

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Αυγούστου 2022, με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής που σωρεύεται στην με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1161/17.08.2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία "...", όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ... (εφεξής αναθέτων φορέας), νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Με την προσφυγή επιδιώκεται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αρ. 139/29-07-2022 απόφαση του Δ.Σ. της ..., να ανακηρυχθεί εκ νέου ανάδοχος, και να κατακυρωθεί σε αυτή η σύμβαση για την ΟΜΑΔΑ Α του εν λόγω Διαγωνισμού, ήτοι για την «... Συγχρόνως αιτείται την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της παρούσας καταβλήθηκε το οφειλόμενο παράβολο ύψους 735,00 € (βλ. προσκομιζόμενα το με κωδικό ... ηλεκτρονικό παράβολο, εκτύπωση οθόνης από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (ΓΓΠΣ), στην οποία το ως άνω παράβολο εμφανίζεται με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» και την εκτύπωση οθόνης από το ηλεκτρονικό σύστημα της οικείας Τράπεζας, στην οποία εμφανίζεται η πληρωμή του παραπάνω παραβόλου.

2. Επειδή, η προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ.

1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ. Ο ένδικος διαγωνισμός, λόγω αντικειμένου και προϋπολογιζόμενης δαπάνης, καθώς και της νομικής φύσεως και δραστηριότητας του αναθέτοντος φορέα στον τομέα της ενέργειας, υπάγεται στο Βιβλίο II του Ν.4412/2016.

3. Επειδή, την 10/05/2022 η προσφεύγουσα υπέβαλε προσφορά για τον δημόσιο μειοδοτικό διαγωνισμό προμήθειας της ...με ονομασία «...». Ειδικότερα, συμμετείχε σε τμήμα του εν λόγω Διαγωνισμού και συγκεκριμένα στο πρώτο τμήμα (ΟΜΑΔΑ Α) για την ..., προϋπολογισμού 147.000,00€ πλέον ΦΠΑ 17%. Στον εν λόγω διαγωνισμό κατετάγη πρώτη στον πίνακα συμμετεχόντων της «...» με προσφορά 103.500,00€ και ποσοστιαία έκπτωση 29,59%. Για τον λόγο αυτό εκδόθηκε το υπ' αρ. πρωτ. 2242/16-05-2022 Πρακτικό Αξιολόγησης Δικαιολογητικών Συμμετοχής, Τεχνικών και Οικονομικών Προσφορών του Ανοιχτού Ηλεκτρονικού Δημόσιου Διαγωνισμού για την «...» από την Επιτροπή Διαγωνισμού που εγκρίθηκε με την υπ' αρ. 94/2022 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της ... ανακηρύσσοντας την προσφεύγουσα προσωρινό ανάδοχο. Κατόπιν, της κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ η υπ' αρ. πρωτ. ... Πρόσκληση με θέμα «... (Συστημικός Αριθμός ΕΣΗΔΗΣ ...) με την οποία η Επιτροπή Διαγωνισμού την κάλεσε την 28/06/2022 ώστε να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης/προσωρινού αναδόχου σύμφωνα με το άρθρο 2.2.9.2 της Διακήρυξης. Τα δικαιολογητικά αυτά κοινοποιήθηκαν στην Αναθέτουσα Αρχή μέσω ΕΣΗΔΗΣ την 8/7/2022. Κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών και αφού διαπιστώθηκαν ελλείψεις σε αυτά που ανάγονταν σε έλλειψη του απαιτούμενου Πιστοποιητικού Διαπίστευσης και άδειας λειτουργίας του εργαστηρίου που έχει εκπονήσει τις Μελέτες Σύνθεσης ασφαλικού σκυροδέματος τύπου ΑΣ 12,5 και τύπου ΑΣ 20, τις οποίες συμπεριλάμβανε στην υποβολή δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, τις οποίες συμπεριέλαβε και προσκόμισε στην αναθέτουσα αρχή, η Επιτροπή Διαγωνισμού την προσκάλεσε για υποβολή συμπληρωματικών στοιχείων για τον εν λόγω διαγωνισμό με το υπ' αρ. πρωτ. 3283/12-07-2022 κατά τη

διαδικασία του άρθρου 103 ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε από το άρθρο 43 του ν. 4782/2021, και λαμβάνοντας υπόψιν το άρθρο 310 του ίδιου νόμου. Την 4η Αυγούστου 2022 κοινοποιήθηκε το Πρακτικό 2 της Επιτροπής Διαγωνισμού, με αριθμό πρωτ. 3241/11-07-2022, με το οποίο η Επιτροπή εισηγείτο, την απόρριψη της από τον Διαγωνισμό με την δικαιολογία ότι η προσφορά της πληροί μερικώς τις απαιτήσεις της Διακήρυξης, καθότι, σύμφωνα με την Επιτροπή Διαγωνισμού «από την εξέταση των Μελετών Σύνθεσης ασφαλικού σκυροδέματος, η Επιτροπή διαπίστωσε ότι τα αδρανή υλικά που χρησιμοποιήθηκαν για να γίνουν οι Μελέτες Σύνθεσης των δύο τύπων ασφαλικού σκυροδέματος είναι θραυστά ανακυκλωμένα υλικά προέλευσης από τη μονάδα Αποβλήτων από Εκσκαφές, Κατασκευές και Κατεδαφίσεις (ΑΕΚΚ) ..., σε αντίθεση με την απαίτηση που αναφέρεται στην ενότητα «ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ» του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης του διαγωνισμού, όπου ορίζεται ρητά ότι: Για την παρασκευή του ασφαλτομίγματος δεν θα χρησιμοποιηθούν μείγματα ασφάλτου από ανακύκλωση ασφαλικών στρώσεων. Το ασφαλτόμιγμα θα παρασκευάζεται εν θερμώ, σε κατάλληλη εγκατάσταση, με θραυστά υλικά λατομείου". Η ως άνω απαίτηση αναφέρεται και στην ενότητα «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ» του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι της διακήρυξης του διαγωνισμού, όπου ορίζεται ρητά ότι: Αντικείμενο της παρούσας μελέτης είναι η προμήθεια ασφαλτομίγματος παρασκευαζόμενου εν θερμώ σε κατάλληλη εγκατάσταση με θραυστά αδρανή υλικά λατομείου...". Στο πλαίσιο του ανωτέρω Πρακτικού 2, εκδόθηκε η υπ' αρ. 139/29-07-2022 απόφαση, η οποία αναρτήθηκε την 3η Αύγουστου 2022 στο Πρόγραμμα Διαύγεια, και με την οποία εγκρίνεται το υπ' αριθ. πρωτ. 3241/11-07-2022 πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την «...» και απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου της ΟΜΑΔΑΣ Α: ..., «...», δεδομένου ότι από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά διαπιστώθηκε ότι το προσφερόμενο υλικό δεν πληροί τις Τεχνικές Προδιαγραφές της μελέτης και ανακηρύσσει νέο προσωρινό ανάδοχο.

4. Επειδή, η εξεταζόμενη προσφυγή παρούσα ασκείται παραδεκτώς δε και εμπροθέσμως, εντός δηλ. δέκα (10) ημερών από την πλήρη και πραγματική γνώση της προσβαλλόμενης στις 05/08/2022 κατά δήλωση της προσφεύγουσας, αφού η προσφυγή ασκήθηκε στις 16/08/2022. Η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής στις 19/08/2022.

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 χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων.». Οίκοθεν προκύπτει ότι η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεύει 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 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.

6. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν, 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. 4412/2016, 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, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το μη προδήλως απαράδεκτο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.), γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων 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.

8. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε, δε, περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται, κατά τα προαναφερόμενα,

συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, θεμελιώνοντας έτσι –καταρχήν - το έννομο συμφέρον της ως στοιχείο του παραδεκτού της υπό εξέταση αίτησης, το οποίο σε κάθε περίπτωση θα αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης εκ νέου κατά την εξέτασης της προσφυγής για την έκδοση οριστικής απόφασης. Ενόψει, δε, των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή, καθίσταται προφανές ότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 46/2015, 41/2015, 35/2015, 10/2015, 9/2015). Συνεπώς από την επισκόπηση του φακέλου δεν υφίσταται προστατευτέο δικαίωμα της προσφεύγουσας προς διασφάλιση στο στάδιο της προσωρινής έννομης προστασίας καθώς ο επίδικος διαγωνισμός βρίσκεται ήδη στο στάδιο ανακήρυξης προσωρινού αναδόχου η δε κατάθεση της προσφυγής κωλύει την υπογραφή της σύμβασης.

9 Επειδή, συνακόλουθα, δεν πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση του κατάλληλου προσωρινού μέτρου, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων και δη την δυνατότητα υποβολής προσφοράς.

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής-λήψης προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 22 Αυγούστου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ

