

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 27 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού-Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 17.12.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2332/17.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής προσφεύγων), που εδρεύει στο ..., επί της οδού ... αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... (εφεξής αναθέτων φορέας), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην οποία ο προσφεύγων σωρεύει και αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, αιτείται να ακυρωθεί η Διακήρυξη του αριθμ. ... Διαγωνισμού της ... για την προμήθεια θερμοσυστελλόμενων συνδέσμων διακλάδωσης ΧΤ με μόνωση XLPE με ανοικτή διαδικασία και κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, κατά το μέρος που προσβάλλεται, και να υποχρεωθεί η ... στην τροποποίησή της ώστε να αποκτήσει το νόμιμο περιεχόμενο.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την με αριθμό ... διακήρυξη, ο αναθέτων φορέας προκήρυξε Δημόσιο Διεθνή Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την σύναψη σύμβασης προμήθειας Θερμοσυστελλόμενων συνδέσμων διακλάδωσης Χ.Τ. για τη σύνδεση καλωδίων παροχής σε υπόγεια καλώδια Χ.Τ. με μόνωση XLPE όπως αναλυτικά αναφέρεται στο Παράρτημα 1 (ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗΣ ΥΛΙΚΟΥ ΚΑΙ ΠΟΣΟΤΗΤΑΣ) [Κωδικός Κοινού Λεξιλογίου για τις Δημόσιες Συμβάσεις (CPV): ...]. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο Παράρτημα 1 (ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗΣ ΥΛΙΚΟΥ ΚΑΙ ΠΟΣΟΤΗΤΑΣ) της διακήρυξης. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται σε € 1.947.900,00, πλέον φόρου προστιθέμενης αξίας, όπως αναφέρεται και στο Παράρτημα 1 (ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗΣ ΥΛΙΚΟΥ ΚΑΙ ΠΟΣΟΤΗΤΑΣ). Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης συμπεριλαμβάνει και το δικαίωμα προαίρεσης και αναλύεται ως εξής: Διεύθυνση Υλικών, Προμηθειών & Μεταφορών ... Τ.Κ. ΑΡΙΘ. ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ : ... ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ: Θερμοσυστελλόμενοι Σύνδεσμοι Χ.Τ, με μόνωση XLPE α. € 1.298.600,00 β. € 649.300,00, που αντιστοιχεί στο δικαίωμα προαίρεσης.

2. Επειδή για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο ύψους 9.739,50 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., εκτύπωση ηλεκτρονικής συναλλαγής της 16.12.2021 που αφορά στην πληρωμή του εν λόγω παραβόλου δια μέσου της ΕΘΝΙΚΗΣ Τράπεζας και εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών όπου στο πεδίο κατάσταση του ως άνω παραβόλου αναφέρεται η ένδειξη «Δεσμευμένο»). Περαιτέρω, λαμβάνοντας υπόψη ότι για τον υπολογισμό του καταβλητέου ποσού παραβόλου, δεν λαμβάνεται υπόψη και η δαπάνη που αντιστοιχεί σε ενδεχόμενη άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης, δοθέντος ότι είναι αβέβαιο αν θα ασκηθεί το δικαίωμα αυτό (ad hoc Δ.Εφ.Κομ. Ν43/2017, ΣτΕ ΕΑ 187/2017, 10/2017, ΑΕΠΠ 109/2018, 1841/2021), ούτως το νόμιμο εν προκειμένω παράβολο ορίζεται σε ποσό ύψους 6.493,00 Ευρώ, υπολειπόμενο δηλαδή του

ήδη καταβληθέντως από τον προσφεύγοντα, όπου σε κάθε περίπτωση ήτοι ανεξαρτήτως ευδοκίμησης της προδικαστικής προσφυγής θα πρέπει να επιστραφεί στον προσφεύγοντα το υπερβάλλον ήτοι ποσό 3.246,50€ (9.739,50-6.493,00).

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου (αρ. 1.6 της διακήρυξης) περίληψη της διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Ε.Ε.Ε.Ε, το δε πλήρες τεύχος της διακήρυξης αναρτήθηκε στις 03.12.2021 στη διαδικτυακή πύλη www.marketsite.gr με την επιλογή της εφαρμογής «sourceONE» της εταιρείας «cosmoONE» και στην επίσημη ιστοσελίδα του ... www.... .

4. Επειδή, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας αξίας και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή, στις 20.12.2021 ο αναθέτων φορέας, προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και ανάρτησε το κάτωθι μήνυμα στην ηλεκτρονική πλατφόρμα διενέργειας του διαγωνισμού «Σας γνωρίζουμε ότι κοινοποιείται η Προδικαστική Προσφυγή που υποβλήθηκε ενώπιον της ΑΕΠΠ και αναρτήθηκε στο Σύστημα Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών της εταιρείας cosmoONE στις 17.12.2021 από την εταιρεία «...» με διακριτικό τίτλο «....» κατά της Διακήρυξης του διαγωνισμού αριθμ., προκειμένου να λάβετε γνώση επί του περιεχομένου αυτής. Συνημμένα...».

Περαιτέρω, στις 22.12.2021 ο αναθέτων φορέας ενημέρωσε την ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, και ανάρτησε στην ως άνω ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού το εξής μήνυμα «Σας γνωρίζουμε ότι, λόγω της υποβληθείσας Προδικαστικής Προσφυγής, αναστέλλεται η διεξαγωγή του διαγωνισμού μέχρι την εκδίκαση αυτής από την ΑΕΠΠ. Η καταληκτική

ημερομηνία υποβολής προσφορών που εμφανίζεται στο Σ.Η.Δ. είναι εικονική και θα οριστικοποιηθεί μετά την εκδίκαση της Προσφυγής».

Τέλος, στις 27.12.2021 ο αναθέτων φορέας ανάρτησε στον ως άνω ηλεκτρονικό τόπο και κοινοποίησε και στην ΑΕΠΠ τα κάτωθι «Σε συνέχεια της ανακοίνωσης που δημοσιεύτηκε στις 22/12/2021 και ώρα 08:46 σας γνωρίζουμε ότι, λόγω της υποβληθείσας Προδικαστικής Προσφυγής η διεξαγωγή του διαγωνισμού αναστέλλεται μέχρι την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ». (*You have sent An announcement concerning the Tender with ref/title with ref/title Below is the text of the announcement: Σε συνέχεια της ανακοίνωσης που δημοσιεύτηκε στις 22/12/2021 και ώρα 08:46 σας γνωρίζουμε ότι, λόγω της υποβληθείσας Προδικαστικής Προσφυγής η διεξαγωγή του διαγωνισμού αναστέλλεται μέχρι την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ*).

6. Επειδή, με την με αρ. 3255/2021 Πράξη της Προέδρου του 2ου Κλιμακίου, ορίσθηκε μεταξύ άλλων Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης. Επομένως, σε συνέχεια των ανωτέρω, νομίμως εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και ίδια αναστολής της υπό στοιχείο 1 διαγωνιστικής διαδικασίας που σωρεύεται στην με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 2332/2021 προδικαστική προσφυγή.

7. 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.».

8. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι 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 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. 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. 4412/16, 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.

9. 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 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.

10. Επειδή, από το συνδυασμό των αναγραφόμενων στις σκ. 5 και 9 της παρούσας, προκύπτει ότι δεν πληρούνται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση του κατάλληλου προσωρινού μέτρου, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεύει στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων, καθώς παρίσταται αλυσιτελής η εξέταση και λήψη απόφασης περί αναστολής δεδομένης της οίκοθεν σχετικής απόφασης του αναθέτοντος φορέα περί αναστολής διεξαγωγής του διαγωνισμού έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί ως άνευ αντικειμένου.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής του προσφεύγοντος.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27.12.2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Αικατερίνη Ζερβού

Σάββας Μακρίδης