

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 19 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 7.01.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 47/10.01.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...», με διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει επί της οδού ..., ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της «... και κατά της 1813/2021 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής

(πρακτικό Νο 34/22-12-2021), που αφορά στην έγκριση του 1ου πρακτικού της Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο στο Τμήμα Β του διαγωνισμού *«Σχεδιασμός και ανάπτυξη ψηφιακών εφαρμογών για την προβολή του έργου»*, έγιναν δεκτές οι προσφορές των οικονομικών φορέων «...» και «...», εφεξής «η προσβαλλομένη».

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

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

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 2.419,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Το παράβολο υπολογίστηκε βάσει του συνολικού ποσού της σύμβασης (Τμήματα Α και Β), ποσού 483.870,97 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%. Πλην, όμως, δεδομένου ότι η σύμβαση υποδιαιρείται σε δύο ξεχωριστά τμήματα και η υπό κρίση προσφυγή ασκείται στο πλαίσιο του τμήματος Β, το ποσό του παραβόλου υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ του τμήματος Β της σύμβασης στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, ποσού 174.520,97 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (αρ. 363 παρ.2 Ν.4412/2016). Συνεπώς εκ του καταβληθέντος παραβόλου, που υπολογίστηκε βάσει του συνολικού ποσού της σύμβασης (Τμήματα Α και Β), ποσό 1.549,60, που αποτελεί το υπερβάλλον ποσό $[2.419,50 - 872,60 (174.520,97 \times 0,5\% = 872,60) = 1549,60]$ θα πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα, ανεξαρτήτως έκβασης της προσφυγής.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την με αρ.πρωτ. ... διακήρυξη προκήρυξε Ανοικτό Διεθνή Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό επιλογής αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών που περιλαμβάνεται στο υποέργο Νο 1 της Πράξης: «Ανάδειξη του Ευρωπαϊκού Ορειβατικού Μονοπατιού ... ως εργαλείου για την ανάπτυξη και προβολή του Τουρισμού της ...», με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά επί τη βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής. Σύμφωνα με το άρθρο 1.3. της διακήρυξης, για την αρτιότερη εκτέλεση της σύμβασης, υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα: Τμήμα Α: Αποτύπωση διαδρομών, αξιολόγηση και επεξεργασία υλικού τεκμηρίωσης, σχεδιασμός και παραγωγή έντυπου υλικού προβολής και σήμανσης. Τμήμα Β: Σχεδιασμός και ανάπτυξη ψηφιακών εφαρμογών για την προβολή του έργου. Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : Τμήμα Α: ... Πινακίδες μονίμων μηνυμάτων ... Υπηρεσίες εκτύπωσης και συναφείς υπηρεσίες, ... Φωτογραφικές και συναφείς

Αριθμός Απόφασης: Α 51/2022

Υπηρεσίες, ... Υπηρεσίες Μετάφρασης ... Υπηρεσίες χαρτογράφησης. Τμήμα Β: ... Υπηρεσίες προγραμματισμού λογισμικού εφαρμογών, ... Υπηρεσίες ανάπτυξης λογισμικού επεξεργασίας ιστοσελίδων, ... Υπηρεσίες διαφήμισης, ... Υπηρεσίες ψηφιακής χαρτογράφησης. Προσφορές υποβάλλονται για κάθε Τμήμα ξεχωριστά. Κάθε προσφέρων δύναται να υποβάλει προσφορά σε ένα ή και στα δυο τμήματα του έργου. Δεν γίνονται δεκτές και απορρίπτονται ως απαράδεκτες προσφορές που υποβάλλονται για μέρος Τμήματος ή προσφορές που υποβάλλονται ενιαία για το σύνολο των Τμημάτων του έργου. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 483.870,97 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (εκτιμώμενη αξία συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ: 600.000,00 €) και ανά τμήμα: Τμήμα Α: Αποτύπωση διαδρομών, αξιολόγηση και επεξεργασία υλικού τεκμηρίωσης, σχεδιασμός και παραγωγή έντυπου υλικού προβολής και σήμανσης. Προϋπολογισμός 383.594,00 € με ΦΠΑ 24% (309.350,00 € + 74.244,00 € ΦΠΑ 24%). Τμήμα Β: Σχεδιασμός και ανάπτυξη ψηφιακών εφαρμογών για την προβολή του έργου. Προϋπολογισμός 216.406,00 € με ΦΠΑ 24% (174.520,97 € + 41.885,03 € ΦΠΑ 24%). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται σε είκοσι (20) μήνες. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της παρούσας διακήρυξης.

3. Επειδή, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 31-08-2021 με ΑΔΑΜ ... Τα έγγραφα της παρούσας διαδικασίας δημόσιας σύμβασης καταχωρήθηκαν στο σχετικό ηλεκτρονικό χώρο του ΕΣΗΔΗΣ- Δημόσια Έργα και αναρτήθηκαν στη Διαδικτυακή Πύλη(www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ με αρ. ...

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 εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 7-01-2021, δεδομένου ότι ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 28-12-2021, οπότε του κοινοποιήθηκε μέσω ανάρτησής της στη λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Επίσης ασκήθηκε με τη

χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα την 28.12.2021 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, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία στο τμήμα Β συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και οι οικονομικοί φορείς «...» και «....». Δυνάμει της προσβαλλομένης, που αφορά στην έγκριση του 1ου πρακτικού Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης, έγιναν και οι τρεις τεχνικές προσφορές δεκτές και ο προσφεύγων έλαβε βαθμολογία 107,85, έναντι των έτερων διαγωνιζόμενων εταιρειών ... που έλαβε 101,2 βαθμούς και της ... που έλαβε 103,2 βαθμούς. Συνεπώς, με έννομο συμφέρον ασκείται η υπό κρίση προσφυγή καθώς ο προσφεύγων συμμετέχει νόμιμα στη διαγωνιστική διαδικασία κι επικαλείται ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη αποδοχή των προσφορών των έτερων συνδιαγωνιζομένων του και όφελος από την ανάδειξη του ίδιου ως αναδόχου.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 10-01-2021 προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 53/2022 Πράξη του Προέδρου του 4ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή έστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 14-01-2021 απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων, με τις οποίες ισχυρίζεται ότι: *«η χορήγηση αναστολής εκτέλεσης[...]θα καθυστερήσει τη διαγωνιστική διαδικασία με κίνδυνο τη μη ολοκλήρωση της πράξης μέχρι την ημερομηνία που ολοκληρώνεται το Επιχειρησιακό Πρόγραμμα».*

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

11. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. 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[...].».

12. 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.

13. 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).

14.Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας των ισχυρισμών-αιτιάσεων όπως προβάλλεται από τον αιτούντα, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε ενδικοφανές επίπεδο, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία.

15. Επειδή, α) η υπό κρίση Προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) ενδέχεται να υφίσταται βλάβη του αιτούντος από την προσβαλλόμενη πράξη, γ) οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία (αναστολή) δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη διάρκεια, δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής. Περαιτέρω, πέραν του γεγονότος ότι - ως προελέχθη - δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από την αναθέτουσα αρχή, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της, δηλαδή, σε σχέση με τη χορήγηση προσωρινών μέτρων, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του σε περίπτωση χορήγησης προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να

Αριθμός Απόφασης: Α 51/2022

ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη. Επομένως παρίσταται πρόδηλη η αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να δίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

Διατάσσει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 19η Ιανουαρίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ