

Αριθμός απόφασης: Α 455 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 04.10.2019, με την εξής σύνθεση:
Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης
και Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών
μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 26.09.2019 (ημερομηνία κατάθεσης
στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) και με Γενικό Αριθμό
Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
1174/26.09.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την
επωνυμία «.....», που εδρεύει στην,
....., αρ. και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του, που εδρεύει στη, οδός
....., αρ.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει
την ακύρωση της υπ' αριθ. 136/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής
της αναθέτουσας αρχής (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), αναφορικά με την υπ'
αριθ. διακήρυξη για την «.....», καθώς και κάθε άλλης
συναφούς διοικητικής πράξης ή παράλειψης και ίδια της υπ' αριθ. 11.Β.
σύμφωνης γνώμης της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016
κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της.

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα 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.

Αριθμός απόφασης: Α 455 / 2019

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 600,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. διακήρυξη του προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου, κάτω των ορίων, διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης με αντικείμενο την «.....», προϋπολογισμού 99.992,13€ 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 18.12.2018 με ΑΔΑΜ, 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 αντικείμενου του (προμήθεια), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, που αποτελεί μη κεντρική κυβερνητική αρχή και ανήκει στον υποτομέα Ο.Τ.Α., της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου δημοσίευσης (18.12.2019) της προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV 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

Αριθμός απόφασης: Α 455 / 2019

επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 17.09.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 26.09.2019.

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 με πρόδηλο έννομο συμφέρον ασκεί την παρούσα, αφού έλαβε μέρος στον υπό κρίση διαγωνισμό και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος, πλην, όμως, με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκε η προσφορά της κατ' άρθρο 73 παρ. 4 περ. στ' του Ν. 4412/2016 με την αιτιολογία ότι τα επανορθωτικά μέτρα που είχε λάβει, αναφορικά με τις δηλωθείσες στο Τ.Ε.Υ.Δ. περιπτώσεις επαγγελματικών της

Αριθμός απόφασης: Α 455 / 2019

πλημμελειών κατά την εκτέλεση προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, δεν ήταν επαρκή. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι στο υποβληθέν από εκείνη Τ.Ε.Υ.Δ. και στο Κεφάλαιο Γ του Μέρους ΙΙΙ αυτού, ανέφερε δύο περιπτώσεις ανώμαλης εξέλιξης προγενεστέρων δημοσίων συμβάσεων, οι οποίες, εντούτοις δε συνιστούν περιπτώσεις σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας. Ειδικότερα ανέφερε ότι με την υπ' αριθ. 56/2018 απόφαση του Δ.Σ. της ΔΕΥΑ Σύρου καταγγέλθηκε (χωρίς κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής) το υπ' αριθ. 6/2018 συμφωνητικό της με αυτήν και με την υπ' αριθ. 3910/7-6-2018 απόφαση του Προέδρου της ΔΕΥΑ Χίου καταγγέλθηκε το υπ' αριθ. 1838/20-3-2017 συμφωνητικό της με αυτήν και κατέπεσε η εγγυητική επιστολή καλής εκτέλεσης που είχε εκδοθεί για λογαριασμό της, ισχυριζόμενη ότι οι αποφάσεις αυτές είναι παράνομες και αντισυμβατικές. Για το λόγο αυτόν έχει ασκήσει στη μεν πρώτη περίπτωση την υπ' αριθ. ΠΡ289/19.06.2018 προσφυγή της και στη δεύτερη την από 13.06.2018 ενδικοφανή προσφυγή της ενώπιον του ΔΣ της ΔΕΥΑ Χίου, καθώς και την ενώπιον του Μονομελούς Πρωτοδικείου Αθηνών και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης 57453/2018 αίτηση αναστολής εκτέλεσης και ότι με την από 18.06.2018 Προσωρινή Διαταγή του Πρωτοδικείου Αθηνών, ανεστάλη μέχρι την συζήτηση της αιτήσεώς της η εκτέλεση της απόφασης της ΔΕΥΑ Χίου, ενώ και ότι μετά τη συζήτηση αυτής διατηρήθηκε η ισχύς της ανωτέρω Προσωρινής Διαταγής μέχρι την έκδοση απόφασης, η οποία, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της δεν είχε ακόμα εκδοθεί. Με βάση τα ανωτέρω αναφερόμενα, ορθώς - κατά την προσφεύγουσα - κρίθηκε από την αναθέτουσα αρχή ότι δεν συντρέχει ο λόγος αποκλεισμού που προβλέπεται στο άρθρο 2.2.3.4.στ. της διακήρυξης και με την υπ' αριθ. 70/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος για το σύνολο της προμήθειας. Περαιτέρω, και εν τω μεταξύ, ήτοι μετά την έκδοση της απόφασης που ανακήρυξε προσωρινό ανάδοχο την προσφεύγουσα, έπαυσε να υφίσταται το οιοδήποτε ζήτημα σχετικά με την καταγγελία της σύμβασης με την ΔΕΥΑ Χίου, αφού με την υπ' αριθ. Πρωτ. 11-6-2019 απόφασή του Προέδρου αυτής ανακλήθηκε η υπ' αριθ.

Αριθμός απόφασης: Α 455 / 2019

Πρωτ. 3910/7-6-2018 απόφαση περί καταγγελίας της συμβάσεως και αναγνωρίσθηκε ότι αυτή λύθηκε κοινή συναινέσει αμφοτέρων των συμβαλλομένων, ενώ αναφορικά με την περίπτωση της ΔΕΥΑ Σύρου, με την υπ' αριθ. Πρωτ. 75/16-7-2019 απόφαση του Δ.Σ. αυτής ανακλήθηκε η υπ' αριθ. 56/2018 απόφαση καταγγελίας και αναγνωρίσθηκε η κοινή συναινέσει λύση και αυτής της σύμβασης. Κατόπιν της υπ' αριθ. πρωτ 7796/14-5-2019 προσκλήσεως υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και σύμφωνα με το άρθρο 2.2.6.2.Β.1.β.ββ. της διακήρυξης, υπέβαλε την από 17.05.2019 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της, σύμφωνα με την οποία δεν συντρέχουν στο πρόσωπό της οι λόγοι αποκλεισμού που προβλέπονται στο άρθρο 2.2.3.4. και ότι δεν έχει υποπέσει, ούτε σε σοβαρή ούτε σε επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση προηγούμενης δημόσιας σύμβασης. Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή θεώρησε τις προαναφερόμενες περιπτώσεις - τις οποίες η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ανέφερε στο υποβληθέν Τ.Ε.Υ.Δ. της προς απόδειξη προκαταβολικώς ότι δεν συντρέχει περίπτωση σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας, και, για την ακρίβεια, για να αποδείξει ότι είχε ήδη προσφύγει στα αρμόδια Δικαστήρια επικαλούμενη ότι δεν υφίστατο, καν, πλημμέλεια - ως πλημμέλειες, οι οποίες θα μπορούσαν να χαρακτηριστούν ως σοβαρές ή ως επαναλαμβανόμενες και ότι οι δικαστικές προσφυγές που η προσφεύγουσα είχε ασκήσει, συνιστούσαν επανορθωτικά μέτρα και για το λόγο αυτόν - και αφού ζήτησε τη γνώμη της Επιτροπής του άρθρου 73 παρ. 9 του Ν. 4412/2016, η οποία αναρμοδίως εξετάζοντας την υπόθεση, αποφάσισε ότι τα, δήθεν, επανορθωτικά μέτρα που είχε λάβει η προσφεύγουσα δεν ήταν επαρκή, καθόσον, αν και δεν κλήθηκε, δεν προσκόμισε στοιχεία σχετικά με την δικαστική εξέλιξη των προαναφερομένων υποθέσεων - με την προσβαλλόμενη πράξη παρανόμως απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα στην υπό κρίση Προσφυγή.

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

Αριθμός απόφασης: Α 455 / 2019

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. Από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές, είχε ανακηρυχθεί η προσφεύγουσα ως προσωρινός μειοδότης, η οποία και κλήθηκε σε προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης κατ' άρθρο 103 του Ν. 4412/2016, αλλά η προσφορά της εν τέλει αποκλείστηκε με την προσβαλλόμενη πράξη. Τούτων δοθέντων, στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, ουδεμία ανάγκη υφίσταται προς αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων της προσφεύγουσας στο στάδιο της προσωρινής έννομης προστασίας, αφού δεν υφίστανται οι περιστάσεις εκείνες που να καθιστούν αλυσιτελή τυχόν αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής της, οι οποίες και θα αιτιολογούσαν τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Άλλοις λόγοις, στο στάδιο που ευρίσκεται ο υπό κρίση διαγωνισμός, τυχόν παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως απέκλεισε την προσφορά της προσφεύγουσας και δεν ανακήρυξε αυτήν οριστική ανάδοχο, θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της υπό εξέταση Προσφυγής. Κατ' ακολουθία, δεν προκύπτει άμεση βλάβη (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 86/2018 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 υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας, προσωρινά προστατευτέα, η οποία δύναται να

Αριθμός απόφασης: Α 455 / 2019

αποτραπεί με την αναστολή του διαγωνισμού και τον ορισμό προσωρινών μέτρων.

7. 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. 4412/2016 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. Επιπλέον 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 δε δύναται να υπογραφεί η σύμβαση, το δικαίωμα της προσφεύγουσας και η εύλογη προσδοκία της περί κατακύρωσης σε αυτήν οριστικώς του υπό κρίση διαγωνισμού δεν θίγεται σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής της Προσφυγής.

8. 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 της προσφεύγουσας.

Αριθμός απόφασης: Α 455 / 2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 4 Οκτωβρίου 2019, συντάχθηκε αυθημερόν από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στις 7 Οκτωβρίου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Γερασιμούλα–Μαρία Δρακονταειδή

Ελένη Κατσικά