020.161,29 ευρώ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την Α.Π. ... διακήρυξη ανοικτής διαδικασίας προκήρυξε μέσω του ΕΣΗΔΗΣ διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «...», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), εκτιμώμενης αξίας 1.265.000,00 ευρώ (με Φ.Π.Α. 24 %).

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 24.12.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 3.2.2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπόψη αφενός ότι η μεν προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στις 14.4.2022 στην επικοινωνία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, η δε αιτιολόγηση των προσφορών των οικονομικών φορέων «...» και «...», που κρίθηκαν ως ασυνήθιστα χαμηλές, αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 21.4.2022, κατόπιν αιτήματος που υπέβαλε στις 19.4.2022 ο προσφεύγων μέσω της επικοινωνίας προς την αναθέτουσα αρχή, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή στις 3.05.2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς τους ενδιαφερόμενους, δια μέσω της

Αριθμός απόφασης: Α 341/2022

«επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή με την υπ' αριθ. 939/2022 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 6.05.2022 στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού τις απόψεις επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων της προσφυγής.

9. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

10. Επειδή στον υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος επτά οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και οι οικονομικοί φορείς «...» και «...», οι οποίοι υπέβαλαν τις με αριθμό συστήματος 240157, 240151 και 239294 προσφορές τους αντίστοιχα. Μετά την αποσφράγιση, η Επιτροπή Διαγωνισμού ανάρτησε στον ηλεκτρονικό χώρο “Συνημμένα Προκηρυγμένου Διαγωνισμού”, τον κατάλογο συμμετεχόντων με σειρά μειοδοσίας, με βάση τον οποίο οι οικονομικοί φορείς κατατάχθηκαν ως εξής:

...	33,34 %
...	27,13 %
Προσφεύγων	17,65 %
...	14,00 %
...	11,34 %
...	8,58 %
...	3,05 %

Εν συνεχεία, η επιτροπή υπολόγισε τον μέσο όρο (Μ.Ο=16,44%) των επτά (7) αποδεκτών προσφορών, σύμφωνα με τις διατάξεις των παρ. 1 και 5α του άρθρου 88 του Νόμου 4412/2016 και της παραγράφου 4.1.η της Διακήρυξης του Έργου και διαπίστωσε ότι οι προσφορές των δύο πρώτων

εταιρειών που μειοδότησαν τεκμαίρονται ως «ασυνήθιστα χαμηλές», καθώς εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από τον μέσο όρο. Στις 19/1/2022 η Επιτροπή ζήτησε από τους οικονομικούς φορείς ... και ..., μέσω της Επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ, αναλυτικές εξηγήσεις επί του κόστους του έργου που πρότειναν στην προσφορά τους, τις οποίες οι οικονομικοί φορείς παρείχαν στις 7/2/2022 και στις 8/2/2022 αντίστοιχα. Η Επιτροπή αφού εξέτασε τις εξηγήσεις ζήτησε στις 22/2/2022 και στις 25/2/2022 αντίστοιχα ορισμένες πρόσθετες διευκρινήσεις σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα ημερών από την κοινοποίηση στους οικονομικούς φορείς του σχετικού μηνύματός της μέσω της Επικοινωνίας του συστήματος. Οι διευκρινήσεις εστάλησαν από τους οικονομικούς φορείς στις 2/3/2022 και 7/3/2022 αντίστοιχα και αφού εξετάστηκαν από την Επιτροπή, συμπληρωματικά με τις αρχικές εξηγήσεις και το σύνολο των αναλυτικών εξηγήσεων επί του κόστους του έργου που πρότειναν στην προσφορά τους οι δύο οικονομικοί φορείς, έγιναν αποδεκτές. Με την ολοκλήρωση της διαδικασίας η Επιτροπή εισηγήθηκε την έγκριση του Πρακτικού 1 και την ανακήρυξη ως προσωρινού αναδόχου του οικονομικού φορέα «...». Με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το ως άνω πρακτικό.

11. Επειδή, ο προσφεύγων, ως προσφέρων του υπό κρίση διαγωνισμού, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή και κατατάχθηκε τρίτος σε σειρά μειοδοσίας θεμελιώνει καταρχάς έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης ως βλαπτόμενος, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου οικονομικού φορέα ..., ερειδόμενο στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση. Ωστόσο, δεδομένου ότι κατατάχθηκε τρίτος κατά σειρά μειοδοσίας το έννομο συμφέρον του να προβάλλει λόγους κατά του προσωρινού αναδόχου εξαρτάται από την ευδοκίμηση των λόγων που προβάλλει με την προδικαστική προσφυγή του κατά του δεύτερου κατά σειρά μειοδοσίας οικονομικού φορέα

12. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των

περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

13. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 : «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

14. Επειδή το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 ορίζει 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».

15. 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*». Επομένως, 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, κατ' ελάχιστον, 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.

16. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου προσωρινού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής 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 (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

17. Επειδή για την οριστική κρίση περί της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής απαιτείται ενδελεχής έρευνα και μελέτη των στοιχείων του φακέλου βάσει των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας.

18. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 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 του οικείου σχηματισμού της ΕΑΔΗΣΥ, εκτός εάν η ΕΑΔΗΣΥ κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

19. Επειδή η προσφεύγουσα δεν διαλαμβάνει ειδικούς ισχυρισμούς και δεν επικαλείται συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά που να αποδεικνύουν την βλάβη της από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία εν προκειμένω ευρίσκεται σε τελικό στάδιο καθώς έχει πραγματοποιηθεί το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών και έχει ανακηρυχθεί ο προσωρινός ανάδοχος.

20. Επειδή, εξάλλου ο χρόνος για την έκδοση της απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής δεν είναι ούτε αόριστος ούτε μακρύς. Επομένως, η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη της υπό ανάθεση σύμβασης έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία περάτωση αυτής.

21. Επειδή, στο παρόν στάδιο δεν υφίσταται βλάβη του προσφεύγοντος, 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 από την συνέχιση της διαδικασίας η οποία ευρίσκεται σε τελικό στάδιο, ούτε η επικαλούμενη ζημία του από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, γιατί δεν έχει καταστεί οριστική, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτής για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων

καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. (βλ. ΑΕΠΠ Α75/2017, Α97/2017, Α16/2018, Α29/2018).

22. Επειδή από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη μη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

23. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση

24. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής–προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 13 Μαΐου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ