

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
ΜΟΝΟΜΕΛΕΣ ΚΛΙΜΑΚΙΟ
ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα του στις 17 Ιουνίου 2022 συγκροτούμενο από την Ελευθερία Καλαμιώτη, Μέλος Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., κατόπιν της με αρ. 1203/2022 Πράξης.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνεται στην από 07-06-2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 819/08-06-2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ... (...) και εκπροσωπείται νόμιμα

Κατά της ...(...) –... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα αναστολής της προσβαλλόμενης υπ' αρ. πρωτ. ... Α1 1048690 ΕΞ 2022 από 02-06-2022 απόφασης του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής, καθ' μέρος διατάχθηκε η κατάπτωση υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου, της Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής με αριθμό ..., εκδόσεως

... της προσφεύγουσας. Η προσβαλλόμενη εκδόθηκε στο πλαίσιο της ...1007834 ΕΞ2021(υπ' αριθμ. ... προκήρυξη) Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής με την οποία προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων (μέσω ΕΣΗΔΗΣ), για την ανάθεση παροχής υπηρεσιών ασφαλείας (φύλαξης (CPV): ... «...»), για χρονικό διάστημα δώδεκα (12) μηνών, με δικαίωμα προαίρεσης (παράτασης σύμβασης) για επιπλέον ένα έτος, στο κτίριο επί των οδών ... και ... στο ..., όπου πρόκειται να μεταστεγαστεί η ... της ως άνω αναθέτουσας αρχής. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 100.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 80.645,16 € πλέον ΦΠΑ ύψους: 19.354,84 €), και στο ποσό των 161.292,32 €, ως συνολική αξία της σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης. Κριτήριο κατακύρωσης αποτελεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη

Αριθμός Απόφασης: Α426/2022

προσφορά βάσει τιμής. Η προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 25.01.2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 2.2.2021 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 22.2.2021 και ως ημερομηνία αποσφράγισης αυτών η 26.2.2021. Η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης την 03-06-2022.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 07-06-2022 πληρωμή στη ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης 80.645,16 ευρώ άνευ ΦΠΑ, μη συνυπολογιζόμενης της εκτιμώμενης αξίας του δικαιώματος προαίρεσης.

2. 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

Αριθμός Απόφασης: Α426/2022

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».

3. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: «Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

4. 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 ασφαλιστικού 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).

5. Επειδή, όπως δέχεται η θεωρία και έχει κριθεί και από την Α.Ε.Π.Π. (βλ. ΑΕΠΠ 240/2017), οι βεβαιωτικές πράξεις επαναλαμβάνουν προηγούμενες πράξεις της διοίκησης, χωρίς να έχει μεσολαβήσει νέα ουσιαστική έρευνα από την πλευρά των διοικητικών οργάνων και αρχών. Οι πράξεις αυτές στερούνται εκτελεστότητας, με αποτέλεσμα ο διοικούμενος να μην μπορεί να τις προσβάλει δικαστικά ή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., αφού εκτελεστή είναι μόνον η αρχική πράξη επί της οποίας βασίστηκαν. Οι βεβαιωτικές πράξεις, απλώς επιβεβαιώνουν ήδη υπάρχουσα ρύθμιση και δεν προσβάλλονται ενώπιον των δικαστηρίων, δεδομένου ότι βασική

Αριθμός Απόφασης: Α426/2022

προϋπόθεση του παραδεκτού της αίτησης ακύρωσης ή της προσφυγής κατά πράξεων της διοίκησης αποτελεί ο εκτελεστός χαρακτήρας της προσβαλλόμενης πράξης (Αν. Τάχου Ερμηνεία Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, σελ. 637). Περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία, δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα οι βεβαιωτικές πράξεις των διοικητικών οργάνων, ήτοι οι διοικητικές πράξεις οι οποίες εκδίδονται χωρίς νέα ουσιαστική έρευνα και αποτελούν επιβεβαίωση της αρχικής πράξεως της Διοικήσεως (βλ. ΣΤΕ 1390/2012, 3201/2009, 575/2008, 4596/2006, 1117/2005, 3762/2003, 296/2001, 3217/2000, 1968/2000 κλπ.) και δηλώνουν εμμονή της Διοικήσεως σε προγενέστερη ρύθμιση (βλ. ΣΤΕ 1718/1977, 340/83, 2619/1986, 2771/2011). Όπου η διοίκηση επιβεβαιώνει απλώς προηγούμενη ρύθμιση, δεν πρόκειται για νέα πράξη, έστω και αν εκδόθηκε από προϊστάμενη αρχή της εκδούσας, κατόπιν άσκησης κοινής ιεραρχικής προσφυγής (βλ. Δαγτόγλου Π., Διοικητικό Δικονομικό Δίκαιο, αρ. 522). Επομένως, η προσβολή με προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 επ. του Ν. 4412/2016 των μη εκτελεστών διοικητικών πράξεων είναι απορριπτέα ως απαράδεκτη, καθώς οι βεβαιωτικές πράξεις δεν έχουν τον χαρακτήρα διοικητικής πράξης. Ως εκ τούτου, εκτελεστή διοικητική πράξη, η οποία μπορεί να προσβληθεί αυτοτελώς δικαστικά και ενώπιον της Αρχής είναι μόνο η πράξη της αναθέτουσας αρχής, με την οποία τροποποιούνται ή εισάγονται για πρώτη φορά στοιχεία που δεν είχαν καταστεί γνωστά στους οικονομικούς φορείς με προηγούμενη πράξη της διοίκησης, διαφοροποιούν το περιεχόμενό της και κατά αυτή την έννοια, εισάγουν νέα στοιχεία ή/και αιτιολογία, βλαπτικά και άρα προσβλητέα εκ μέρους του οικονομικού φορέα.

6. Επειδή, οι προϋποθέσεις παραδεκτού ελέγχονται αυτεπαγγέλτως από τον οικείο σχηματισμό της ΑΕΠΠ (και ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.), ανεξαρτήτως προβολής τους από τους συμμετέχοντες (πρβλ. ΣΤΕ 2080/2016) και ανεξαρτήτως τυχόν σχετικής ένστασης απαραδέκτου, εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ή τυχόν παρεμβαίνοντα.

7. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, η αναθέτουσα αρχή εκλήθη από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. να υποβάλλει τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, ενώ με την προσβαλλόμενη αποφασίστηκε ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας από την προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία και διατάχθηκε η κατάπτωση βάσει του άρθρου 72

Αριθμός Απόφασης: Α426/2022

παρ. 2 περ. β του ν. 4412/2016 (όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει) υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου, της Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής με αριθμό ...', εκδόσεως ..., σε συμμόρφωση με την υπ' αρ. Α614/22-03-2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, καθ' ο μέρος αποφασίστηκε η κατάπτωση της ανωτέρω εγγυητικής επιστολής της, για τους προβαλλόμενους με αυτήν λόγους.

8. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, η κρινόμενη προσφυγή απαραδέκτως ασκείται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, η οποία εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την υπ' αρ. Α614/22-03-2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών και είναι βεβαιωτική της υπ' αρ. πρωτ. ... Α 1072988 ΕΞ 2021/27.08.2021 απόφασης του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής, και τούτο διότι ουδόλως εχώρησε νέα ουσιαστική έρευνα περί του γεγονότος του αποκλεισμού της προσφεύγουσας και της κατάπτωσης της επίμαχης εγγύησης συμμετοχής. Συγκεκριμένα, με την υπ' αρ. Α614/22-03-2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών επικυρώθηκε η κρίση που περιλαμβάνεται στην υπ' αρ. 1598/2021 απόφαση του Μονομελούς Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π. (και ήδη Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) και διατηρήθηκε σε ισχύ η υπ' αρ. πρωτ. ... 1072988 ΕΞ 2021/27.08.2021 απόφαση του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής με την οποία είχε αποφασιστεί ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας από την προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία, καθώς και η κατάπτωση της επίμαχης εγγύησης συμμετοχής (βλ. σκέψη 14 της ανωτέρω δικαστικής απόφασης). Ως εκ τούτου, η νομιμότητα της απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας και της κατάπτωσης της εν θέματι εγγυητικής επιστολής έχει καταστεί οριστική και επομένως δεν δύναται να αμφισβητηθεί παραδεκτά η νομιμότητα της προσβαλλόμενης απόφασης του Διοικητή της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε σε συμμόρφωση με την υπ' αρ. Α614/22-03-2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν υφίσταται 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 της από την συνέχιση της διαδικασίας, καθώς, ούτε η επικαλούμενη ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής μπορεί με άλλον τρόπο να

Αριθμός Απόφασης: Α426/2022

αποτραπεί, γιατί δεν έχει καταστεί οριστική, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της και, συνεπώς, δεν υφίσταται έννομο συμφέρον 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.

10. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα χορήγησης αναστολής - προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων της αιτούσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Ιουνίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Το Μέλος

Ελευθερία Καλαμιώτη

Η Γραμματέας

Παναγιώτα Καλαντζή