

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνεται στην από 07.09.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1233/08.09.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στον ..., στα ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ... (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί η υπ' αρ. 1056/23.08.2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (εφεξής η «προσβαλλομένη») και τυχόν συναφείς προγενέστερες ή μεταγενέστερες με το ίδιο περιεχόμενο ως προς α) το τμήμα της τεχνικής αξιολόγησης του φακέλου της εταιρίας «...», β) την αποδοχή του αποδεικτικού υλικού του φακέλου της ως άνω εταιρίας στη διαδικασία εν συνόλω και ειδικώς καθώς και γ) ως προς το τμήμα της με το οποίο ανατίθεται προσωρινά στην ως άνω τα δρομολόγια με α/α 166 και 167. Με το αίτημα αναστολής- χορήγησης προσωρινών μέτρων η προσφεύγουσα αιτείται να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλομένης προκειμένου να μην προχωρήσει στην εκτέλεση της σύμβασης με την ως άνω εταιρία για τα δρομολόγια με α/α 166 και 167.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: Α 677/2022

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής, έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την αξία του τμήματος της σύμβασης για το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ειδικότερα για τα δρομολόγια Λεωφορείων- Μικρών Λεωφορείων α) ... με προορισμό το...και β) ... με προορισμό ... συνολικού ποσού 43.491,60€ χωρίς ΦΠΑ και χωρίς να υπολογίζεται το δικαίωμα προαίρεσης (βλ. ΣτΕ 147/2022, σκ. 10).

2. Επειδή, η προσβαλλομένη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. «...» συνολικού προϋπολογισμού του ΔΣΑ της ως άνω πρόσκλησης, συμπεριλαμβανομένων των δικαιωμάτων προαίρεσης, μέχρι του ποσού των 1.879.888,61€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Η δε ως άνω πρόσκληση, οι συμβάσεις που θα ανατεθούν και οι όροι εκτέλεσης αυτών, καθώς και κάθε άλλο ζήτημα που αφορά στην εφαρμογή ΔΣΑ και για το οποίο δεν γίνεται αναφορά σε αυτήν, διέπονται από τους όρους της υπ' αρ.ΑΔΑΜ:..., ΑΔΑ: ...) διακήρυξης για την εφαρμογή ΔΣΑ του άρ. 33 του Ν. 4412/2016, τριετούς διάρκειας, για την ανάθεση υπηρεσιών συνολικού προϋπολογισμού 5.550.000,00 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. και δικαιωμάτων προαίρεσης έως 50% επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης (CPV ...). Σύμφωνα με το άρ. 4.2.1.α «Υποβολή προσφορών» της Διακήρυξης, *«Προσφορές μπορούν να υποβάλλονται για ένα, περισσότερα ή όλα τα τμήματα (δρομολόγια ή ομάδα δρομολογίων), στα οποία αφορά η εκάστοτε πρόσκληση. Σε κάθε περίπτωση αφορά στο σύνολο του κάθε τμήματος»*. Ως δε κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με το άρ. 5.2.1, ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής και, σε περίπτωση που η εφαρμογή του κριτηρίου ανάθεσης θα είχε ως αποτέλεσμα την ανάδειξη ενός μειοδότη σε περισσότερα του ενός τμήματα, και υπό την προϋπόθεση ότι τα διατιθέμενα από αυτόν μέσα δεν επαρκούν για την ανάθεση όλων των τμημάτων, τα κριτήρια για τον προσδιορισμό των τμημάτων που του ανατίθεται, είναι, κατά προτεραιότητα τα ακόλουθα: α. κριτήριο της μεγαλύτερης προσφερόμενης τιμής κατακύρωσης και β. κριτήριο

Αριθμός Απόφασης: Α 677/2022

της σειράς προτίμησης εκτέλεσης. Η ως άνω πρόσκληση αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 02.06.2022, έλαβε ΑΔΑΜ ..., και στο ΕΣΗΔΗΣ, που έλαβε συστημικό α/α

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με το άρ. 345, παρ. 2 του Ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή και υποβάλλεται το σχετικό αίτημα αναστολής, είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

4. 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».*

5. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016, 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*

Αριθμός Απόφασης: Α 677/2022

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».

6. 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. Ωστόσο, δε 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 την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

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

8. 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

Αριθμός Απόφασης: Α 677/2022

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 (άρθρα 15 π.δ. 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2016).

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε απόψεις επί του υπό κρίση αιτήματος αναστολής, εάν και κλήθηκε προς τούτο.

10. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη, ουδόλως δε προκύπτει από τη στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών, καθώς και του δημοσίου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη, λόγοι δε δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣτΕ 840/2008). Συναφώς, από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, προκύπτει ότι με την προσβαλλομένη ενεκρίθη *«το από 17.08.2022 το από 17-8-2022 Πρακτικό (αξιολόγηση δικαιολογητικών κατακύρωσης) που αφορά στην ... (αρ.πρ. ΠΚΜ ... - ΑΔΑΜ: ...) – Α/Α/ ΕΣΗΔΗΣ ...) ... (αρ.πρ. ΠΚΜ ... (ΑΔΑΜ:..., ΑΔΑ: ...) διακήρυξη) ...»*, ειδικότερα δε, ως προς τα επίμαχα δρομολόγια 166-167 (στον Πιν. 1Α τα 1 & 2), οριστικός ανάδοχος ανακηρύχθηκε το «...». Εντούτοις, δεν υφίσταται αυτοδίκαιη αναστολή της υπογραφής της σύμβασης που αφορά στα ως άνω επίμαχα δρομολόγια, λόγω της επιλεγείσας διαδικασίας, σύμφωνα με το άρ. 364, παρ. 2 περ. γ' του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας από τη συνέχιση της διαδικασίας και δη την ενδεχόμενη υπογραφή της σύμβασης πριν την έκδοση απόφασης επί της οικείας προδικαστικής προσφυγής.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή σύναψης της

Αριθμός Απόφασης: Α 677/2022

σύμβασης που αφορά στα επίμαχα δρομολόγια 166-167 (στον Πιν. 1Α τα 1 & 2), η οποία (αναστολή) δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη διάρκεια, δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρ. 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.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το υπό κρίση αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας, κατά το σκεπτικό, έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14 Σεπτεμβρίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ