

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 30 Ιουνίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ειρήνη Αψοκάρδου και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνεται στην από 20/6/2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 877/21-6-2022 προδικαστική προσφυγή της ένωσης οικονομικών φορέων (η προσφεύγουσα) με μέλη: α) την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία ...» και τον διακριτικό τίτλο «...» και β) την ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία ...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (η αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα αναστολής – χορήγησης προσωρινών μέτρων, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθ. 675/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (αριθμός Πρακτικού 14/3-6-2022), κατά το μέρος της με το οποίο αποκλείστηκε η προσφεύγουσας από τον διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου εκπόνησης της «...» (1ο Υποέργο)».

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε, εισπράχθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 Ν. 4412/2016 και 5 ΠΔ 39/2017, παράβολο ποσού 5.035,00 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ποσού 1.006.777,66 ευρώ άνευ ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).

2. Επειδή, με Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής εγκριθείσα με την υπ' αριθ. 268/2022 (πρακτικό Νο 05/17-03-2022) (ΑΔΑ ...) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της προκηρύχθηκε ανοικτός διεθνής ηλεκτρονικός

Αριθμός απόφασης: Α462/2022

διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου εκπόνησης της ...» εκτιμώμενης αξίας 1.006.777,66 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24%. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 10/5/2022. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν πέντε (5) συνολικά οικονομικοί φορείς και ενώσεις οικονομικών φορέων, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα. Με το Πρακτικό 1 περί αποσφράγισης και αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής/τεχνικών προσφορών η Επιτροπή Διαγωνισμού αφενός εισηγήθηκε την απόρριψη δύο (2) ενώσεων οικονομικών φορέων, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, με την αιτιολογία ότι, παρά το γεγονός ότι *«το σύνολο των μελετών της διακήρυξης γίνεται υποχρεωτικά από συμμετέχοντα στην ένωση οικονομικό φορέα και δεν μπορεί να γίνει από άλλο φορέα στον οποίο βασίζονται οι διαγωνιζόμενοι και άρα ουσιαστικά δεν επιτρέπεται η στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (δάνεια εμπειρία) σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης»*, οι αποκλειόμενες ενώσεις *«δηλώνουν την στήριξη τους σε άλλους οικονομικούς φορείς για την εκπλήρωση απαιτήσεων των κριτηρίων επιλογής και ειδικότερα της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας της παραγράφου 19.3 της διακήρυξης»* και αφετέρου αξιολόγησε και βαθμολόγησε τις τεχνικές προσφορές των λοιπών τριών (3) συμμετεχουσών. Το ανωτέρω πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού επικυρώθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποκλείστηκαν από τον διαγωνισμό δύο διαγωνιζόμενες ενώσεις οικονομικών φορέων, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, και προκρίθηκαν στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού οι λοιπές τρεις συμμετέχουσες, κατόπιν της βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών τους.

3. 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,*

Αριθμός απόφασης: Α462/2022

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».

4. Επειδή, η χορήγηση αναστολής – προσωρινών μέτρων σκοπεί στην αποτροπή καταστάσεων ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού, προκειμένου, περαιτέρω, να μην καταστεί αλυσιτελής τυχόν αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής.

5. 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).

6. Επειδή, η προκείμενη προσφυγή, στην οποία περιλαμβάνεται το υπό κρίση αίτημα αναστολής, δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη. Περαιτέρω, για την οριστική κρίση περί του παραδεκτού και περί του βάσιμου της προσφυγής και ενός εκάστου των προβαλλόμενων λόγων, απαιτείται ενδελεχής έρευνα και εκτίμηση των

Αριθμός απόφασης: Α462/2022

στοιχείων του φακέλου του διαγωνισμού και των προσφορών, στη βάση των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας νομοθεσίας, οι οποίες δεν μπορούν να ολοκληρωθούν στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας, ιδίως ενόψει των στενών χρονικών ορίων που τάσσει ο νόμος για την έκδοση απόφασης (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

7. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν ελεγχθεί τα δικαιολογητικά συμμετοχής και έχουν αξιολογηθεί και βαθμολογηθεί οι τεχνικές προσφορές, ενώ δεν έχουν ακόμη ανοιχθεί οι οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων.

8. Επειδή, η επάνοδος στο στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και της αξιολόγησης και βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών δεν είναι επιτρεπτή μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών. Ειδικότερα, σε περίπτωση που ο διαγωνισμός διενεργείται με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, όπου λαμβάνει χώρα αξιολόγηση και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών – όπως στην προκείμενη περίπτωση - δεν δύνανται νομίμως να αξιολογηθούν και βαθμολογηθούν οι τεχνικές προσφορές με γνωστά τα στοιχεία των οικονομικών προσφορών Και τούτο, διότι εκ νέου αξιολόγηση τεχνικής προσφοράς με γνωστές ήδη τις οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων είναι ανεπίτρεπτη, αφού παραβιάζει την αρχή της μυστικότητας των οικονομικών προσφορών και δεν διασφαλίζει συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού υπό συνθήκες διαφάνειας με βάση την αρχή της ίσης μεταχείρισης των συμμετεχόντων (πρβλ. ΣτΕ 2283/2006, ΕΑ ΣτΕ 2173/2009, 1177/2009, σκ. 9, 966/2009, σκ. 10, 998/2009, σκ. 11, 776/2008, 277/2008, σκ. 5, 271/2008, σκ. 10, 162/2007, 163/2007, 373/2007, 374/2007, 1100/2006, 852/2005, 226/2004, 613/2004, ΔΕφΑθ 995/2022, ΔΕφΠειρ 143/2020, σκ .5, ΔΕφΑθ 481/2019 *a contrario* κ.α.)

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, σε περίπτωση ευδοκίμησης της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής, η αξιολόγηση και βαθμολόγηση της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας, η οποία δεν έλαβε χώρα στο οικείο στάδιο του διαγωνισμού λόγω του αποκλεισμού της, θα καταστεί ανέφικτη – σύμφωνα με την ανάπτυξη που προηγήθηκε -, εάν στο μεταξύ έχει συνεχιστεί η προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία, και, ειδικότερα, εάν έχουν

Αριθμός απόφασης: Α462/2022

αποσφραγιστεί οι οικονομικές προσφορές. Συνεπώς, στο παρόν στάδιο, υφίσταται κατ' αρχήν λόγος χορήγησης αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής τυχόν αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής και να αποτραπούν καταστάσεις ανεπανόρθωτες ή δύσκολα αναστρέψιμες λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε απόψεις, στις οποίες ανέφερε ότι η διαγωνιστική διαδικασία μπορεί να ανασταλεί μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής από την Αρχή. Ωστόσο, μέχρι και την ημερομηνία έκδοσης της παρούσας η πρόοδος του διαγωνισμού δεν έχει επισήμως ανασταλεί από την αναθέτουσα αρχή.

11. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ενόψει των προθεσμιών των άρθρων 365 παρ. 4 και 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, η λήψη προσωρινών μέτρων, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής, θα αποτρέψει βλάβη της προσφεύγουσας, χωρίς να καθυστερήσει υπέρμετρα τον διαγωνισμό, ώστε να προστατευθεί και το δημόσιο συμφέρον για ταχεία περάτωση αυτού.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα χορήγησης αναστολής - προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων της αιτούσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, και ιδίως το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, μέχρι την έκδοση απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ επί της προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30 Ιουνίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ