

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Φεβρουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Ευαγγελία Μιχολίτση Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής - λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 10.02.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 160/11.02.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «....» και το διακριτικό τίτλο «....», που εδρεύει στ... .., οδός ... αρ. ...., Τ.Κ. ...., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ... (...) (εφεξής «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 12/28.01.2020 απόφαση του Δ.Σ. ...., με την οποία εγκρίθηκε το από 27.12.2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, που αφορά στα δικαιολογητικά συμμετοχής και στις τεχνικές προσφορές των διαγωνιζομένων, κατά το μέρος της πλημμελούς, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων. Ταυτόχρονα η προσφεύγουσα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα να ανασταλεί εν γένει η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και ιδίως η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, έως την έκδοση οριστικής απόφασης επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη της ... προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Δημόσιος Διαγωνισμός για την παροχή της υπηρεσίας με τίτλο «Ανάπτυξη Συστήματος Παρακολούθησης του έργου “Joint Water REsources management System for Long-term Efficiency - WRESTLE”, του Προγράμματος Συνεργασίας INTERREG V-A Ελλάδα – Βουλγαρία 2014-2020», συνολικού προϋπολογισμού 81.451,00€ πλέον ΦΠΑ 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 04.12.2019 με ΑΔΑΜ: ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., εξοφληθέν δυνάμει του από 10.02.2019 αποδεικτικού εξόφλησης της Εθνικής Τράπεζας, δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 600,00€.

3. Επειδή, η υπό κρίση 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. 39/2018, 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 Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 30.01.2019, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα,

όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 10.02.2019, ημέρα Δευτέρα, κοινοποιήθηκε, δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από τον αναθέτοντα φορέα στις 11.02.2020.

5. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί η προσφεύγουσα την προδικαστική προσφυγή, αμφισβητώντας τη βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών καθώς, με την προσβαλλόμενη, τόσο η προσφορά της ίδιας, όσο και η προσφορά της μοναδικής έτερης διαγωνιζόμενης, έγιναν αποδεκτές, η προσφορά, δε, της έτερης διαγωνιζόμενης, έλαβε μεγαλύτερη βαθμολογία (116,20 βαθμούς) από αυτήν που έλαβε η προσφορά της προσφεύγουσας (112,20 βαθμούς).

6. Επειδή, στις 12.02.2020 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, ο αναθέτων φορέας, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 672/14.02.2020 έγγραφό του, που διαβιβάστηκε στην Α.Ε.Π.Π. μέσω μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 14.02.2020, υπέβαλε τις απόψεις του επί του σωρευομένου στην προσφυγή αιτήματος αναστολής. Με τις ως άνω απόψεις του ο αναθέτων φορέας προβάλλει ότι «... Το έργο έχει διάρκεια 24 μήνες (15/03/2018-14/03/2020) και έχει προβλεφθεί στη διακήρυξη η δυνατότητα παράτασης, η οποία σαφώς δεν θα μπορέσει να επεκταθεί πέραν του έτους 2020 (Πρόγραμμα Συνεργασίας «INTERREG V-A Ελλάδα – Βουλγαρία 2014-2020). ΠΡΟΒΛΗΜΑΤΙΚΗ ΧΡΟΝΟΥ: Δεδομένου του γεγονότος ότι μέχρι την απόφασή σας επί της προδικαστικής προσφυγής, η διαγωνιστική διαδικασία μπορεί να προχωρά έως πριν την υπογραφή της σύμβασης, και συνυπολογίζοντας ότι αφού η προδικαστική θα εξεταστεί την 19.03.2020 198/2020 Πράξη Προέδρου του 5ου Κλιμακίου ΑΕΠΠ), και μεσολαβεί διάστημα 20 ημερών για να κοινοποιηθεί σε εμάς η απόφαση θα έχει περάσει από σήμερα διάστημα σχεδόν δύο μηνών, είναι πρόδηλο ότι η υπηρεσία που ανατίθεται θα καθυστερήσει πολύ να εκτελεστεί. Σε αυτό το χρονικό διάστημα που μεσολαβεί,

θα μπορούμε εάν δεν ανασταλεί η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας , να έχουμε ελέγξει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού μειοδότη (σύμφωνα με την προσβαλλόμενη απόφαση) και μόλις και αν αποφανθεί αρνητικά επί της προδικαστικής προσφυγής να προχωρήσουμε αμελλητί σε υπογραφή σύμβασης. Διαφορετικά, θα χαθεί πολύτιμος για τη .... χρόνος. Επισημαίνουμε ότι ακόμη κι αν αποδεχτείτε την προδικαστική προσφυγή, η διαδικασία κατακύρωσης θα επαναληφθεί για τον μειοδότη που θα υποδείξετε.»

8. Επειδή, όπως προαναφέρθηκε, με την υπ' αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη της ... προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Δημόσιος Διαγωνισμός για την παροχής της υπηρεσίας με τίτλο «Ανάπτυξη Συστήματος Παρακολούθησης του έργου “Joint Water REsources management System for Long-term Efficiency - WRESTLE”, του Προγράμματος Συνεργασίας INTERREG V-A Ελλάδα – Βουλγαρία 2014-2020». Στο διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορές, η προσφεύγουσα (προσφορά με α/α συστήματος 160308) και η διαγωνιζόμενη «...» (εφεξής «...») (προσφορά με α/α συστήματος 159897). Με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 12/28.01.2020 απόφαση, εγκρίθηκε το από 27.12.2019 Πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού, δια του οποίου αφενός κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές αμφοτέρων των διαγωνιζομένων στο και αφετέρου βαθμολογήθηκαν οι τεχνικές προσφορές τους, λαμβάνοντας η μεν προσφορά της προσφεύγουσας βαθμολογία 112,20, η δε προσφορά της ... 116,20. Κατά της ως άνω υπ' αριθμ. 12/28.01.2020 απόφασης και δη κατά το μέρος που με αυτήν η προσφορά της προσφεύγουσας έλαβε βαθμολογία μικρότερη από την προσφορά της ..., ασκήθηκε η περιλαμβάνουσα το εξεταζόμενο αίτημα αναστολής προδικαστική προσφυγή.

9. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «1.Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην

παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου 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 μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου 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 ...». Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

10. 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».

11. 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.

12. 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. 4412/16, 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.

13. 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.

14. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή της, η προσφεύγουσα, όπως αναλυτικότερα αναπτύσσει στην προσφυγή της, προβάλλει συγκεκριμένους ισχυρισμούς ως προς την αιτιολογία της προσβαλλόμενης αναφορικά με τη βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών των δύο συμμετεχόντων οικονομικών φορέων.

15. 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 το έννομο συμφέρον της ως στοιχείο του παραδεκτού της υπό εξέταση αίτησης. Ενόψει, δε, των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή, καθίσταται προφανές ότι οι

προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχουν δε τεχνική κρίση 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).

16. Επειδή, κατά πάγια νομολογία έχει κριθεί ότι, σύμφωνα με τη γενική αρχή της μυστικότητας των οικονομικών προσφορών που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς (βλ. ΣτΕ 843/2010, Ε.Α. 880/2010, 1177/2009), μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών δεν είναι επιτρεπτή, για οποιονδήποτε λόγο, η το πρώτον ή η εκ νέου αξιολόγηση τεχνικών προσφορών ή η το πρώτον αιτιολόγηση της βαθμολογίας αυτών, αφού οι διαδικαστικές αυτές ενέργειες με γνωστές τις οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων δεν διασφαλίζουν συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ 4282, 2321/2009, Ε.Α. ΣτΕ 1177/2009, 779/2002 κ.ά.). Συνακόλουθα, εν προκειμένω (και δη δεδομένου ότι κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής), ο αναθέτων φορέας, σε περίπτωση που κριθεί ότι η βαθμολόγηση στην οποία προέβη με την προσβαλλόμενη είναι πλημμελής, θα υποχρεωθεί να ματαιώσει το διαγωνισμό, εάν έχει προβεί στην αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, όπερ σημαίνει μεγαλύτερη χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της ανάθεσης του αντικειμένου που προκηρύσσεται με την υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία. Τα ως άνω, δε, μπορούν να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας.

17. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη σύναψη σύμβασης για την παροχή της προκηρυχθείσας προμήθειας. Λόγοι, όμως, 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).

18. Επειδή, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από τον αναθέτοντα φορέα, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του, δηλαδή, σε σχέση με τη χορήγηση προσωρινών μέτρων. Περαιτέρω, δεν

υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του σε περίπτωση χορήγησης προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη. Εξάλλου, η αναστολή αυτή 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.

19. Επειδή, συνακόλουθα, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων, λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

20. Επειδή, συνεπώς, πρέπει να διαταχθεί, η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τα άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 20 Φεβρουαρίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ευαγγελία Μιχολίση**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Φωτεινή Μαραντίδου**