

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 21 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει τα περιλαμβανόμενα αιτήματα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων α) στην από 09.09.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1249/12.09.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «πρώτη προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., επί της ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και β) στην από 09.09.2022 με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1255/12.09.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «δεύτερη προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»).

Με την πρώτη προδικαστική προσφυγή η πρώτη προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η απόφαση υπ' αρ. 28η (ΘΕΜΑ 45ο)/25-08-2022 Τακτική Συνεδρίαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής (εφεξής η «προσβαλλομένη») κατά το μέρος που έγιναν δεκτές οι προσφορές της δεύτερης προσφεύγουσας και της «...» και δύνανται να συμμετάσχουν στο επόμενο στάδιο του υπό κρίση δημόσιου διαγωνισμού, καθώς και κάθε άλλης συναφής πράξη ή παράλειψη της διοίκησης. Με το συμπεριλαμβανόμενο στην πρώτη προδικαστική προσφυγή αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων, η πρώτη προσφεύγουσα αιτείται να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας ή, άλλως, να οριστούν όποια μέτρα κρίνει κατάλληλα η Αρχή, προκειμένου να διασφαλιστεί ότι, σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής,

Αριθμός Απόφασης: Α 696,697/ 2022

δεν θα έχουν δημιουργηθεί, κατά τρόπο μη αναστρέψιμο (ή, άλλως, δυσχερώς επανορθώσιμο), έννομες καταστάσεις βλαπτικές των αξιών προστασίας συμφερόντων της και, σε κάθε περίπτωση, ενόψει του σταδίου στο οποίο βρίσκεται η διαγωνιστική διαδικασία, ζητείται να επιβεβαιωθεί το κώλυμα υπογραφής σύμβασης ενόψει της άσκησης της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής.

Με τη δεύτερη προδικαστική προσφυγή η δεύτερη προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη με την οποία, κατ' αποδοχή των υπ' αριθμ. πρωτ. 8147/06-05-2022 και 14445/09-08-2022 πρακτικών ελέγχου και αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, κρίθηκαν αποδεκτές οι προσφορές της πρώτης προσφεύγουσας και της «...» και να ακυρωθεί κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη της Αναθέτουσας Αρχής. Με το συμπεριλαμβανόμενο στην προσφυγή αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων η δεύτερη προσφεύγουσα αιτείται να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας, ιδίως δε η αποσφράγιση οικονομικών προσφορών της πρώτης προσφεύγουσας και της «...», η υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, η αποσφράγιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η αξιολόγηση αυτών, η έκδοση οριστικής κατακυρωτικής απόφασης και η σύναψη σύμβασης ή, άλλως, να οριστούν όποια μέτρα κρίνει κατάλληλα η Αρχή, προκειμένου να διασφαλιστεί ότι, σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής της δεν θα έχουν δημιουργηθεί έννομες καταστάσεις βλαπτικές των συμφερόντων της.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 5.180,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»),

Αριθμός Απόφασης: Α 696,697/ 2022

το οποίο και υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ ποσού 1.035.934,08€, για τη δε άσκηση της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 5.180,00 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 εκτιμώμενη αξία της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ ποσού 1.035.934,08€.

2. Επειδή, η προσβαλλομένη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. πρωτ. 362/10.01.2022 με αρ. ... Διακήρυξης Ανοικτού Διαγωνισμού άνω των ορίων για την «...» προϋπολογισμού 1.035.934,08€ χωρίς ΦΠΑ με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, που εκτιμάται βάσει των κριτηρίων που αναφέρονται στο άρ. 2.3.1 της Διακήρυξης. Η ως άνω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 10.01.2022, 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, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκούνται οι προσφυγές και υποβάλλονται τα σχετικά αιτήματα 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*

Αριθμός Απόφασης: Α 696,697/ 2022

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 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

Αριθμός Απόφασης: Α 696,697/ 2022

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 τις προσφεύγουσες, 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 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 οι προδικαστικές προσφυγές δεν πιθανολογούνται ως προδήλως απαράδεκτες ή αβάσιμες. Περαιτέρω, για την οριστική κρίση περί του παραδεκτού και της βασιμότητας των λόγων των προσφυγών απαιτείται έρευνα και μελέτη των στοιχείων του φακέλου βάσει των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας.

10. Επειδή, από τη θεώρηση του φακέλου της υπόθεσης, συνάγεται ότι δεν έχουν εισέτι ανοίξει οι (υπο)φάκελοι των οικονομικών προσφορών.

11. Επειδή, η ζημία των προσφευγουσών από τη συνέχιση του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση της απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ επί της προσφυγής, και δη από την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Επίσης, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την

Αριθμός Απόφασης: Α 696,697/ 2022

ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του, ήτοι σε σχέση περιοριστικής με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Συναφώς, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣτΕ 840/2008). Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τα ανωτέρω, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι λιγότερες από τα οφέλη. Εξάλλου, η αναστολή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια, και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία.

12. Επειδή η αναθέτουσα αρχή, εάν και κλήθηκε προς τούτο, δεν απέστειλε απόψεις επί των υπό κρίση αιτημάτων αναστολής- προσωρινών μέτρων.

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

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, τα υπό κρίση αιτήματα αναστολής πρέπει να γίνουν δεκτά.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τα αιτήματα παροχής προσωρινής προστασίας.

Αριθμός Απόφασης: Α 696,697/ 2022

Διατάσσει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της ΕΑΔΗΣΥ επί των προδικαστικών προσφυγών.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 21 Σεπτεμβρίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ
α/α
ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ