

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Μαΐου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου -Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση -Εισηγήτρια και Άννα Χριστοδουλάκου (αναπληρώτρια της Σταυρούλας Κουρή για την εξέταση του αιτήματος αναστολής), Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής που περιλαμβάνεται στην με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Α.Ε.Π.Π. 987/11.5.2021 προδικαστική προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», με το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στον «...», οδός «...», τ.κ. «...», (εφεξής προσφεύγουσα), νομίμως εκπροσωπούμενης.

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

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν συγκεκριμένα επιμέρους σημεία του όρου 2.2.6. της διακήρυξης που αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του υποψηφίου και του Παραρτήματος ΙΙ- Ειδική Συγγραφή Υποχρεώσεων.

Ταυτόχρονα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα όπως γίνει δεκτό το αίτημα περί αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρι την έκδοση Απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης :Α80/2021

1. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό «...», αξίας 15.000 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α΄ 64), το οποίο συνοδεύεται από την σχετική εκτύπωση της ιστοσελίδας της ΓΓΠΣ με την ένδειξη «δεσμευμένο».

2. Επειδή με την υπ' αρ. πρωτ. «...» διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός διεθνής μειοδοτικός διαγωνισμός, με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας δαπάνης 4.793.236,84 ευρώ με αντικείμενο την προμήθεια τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής στο πλαίσιο υλοποίησης της πράξης : «...», των έξι Κοινωνικών Συμπράξεων Π.Ε. («...»), του Επιχειρησιακού Προγράμματος «...» του Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (TEBA) 2014-2020. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα προς την Υπηρεσία Εκδόσεων της ΕΕ. Η εν λόγω διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 15/4/2021 (ΑΔΑΜ «...»)

3. Επειδή, ως προελέχθη με την υπό κρίση Προσφυγή της, η οποία κατετέθη την 10.5.2021 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ως άνω διακήρυξης, επικαλούμενη ότι περιέχονται σ' αυτήν όροι, που έχουν τεθεί κατά παράβαση των κανόνων του εσωτερικού και ενωσιακού δικαίου και δεν επιτρέπουν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, με βάση τις απαιτήσεις της Αναθέτουσας Αρχής– ως περαιτέρω αναλύεται στο κείμενο της προσφυγής – ενώ παραβιάζουν και την αρχή της αναλογικότητας.

4. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικείμενου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

Αριθμός Απόφασης :Α80/2021

5. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

7. Επειδή η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η Προσφεύγουσα επικαλείται πρωτίστως αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό, οπότε καταρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος αιτείται να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επισημαίνεται ότι δεν έχει καταθέσει η προσφεύγουσα προσφορά στον εν θέματι διαγωνισμό.

9. 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»*.

10. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: *«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. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

11. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

12. 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*».

13. Επειδή, παγίως γίνεται δεκτό από τη νομολογία ότι η αναστολή χορηγείται μόνο αν με βάση συγκεκριμένους και ειδικούς λόγους που αποδεικνύονται, πιθανολογείται ότι σε περίπτωση άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης θα επέλθει στον αιτούντα βλάβη ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς δυνάμενη να επανορθωθεί (ΣτΕ ΕπΑν 88/1991, ΣτΕ ΕπΑν 103/1991, ΣτΕ ΕπΑν 197/1991, ΣτΕ ΕπΑν 209/1991, ΣτΕΕπΑν 548-550/1990, ΔΕφΑΘ 9/2015, 6 ΔΕφΑΘ 2/2015, ΔΕφΑΘ 878/16).

Αριθμός Απόφασης :A80/2021

14. 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. Ετέρωθεν, δεν 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 κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. 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.

15. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, 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.

16. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της προσφυγής, συμπεριλαμβανομένης της οριστικής κρίσης επί της παραδεκτής ή μη άσκησης αυτής, απαιτείται αφενός μεν ενδελεχής μελέτη της υπόθεσης, η οποία δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 41/2015, 46/2015).

17. Επειδή λαμβάνοντας υπόψη το περιεχόμενο της προσβαλλόμενης πράξης σε συνδυασμό με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας η οποία

μεταξύ άλλων επικαλείται παρανομία όρων της διακήρυξης που αφορούν εξειδικευμένα θέματα καθίσταται σαφές ότι οι ως άνω ισχυρισμοί οι οποίοι χρρίζουν ενδελεχούς εξέταση και ερμηνείας των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων (ΑΕΠΠ 4/2017, Α 31/2019, Α 68/2019).

18. Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεδομένου ότι η αποσφράγιση των κατατεθειμένων προσφορών έχει προγραμματιστεί για τη Δευτέρα 17.5.2021 αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της Προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι βασίμως και νομίμως προβάλλει τις επίμαχες αιτιάσεις κατά της διακήρυξης, παρίσταται πρόδηλη η αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεδομένου ότι δεν παρίσταται αυτή προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη.

19. Επειδή, ειδικότερα, το ζήτημα της ζημίας του προσφεύγοντος και της στάθμισης των συμφερόντων τίθεται σε διαφορετική βάση στη δικονομική Οδηγία από ότι στις διατάξεις του εθνικού δικονομικού κανόνα. Η νομολογία στην προσωρινή δικαστική προστασία θεωρεί τη ζημία ως στοιχείο του βάσιμου για τη χορήγηση αναστολής ΣτΕ ΕπΑν 161-2/2017, ΣτΕ ΕπΑν 389-390/2016, ΣτΕ ΕπΑν 62/2014, ΣτΕ ΕπΑν 211/2013, ΣτΕ ΕπΑν 210-211/2013, ΣτΕ ΕπΑν 36/2014, ΣτΕ ΕπΑν 122/2015, ΣτΕ ΕπΑν 79/2016, ΣτΕ ΕπΑν 146/2017. Η δικονομική Οδηγία 89/665/ΕΟΚ προβλέπει «προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η περαιτέρω ζημία των θιγομένων συμφερόντων» καθιερώνοντας την επανόρθωση και την αποτροπή της ζημίας ως σκοπό και όχι προϋπόθεση του βάσιμου για τη λήψη απόφασης περίμέτρων. Όταν δε ο ενωσιακός νομοθέτης προβλέπει στο άρ. 2 παρ. 5 ότι «όργανο μπορεί να συνυπολογίσει τις πιθανές συνέπειες των προσωρινών μέτρων στο δημόσιο συμφέρον, και να αποφασίσει να μην προβεί στη χορήγηση τέτοιων μέτρων» δηλαδή περιορισμό των μέτρων για λόγους δημοσίου

Αριθμός Απόφασης :Α80/2021

συμφέροντος, σαφώς θέτει την προϋπόθεση της στάθμισης των αντικρουόμενων συμφερόντων ως δυνητικής και όχι ως υποχρεωτικής. Άλλωστε, το δημόσιο συμφέρον δεν αποτελεί λόγο αρνητικής προϋπόθεσης όπως θέλει ο δικονομικός νομοθέτης στη δίκη της αναστολής, αλλά παράγοντα προς στάθμιση. Η δημόσια σύμβαση αποτελεί απόμνη της δημόσιο συμφέρον, άρα η άμεση ολοκλήρωση της διαδικασίας είναι δημόσιο συμφέρον και κατά συνέπεια τέτοιος λόγος δημοσίου συμφέροντος δεν είναι αποδεκτός. Η Οδηγία προστατεύει το ιδιωτικό συμφέρον του διαγωνιζόμενου με τη στάθμιση δημοσίου συμφέροντος διαφορετικού από την απλή άμεση εκτέλεση της σύμβασης. Συνεπώς παρέπεται με σαφήνεια ότι μόνο πολύεπιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος μπορούν να δικαιολογήσουν στάθμιση σε βάρος του ιδιώτη, η οποία ελέγχεται ad hoc. Επί παραδείγματι, τέτοια περίπτωση μπορεί να είναι διαγωνισμός για προμήθεια βιβλίων ενόψει εξετάσεων που άμεσα αρχίζουν η διαγωνισμός για την εκτέλεση ψεκασμών προς καταπολέμηση των κουνουπιών το συγκεκριμένο χρονικό σημείο που τα έντομα πολλαπλασιάζονται. ενώ, ως έχει κριθεί, η ανάγκη ολοκλήρωση του διαγωνισμού διότι θα χαθεί η χρηματοδότηση, δεν αποτελεί επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος (ΣτΕ ΕπΑν 496/1998).

20. Επειδή, δέον είναι να λάβει χώρα αναγκαία στάθμιση μεταξύ των αντιτιθέμενων έννομων αγαθών ήτοι την ταχεία πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας ως έκφανση δημοσίου συμφέροντος και την διενέργεια αυτής σε καθεστώς πλήρους νομιμότητας, δοθέντος του ότι σύμφωνα με την προσέγγιση της ΑΕΠΠ μόνο η πιθανολόγηση παράβασης κανόνα δικαίου αποτελεί απαραίτητη προϋπόθεση για την αποδοχή της αίτησης ασφαλιστικών μέτρων (ΑΕΠΠ 13/2017).

21. Επειδή, με την με αρ. πρωτ. 259498 (6581) της 13.5.2021 επιστολή της αναθέτουσας αρχής, η οποία απεστάλη προς την ΑΕΠΠ αυθημερόν μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» επισημάνθηκε το εξής «Σχετικά με το αίτημα αναστολής εκτέλεσης – προσωρινών μέτρων, η Υπηρεσία μας δε θα

Αριθμός Απόφασης :Α80/2021

προβεί στην αποσφράγιση των προσφορών στις 24-05-2021 αλλά θα αναμένουμε έως την έκδοση της απόφασης από την Α.Ε.Π.Π».

22. Επειδή, δοθέντος του ότι τυχόν προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος που επιβάλλουν τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και 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), κρίνεται από το Κλιμάκιο ότι το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

23. Επειδή στην υπό κρίση περίπτωση κρίνεται αναγκαίο, ως μέτρο, η αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι της αποσφράγισης των προσφορών.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της Προσφεύγουσας εταιρείας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 14 Μαΐου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΗΛΙΑΣ ΣΤΡΕΠΕΛΙΑΣ