

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 26.08.2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 19.08.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1051/20.08.2019 του οικονομικού φορέα «.....», που κατοικοεδρεύει στα

Κατά του Δήμου, που εδρεύει στην

Με την Προδικαστική Προσφυγή του ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αριθ. 263/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ανωτέρω δήμου (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), αναφορικά με την υπ' αριθ.διακήρυξη για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης με αντικείμενο την «.....», κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή του.

Ετέρωθεν, ο προσφεύγων αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της ανωτέρω διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού

Αριθμός απόφασης: Α 405 / 2019

600,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), το οποίο και υπολογίζεται για τα τμήματα του διαγωνισμού που ασκείται η παρούσα, ήτοι Ομάδα Α Δ.Εσυνολικού ποσού χωρίς ΦΠΑ 4.639,24 €, Ομάδα Α Δ.Ε συνολικού ποσού χωρίς ΦΠΑ 25.327,84 €, Ομάδα Ασυνολικού ποσού χωρίς ΦΠΑ 1.442,26 €, Ομάδα Γ Δ.Εσυνολικού ποσού χωρίς ΦΠΑ 4.639,24 €, Ομάδα Γ Δ.Ε συνολικού ποσού χωρίς ΦΠΑ 25.327,84 €, Ομάδα Ε Δ.Εσυνολικού ποσού χωρίς ΦΠΑ 3.814,84 €, Ομάδα Ε Δ.Ε συνολικού ποσού χωρίς ΦΠΑ 18.047,38 € και Ομάδα Ε συνολικού ποσού χωρίς ΦΠΑ 2.073,77 €, ήτοι συνολικού ποσού για τα ανωτέρω τμήματα 80.059,125 €, χωρίς Φ.Π.Α.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ.διακήρυξη του Δήμου προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου, άνω των ορίων, διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης με αντικείμενο την «.....», προϋπολογισμού 225.893,78€ πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 07.06.2019, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό με α/α

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου αποστολής (05.06.2019) της προκήρυξης για δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου

Αριθμός απόφασης: Α 405 / 2019

του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 09.08.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 19.08.2019.

4. 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). Περαιτέρω, 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».

5. Επειδή, η προσφεύγουσα έλαβε μέρος στον υπό κρίση διαγωνισμό για τα τμήματα^[SEP]Φορέας 1.-ΟΜΑΔΑ Α-Β-Γ-Ε-Ζ-Η-ΣΤ,^[SEP]Φορέας 2.-ΟΜΑΔΑ Α-Β,^[SEP]Φορέας 3. (.....) - ΟΜΑΔΑ Α-Β-Γ-Ε-Ζ- Η-ΣΤ και αναδείχθηκε μειοδότης για τα τμήματα Ομάδα Α^[SEP]Ομάδα Β Δ.Ε , Ομάδα Β Δ.Ε , Ομάδα Β , Ομάδα Β , Ομάδα Γ , Ομάδα ΣΤ Δ.Ε , Ομάδα ΣΤ Δ.Ε , Ομάδα ΣΤ Με την υπό κρίση Προσφυγή στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, κατά το μέρος με

Αριθμός απόφασης: Α 405 / 2019

το οποίο: Α. έκανε αποδεκτή την Προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και την ανέδειξε μειοδότη για τις ομάδες: [SEP]Ομάδα Α Δ.Ε [SEP]Ομάδα Α Δ.Ε , Ομάδα Α , Ομάδα Γ Δ.Ε , Ομάδα Γ Δ.Ε , Ομάδα Ε Δ.Ε , Ομάδα Ε Δ.Ε , Ομάδα Ε και Β. έκανε αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» ως πλήρη σύμφωνα με τα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής και δικαιολογητικά τεχνικής προσφοράς για την [SEP]ΟΜΑΔΑ Γ-ΥΠΟΜΑΔΑ Γ1-.....και ΟΜΑΔΑ Γ-ΥΠΟΜΑΔΑ Γ2 -..... Συνεπώς, ο προσφεύγων με προφανές έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, δοθέντος ότι συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό, υποβάλλοντας την προσφορά του, ισχυριζόμενος ότι υφίσταται ζημία από την απόφαση αυτή της αναθέτουσας αρχής, αφού παρά τω Νόμω και τη διακήρυξη έγιναν αποδεκτές οι προσφορές των έτερων δύο συμμετεχουσών εταιρειών για τα προαναφερόμενα τμήματα και αιτούμενος όπως αναδειχθεί μειοδότης των Ομάδων: Α Δ.Ε , Α Δ.Ε , Α , Γ Δ.Ε , Γ Δ.Ε , Ε Δ.Ε , Ε Δ.Ε [SEP]και Ε

6. 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 ποινής ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. 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.

7. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές και έχει ανακηρυχθεί ο προσωρινός μειοδότης για κάθε τμήμα της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, ενώ ακολουθεί η προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης κατ' άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 επί τω τέλει της οριστικής κατακύρωσης και υπογραφής της υπόψη σύμβασης. Κατ' ακολουθίαν, στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, ουδεμία ανάγκη υφίσταται

Αριθμός απόφασης: Α 405 / 2019

προς αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων του προσφεύγοντος, αφού δεν υφίστανται οι περιστάσεις εκείνες που να καθιστούν αλυσιτελή τυχόν αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής κατά τα προαναφερόμενα και οι οποίες θα αιτιολογούσαν τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επέκεινα, τυχόν παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές των έτερων δύο συμμετεχουσών εταιρειών, θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής του Προσφυγής. Συνεπώς, δεν προκύπτει άμεση βλάβη (πρβλ ΣΤΕ ΕΑ 862018 σκέψη 12) της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι δεν υφίσταται κατά τα προρρηθέντα μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣΤΕ ΕΑ 86/2018, ΣΤΕ ΟΛ 12-15/2018, πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ ΟΛ 146-148/2016, ΔΕΦΑΘ 26/2019) και την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού η ισχυριζόμενη ζημία της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο που ευρίσκεται η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, δεν δύναται να αποτραπεί με την αναστολή του διαγωνισμού και τον ορισμό προσωρινών μέτρων.

8. Επειδή, περαιτέρω και εν προκειμένω, 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 ανωτέρω (σκέψη 6), ενώ και κατά την κρίση του παρόντος Κλιμακίου δεν υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα όσα έχουν γίνει δεκτά έως τώρα, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει. Επέκεινα και εφόσον ο διαγωνισμός έχει εκ των πραγμάτων προχωρήσει στο επόμενο και τελικό στάδιο, έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων και ανακηρυχθεί ο μειοδότης, σε κάθε, δε, περίπτωση δεν δύναται να υπογραφεί η σύμβαση, το δικαίωμα της προσφεύγουσας και η εύλογη προσδοκία της περί κατακύρωσης σε αυτήν τμημάτων της υπό

Αριθμός απόφασης: Α 405 / 2019

ανάθεση σύμβασης δεν θίγεται σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής της Προσφυγής.

9. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, δεν πληρούται η *ratio* της διάταξης του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 περί χορήγησης προσωρινών μέτρων για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, περιπτώσεις που εν προκειμένω δεν συντρέχουν, το κρινόμενο αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντα.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 26 Αυγούστου, συντάχθηκε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Μαρία Κων. Μανδράκη

Η Γραμματέας

Ελένη Κατσίκια