

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 4-11-2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή (δυνάμει της υπ' αριθμ. 159/2021 Πράξης της ασκούσας καθήκοντα Προέδρου ΑΕΠΠ) και Μαργαρίτα Κανάβα Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 25.10.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2005/26-10-2021 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αρ. 1771/13.10.2021 απόφασης του Υπουργού με θέμα «.....», με την οποία εκδηλώθηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας από τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία, ως και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη του και της Διοίκησης εν γένει με την οποία εκδηλώνεται η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας από τη διαγωνιστική διαδικασία. Η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Κουρή Σταυρούλα.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α 532/2021

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 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό.....), δεδομένου ότι η προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 700.920.135€, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την με α.π. 1068 - 22.06.2021 (ΑΔΑ:) απόφαση του εγκρίθηκε το Τεύχος Πρόσκλησης Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών (Β΄ Φάση, Στάδιο II) του Διεθνούς Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με την Διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου για το έργο «.....» (με ΑΔΑΜ:.....) και προσκλήθηκαν οι προεπιλεγέντες της Α΄ Φάσης του διαγωνισμού βάσει της υπ' αρ. πρωτ. 552-Γ/27.04.2020 απόφασης του Υπουργού Επικρατείας (ΑΔΑ:), οι οποίοι έχουν το αποκλειστικό δικαίωμα συμμετοχής στη Φάση Β.ΙΙ του διαγωνισμού, να υποβάλουν δεσμευτική προσφορά στον διαγωνισμό, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο συνημμένο στην Πρόσκληση τεύχος μέχρι την 17η Σεπτεμβρίου 2021 και ώρα 14:00. Με την προσβαλλόμενη υπ' αρ. 1771/13-10-2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, η οποία αναρτήθηκε στη λειτουργικότητα ΕΠΙΚΟΙΝΩΝΙΑ του ΕΣΗΔΗΣ στις 13-10-2021, εγκρίθηκαν τα υπ' αρ. 7/24.09.2021, 8/04.10.2021, 9/04.10.2021 και 10/12.10.2021 Πρακτικά της Επιτροπής Διενέργειας/Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του Διεθνούς Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τη διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου για την Ανάθεση με τίτλο "....." και βαθμολογήθηκαν οι τεχνικές προσφορές των οι δύο συμμετεχόντων στη φάση αυτή οικονομικών φορέων «.....» και «.....».

3. Επειδή, με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή η εταιρία «.....» βάλλει κατά της ανωτέρω υπ' αρ. 1771/13-10-2021 απόφασης διότι, ως ισχυρίζεται, η προσφορά της, καίτοι υποβλήθηκε την Παρασκευή, 17 Σεπτεμβρίου 2021 και προ της παρέλευσης της ταχθείσας με την υπ' αρ. 1068/22.6.2021 Απόφαση προθεσμίας, ήτοι πριν από τις 14:00, εντούτοις δεν έλαβε αριθμό πρωτοκόλλου της αναθέτουσας αρχής. Τούτο διότι, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, καθώς ο εκπρόσωπος της ΔΕΗ ανάρτησε τους φακέλους που προέβλεπε η

Αριθμός απόφασης: Α 532/2021

προκήρυξη και επίσης «πάτησε» το πλήκτρο για ολοκλήρωση της διαδικασίας υποβολής (softkey της πλατφόρμας), ωστόσο, για λόγους που αφορούν στη λειτουργικότητα της πλατφόρμας ΕΣΗΔΗΣ, ζητήθηκε από την πλατφόρμα η προσθήκη/απάντηση ενός πεδίου (παραπομπή), το οποίο όμως δεν αφορούσε τους τρεις φακέλους της προσφοράς που προβλέπονταν από τη διακήρυξη, οι οποίοι είχαν ήδη αναρτηθεί. Μέχρι ο χειριστής να ανταποκριθεί σε αυτό το αίτημα, η πλατφόρμα «έκλεισε» με αποτέλεσμα να μην εκδοθεί η ηλεκτρονική απόδειξη υποβολής της προσφοράς της προσφεύγουσας. Τούτο είχε ως συνέπεια, κατά την προσφεύγουσα, παρότι η Δεσμευτική Προσφορά της (μετά του συνόλου των απαιτούμενων από τη διακήρυξη συνοδευτικών εγγράφων) αναρτήθηκε εγκαίρως και ομοίως πατήθηκε το πλήκτρο για την ολοκλήρωση της διαδικασίας υποβολής, αμφότερες ενέργειες πριν από τις 14.00, η ΔΕΗ να φέρεται ως μη έχουσα υποβάλει (ηλεκτρονικώς) Δεσμευτική Προσφορά. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι με το υπ' αρ. ΔΣΕΣ/ΕΚ 142228/271/22.9.2021 και με α.π. 1599/22.9.2021 έγγραφό της κατατέθηκε σε έντυπη μορφή και σε σφραγισμένους φακέλους πλήρες ακριβές αντίγραφο της υποβληθείσας στην Ηλεκτρονική Πλατφόρμα Δεσμευτικής Προσφοράς της. Την ίδια ημέρα υπέβαλε, ως αυτή προβάλλει, και σχετικό αίτημα προς την αναθέτουσα αρχή ζητώντας της να της βεβαιώσει ότι έχει υποβληθεί εγκύρως η δεσμευτική προσφορά της. Με το με α.π. ΕΜΠ211/30.09.2021 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή της απάντησε ότι επί του ζητήματος αυτό θα αποφανθεί η Επιτροπή Αξιολόγησης/Διεξαγωγής του Διαγωνισμού. Η προσφεύγουσα δηλώνει ότι πληροφορήθηκε την προσβαλλόμενη απόφαση στις 20.10.2021 κατόπιν αναζήτησης στο Πρόγραμμα «Διαύγεια» και άνευ οιασδήποτε κοινοποίησης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ. 1886/4-11-2021 έγγραφό της απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας. Με τις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι το αίτημα της προσφεύγουσας για έκδοση απόφασης αναστολής στην υπό κρίση υπόθεση πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτο, αόριστο και αναπόδεικτο, νόμω δε και ουσία αβάσιμο, περαιτέρω δε, γιατί η επικληθείσα από την προσφεύγουσα βλάβη οφείλεται σε αδυναμία εκ μέρους της προσφεύγουσας να προβεί στις απαραίτητες

Αριθμός απόφασης: Α 532/2021

διαδικαστικές ενέργειες για την υποβολή της προσφοράς της μέσω του ΕΣΗΔΗΣ (αδυναμία εκ μέρους του χρήστη του συστήματος και όχι σφάλμα του συστήματος), σύμφωνα με τα όσα αναλυτικά επιφυλάσσεται η αναθέτουσα αρχή να εκθέσει με τις έγγραφες απόψεις της επ' αυτής, κατά το άρθρο 365 παρ. 1 ν. 4412/2016. Ανεξαρτήτως, πάντως, των ανωτέρω, δηλώνεται ότι η αναθέτουσα αρχή, λόγω της φύσης της διαγωνιστικής διαδικασίας και του σταδίου κατά το οποίο ευρίσκεται (βαθμολόγηση τεχνικών προσφορών), προτίθεται να αναστείλει οικειοθελώς την πρόοδό της μέχρι την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής, χωρίς, ωστόσο, να αναφέρει ρητώς ή να προκύπτει σαφώς ότι έχει αποφασιστεί η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης από την ΑΕΠΠ (βλ. και απόφαση 6^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ Α 409/2021, σκ.8, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου).

5. 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 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*

Αριθμός απόφασης: Α 532/2021

χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

6. 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).

7. 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».*

8. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη. Περαιτέρω, για την οριστική κρίση περί του παραδεκτού και της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής απαιτείται ενδελεχής έρευνα των στοιχείων του φακέλου του διαγωνισμού στη βάση των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), καθώς και, ενδεχομένως, ερμηνείας όρων αυτών, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων και από αρμόδιους προς τούτο φορείς προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

9. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση όπου έχουν αξιολογηθεί και βαθμολογηθεί οι τεχνικές προσφορές και δεν έχουν ανοιχθεί οι οικονομικές προσφορές.

Αριθμός απόφασης: Α 532/2021

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία της από τη συνέχιση της διαδικασίας και άρα υφίσταται έννομο συμφέρον για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς 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.

11. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της υπό εξέταση προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

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

13. Επειδή κατά τη μειοψηφούσα γνώμη του Μέλους Μ. Κανάβα, δοθέντος ότι, ως αναφέρεται υπό σκέψη 4, η αναθέτουσα αρχή, λόγω της φύσης της διαγωνιστικής διαδικασίας και του σταδίου κατά το οποίο ευρίσκεται, δήλωσε την πρόθεσή της να αναστείλει οικειοθελώς την πρόοδο του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής, καθίσταται αλυσιτελής η εξέταση του αιτήματος χορήγησης προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται, κατά πλειοψηφία, το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό εξέταση προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

Αριθμός απόφασης: Α 532/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4 Νοεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 5 Νοεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ