

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 15 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μιχαήλ Οικονόμου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 5.09.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ) 1228/6.09.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...», με δ.τ.: «...», που εδρεύει στη ..., οδός ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, εφεξής ο «προσφεύγων».

Κατά του «...» και κατά της υπ' αριθμ. 414/16-08-2022 απόφασής του, με την οποία εγκρίθηκε το από 11-08-2022 Πρακτικό της Επιτροπής του διαγωνισμού για την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής -τεχνικής προσφοράς και οικονομικής προσφοράς, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...», ο οποίος αναδείχθηκε και προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού, εφεξής «η προσβαλλόμενη».

Με την προδικαστική προσφυγή του, στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 1.780 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου

Αριθμός Απόφασης: 680/2022

Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Το παράβολο υπολογίστηκε βάσει του προϋπολογιζόμενου ποσού της σύμβασης, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, ποσού 354.838,71 ευρώ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την με ΑΔΑΜ ... Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό με σφραγισμένες προσφορές για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου με τίτλο «...» προϋπολογισμού 354.838.71 ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός διενεργήθηκε ηλεκτρονικά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ. Κριτήριο ανάθεσης, δε, της σύμβασης ορίσθηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμή (χαμηλότερη τιμή).

3. Επειδή, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 21-07-2022. Τα έγγραφα της παρούσας διαδικασίας δημόσιας σύμβασης καταχωρήθηκαν στο σχετικό ηλεκτρονικό χώρο του ΕΣΗΔΗΣ- δημόσια έργα και αναρτήθηκαν στη Διαδικτυακή Πύλη(www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ με αρ.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 5-09-2022, λαμβανομένου υπόψη ότι, ως ο προσφεύγων επικαλείται και προκύπτει από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, ο τελευταίος έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλομένης και των στοιχείων του φακέλου, που ήταν απαραίτητα για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής, στις 26-08-2022. Επίσης, ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχε ο προσφεύγων καθώς και η ένωση οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...». Η Επιτροπή του διαγωνισμού, με το από 11-08-2022 Πρακτικό της, αποσφράγισε τις προσφορές και τους υποφακέλους «Δικαιολογητικά

Αριθμός Απόφασης: 680/2022

συμμετοχής» και «Οικονομική Προσφορά» και στη συνέχεια, προέβη, κατά σειρά μειοδοσίας, σε έλεγχο της ολόγραφης και αριθμητικής αναγραφής των επιμέρους ποσοστών έκπτωσης και της ομαλής μεταξύ τους σχέσης, βάσει των παραγόμενων σχετικών ψηφιακών αρχείων του υποσυστήματος, από τα οποία προκύπτει ότι οι παραπάνω προσφορές είναι ομαλές. Ακολούθως, η Επιτροπή έλεγξε τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τέλος διαπίστωσε τη γνησιότητα των υποβληθεισών εγγυητικών επιστολών συμμετοχής. Κατόπιν τούτων, η αρμόδια Επιτροπή, με το ανωτέρω πρακτικό της, εισηγήθηκε «Την έγκριση του Πρακτικού Αποσφράγισης Δικαιολογητικών Συμμετοχής-Οικονομικής Προσφοράς της ηλεκτρονικής δημοπρασίας με Α.Α.ΕΣΗΔΗΣ ... Την ανακήρυξη ως προσωρινού μειοδότη την εργοληπτική επιχείρηση “ ... », με Α.Α. Προσφοράς στο ΕΣΗΔΗΣ: 260408 και ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης δέκα πέντε τοις εκατό (15,00%) επί των τιμών του τιμολογίου της μελέτης.». Η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής ενέκρινε το ως άνω Πρακτικό με την υπ' αριθμ. 414/16- 08-2022 απόφασή της, με την οποία αποφάσισε τα εξής:

«1. Την έγκριση του Πρακτικού Αποσφράγισης Δικαιολογητικών Συμμετοχής-Οικονομικής Προσφοράς

της ηλεκτρονικής δημοπρασίας με Α.Α.ΕΣΗΔΗΣ

2. Την ανακήρυξη ως προσωρινού μειοδότη την εργοληπτική επιχείρηση,“ ... Α.Α. Προσφοράς στο ΕΣΗΔΗΣ: ... και ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης δεκαπέντε τοις εκατό (15,00%) επί των τιμών του τιμολογίου της μελέτης.».

Η ανωτέρω απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω του ΕΣΗΔΗΣ στις 18/08/2022, εντούτοις δεν του χορηγήθηκε γνώση των στοιχείων της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου προκειμένου, ως ισχυρίζεται, να είναι σε θέση να ελέγξει τη νομιμότητα της ως άνω απόφασης και ν' ασκήσει αποτελεσματική προσφυγή. Για το λόγο αυτό στις 26/8/2022 ο προσφεύγων υπέβαλε αίτημα μέσω του ΕΣΗΔΗΣ προς την αναθέτουσα αρχή αιτούμενος να λάβει γνώση των στοιχείων της προσφοράς της προσωρινής αναδόχου. Σε απάντηση του αιτήματος αυτού η αναθέτουσα αρχή την ίδια ημέρα και συγκεκριμένα στις 26/08/2022 επανακοινοποίησε την ως άνω απόφαση και του χορήγησε το πρώτον πρόσβαση στα στοιχεία της

Αριθμός Απόφασης: 680/2022

προσφοράς της προσωρινής αναδόχου. Ειδικότερα το μήνυμα της αναθέτουσας διαλάμβανε αυτολεξεί τα εξής: *«Επειδή, εκ παραδρομής, κατά την κοινοποίηση της υπ'αρ. 414/2022 Απόφασης Ο.Ε Έγκρισης του Πρακτικού Ι ,στις 18/08/2022, δεν παρήχθη ταυτόχρονα πρόσβαση στα υποβληθέντα δικαιολογητικά συμμετοχής και στις οικονομικές προσφορές των προσφερόντων, σας αποστέλλουμε εκ νέου την υπ'αρ. 414/2022 Α.Ο.Ε «Περί έγκρισης Πρακτικού Ι Αποσφράγισης Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Οικονομικής Προσφοράς της ηλεκτρονικής Δημοπρασίας με Α.Α ΕΣΗΔΗΣ ... του έργου με τίτλο: "...» για ενημέρωσή σας και για τυχόν ενέργειες σας, σύμφωνα με το αρθ. 4 της σχετικής διακήρυξης, εντός προθεσμίας αρχομένης από την ημερομηνία κοινοποίησης της παρούσας.»*. Συνεπώς με έννομο συμφέρον ασκείται η υπό κρίση προσφυγή καθώς ο προσφεύγων συμμετέχει με παραδεκτή προσφορά στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία, επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η παρούσα σύμβαση, ως δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας, επικαλούμενος την παράνομη αποδοχή της προσφοράς του ανωτέρω οικονομικού φορέα.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 6-09-2022 προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής δια μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

9. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1762/2022 Πράξη της Προέδρου του 4ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής, αντίστοιχα και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στις 12-09-2022 στην ΕΑΔΗΣΥ τις απόψεις της επί των προσωρινών μέτρων, με τις οποίες αιτείται *«Να μην εκδοθεί πράξη αναστολής εκτέλεσης κατά το άρθρο 366 του Ν. 4412/2016 των ανωτέρω προσβαλλόμενων πράξεων και να μην ανασταλεί η συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας , έως ότου εκδοθεί απόφαση επί της παρούσας προσφυγής»* καθώς, κατά την άποψή της, η προσφυγή είναι νόμω αβάσιμη.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ.

Αριθμός Απόφασης: 680/2022

12. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. 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[...].».

13. 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». Επομένως, 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, κατ' ελάχιστον, 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.

14. 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

Αριθμός Απόφασης: 680/2022

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).

15. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας των ισχυρισμών-αιτιάσεων όπως προβάλλεται από τον αιτούντα, απαιτείται ενδεδειγμένη εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε ενδικοφανές επίπεδο, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία.

16. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

17. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου ήδη έχει αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος κι, επομένως, λαμβανομένου υπόψη του ως άνω γεγονότος καθώς και του ότι ο προσφεύγων δεν προβάλλει με το αίτημά του καμία συγκεκριμένη ζημία του, το αίτημα του τυγχάνει απορριπτέο.

20. Επειδή, εξάλλου ο χρόνος για την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής δεν είναι ούτε αόριστος ούτε μακρύς. Επομένως, η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη της υπό ανάθεση σύμβασης έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα του αναθέτοντος φορέα για ταχεία περάτωση αυτής.

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν αποδεικνύεται βλάβη του προσφεύγοντος στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία του από την συνέχιση της διαδικασίας, και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον για τη

Αριθμός Απόφασης: 680/2022

χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν 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.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στη Προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 15-09- 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ