

Αριθμός απόφασης: Α 532 / 2018

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 6 Δεκεμβρίου 2018, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 1265/30-11-2018 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», η οποία εδρεύει στην οδό αρ.,, τ.κ....., στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθμό πρωτ.: διακήρυξη (Α/Α Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την επιλογή αναδόχου για την υλοποίηση του Έργου «.....» της Πράξης: «.....» του Άξονα Προτεραιότητας «.....», η οποία έχει ενταχθεί στο Επιχειρησιακό Πρόγραμμα «.....», με βάση την απόφαση ένταξης με αριθ. πρωτ. 3098/29.11.2017 (ΑΔΑ:) καθώς και την υπ' αριθ. πρωτ. 2589/06.08.2018 (ΑΔΑ:.....) τροποποίηση της ΕΥΔ ΕΠ και έχει λάβει κωδικό MIS, που στρέφεται ειδικότερα κατά της Απόφασης 39/23.11.2018 του Ειδικού Επταμελούς Οργάνου της Επιτροπής Ερευνών και Διαχείρισης του και των διαλαμβανόμενων σε αυτή Πρακτικών Α' και Β' της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού και Αξιολόγησης Προσφορών του ηλεκτρονικού διαγωνισμού, με την οποία η προσφεύγουσα εταιρεία αποκλείστηκε από τον ως άνω διαγωνισμό και, έγινε δεκτή η προσφορά της συνυποψήφιας εταιρείας Η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ την 30-11-2018, οπότε και και χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 30-11-2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής.

Αριθμός απόφασης: Α 532 / 2018

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης πράξης με σκοπό την αποδοχή της προσφοράς της και τον αποκλεισμό της προσφοράς της εταιρείας

Στην υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα σώρευσε και αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας με το οποίο ειδικότερα αιτείται να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλομένης απόφασης έως την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α΄ και β΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368»*

2. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: *«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*

Αριθμός απόφασης: Α 532 / 2018

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. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων»

3. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

4. 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*».

5. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση

Αριθμός απόφασης: Α 532 / 2018

της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

6. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

7. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε κριθεί από την ΑΕΠΠ, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως 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. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προκείμενης προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντος φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

8. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 345 «Πεδίο εφαρμογής»: «1.Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 345 έως 374) εφαρμόζονται στις

Αριθμός απόφασης: Α 532 / 2018

διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του παρόντος νόμου, καθώς και τροποποίησης αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους».

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών»: «Οι διατάξεις του παρόντος εφαρμόζονται: α) στις διαφορές που ανακύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων του ν. 4412/2016, καθώς και των τροποποιήσεων αυτών, με εκτιμώμενη αξία ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ και ανεξάρτητα από τη φύση τους (άρθρο 345 παρ. 1 ν. 4412/2016)[...]».

10. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 127 Ν.4412/2016 «Ενστάσεις που ασκούνται κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων «με εκτιμώμενη αξία κατώτερη ή ίση των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ» (χωρίς Φ.Π.Α.) – Παράβολο: «1. Για δημόσιες συμβάσεις «με εκτιμώμενη αξία κατώτερη ή ίση των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ» (χωρίς Φ.Π.Α.), σε περίπτωση ένστασης κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία άσκησης της είναι πέντε (5) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα[...].2. Η ένσταση υποβάλλεται ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, η οποία αποφασίζει, σύμφωνα με τα οριζόμενα και στο άρθρο 221, εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της ένστασης η οποία μπορεί να γίνει και με ηλεκτρονικά μέσα σύμφωνα με το άρθρο 376 παράγραφος 1[...]. Το ανωτέρω, πρώτο εδάφιο της παρ. 1 τροποποιήθηκε ως άνω με τις παραγράφους 31 και 32 αντίστοιχα του Ν.4497/2017, ΦΕΚ Α 171/13.11.2017.

11. Επειδή, εν προκειμένω, σύμφωνα με την Προκήρυξη (περίληψη διακήρυξης) του διαγωνισμού και, ειδικότερα την παράγραφο με τίτλο «Προϋπολογισμός» (σελ. 4) της διακήρυξης: «Προϋπολογισμός : Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των εβδομήντα τεσσάρων χιλιάδων τετρακοσίων ευρώ (74.400,00€) συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%

Αριθμός απόφασης: Α 532 / 2018

(προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 60.000,00€ ΦΠΑ: 14.400,00€)[...]». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της διακήρυξης «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης» : «[...]ΣΥΝΟΛΟ-ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΤΙΜΗ ΠΡΟ ΦΠΑ 60.000 Ευρώ[...]».

12. Επειδή, ενόψει των ως άνω, δεν πληρούται η προϋπόθεση του προδήλως παραδεκτού της προσφυγής (βλ. σκ. 7), αφού η ΑΕΠΠ εν προκειμένω είναι καθ' ύλην αναρμόδια.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν της προηγούμενης σκέψης το αίτημα αναστολής πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων της αιτούσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 6 Δεκεμβρίου 2018, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Όλγα Θάνου