

Αριθμός απόφασης: Α 85 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 25.02.2019, με την εξής σύνθεση:
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα-Μαρία
Δρακονταειδή και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 14.02.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης
στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό
Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέταση Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)
194/15.02.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την
επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, επί της
οδού, αρ., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της και δη κατά της υπ' αριθμ. 20088
απόφασης (υπ' αριθμ. 1308 συνεδρίασης της 01.02.2019) του διοικητικού
συμβουλίου της ως άνω ανώνυμης εταιρείας/ αναθέτοντος φορέα, όπως
τούτη εκδόθηκε στο πλαίσιο της με αριθμ. διακήρυξης με αντικείμενο
τη σύναψη συμφωνίας - πλαίσιοστο πεδίο αρμοδιότητας της
άνω των ορίων του άρθρου 235 του Ν. 4412/2016 με ανοικτή διαδικασία
μέσω ΕΣΗΔΗΣ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από
οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, εκτιμώμενης αξίας
3.852.780,87€, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος της προαίρεσης,
πλέον ΦΠΑ ύψους 924.667,41€.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει
την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης καθώς και κάθε άλλης
συναφούς πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής προκειμένου για
τον αποκλεισμό της συμμετέχουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία
«.....» και της συμμετέχουσας ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία
«.....».

Αριθμός απόφασης: Α 85 / 2019

Στην υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα σώρευσε και αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας με το οποίο ειδικότερα αιτείται να ανασταλεί η εφαρμογή της ως άνω υπ' αρ. 20088/1308/01.02.2019 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της και να μην κληθούν σε υποβολή έγγραφων διευκρινίσεων αναφορικά με τις οικονομικές προσφορές τους οι εταιρείες 1. «.....» και 2. «.....» μέχρι την έκδοση απόφασης επί της παρούσας προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016, ποσού 15.000,00 € (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου) [(Προϋπολογισμός άνευ ΦΠΑ 3.852.780,87€ Χ0,5%) και το οποίο δεν μπορεί να είναι ανώτερο των 15.000,00€.

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή στις 14.02.2019, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης ως άνω δεκαήμερης προθεσμίας, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες και στην προσφεύγουσα, ηλεκτρονικά, μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., στις 04.02.2019.

Αριθμός απόφασης: Α 85 / 2019

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω Προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε 3.852.780,87€ πλέον Φ.Π.Α. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται η υπό κρίση Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της (υπηρεσίες), της ημερομηνίας αποστολής στην ΕΕΕΕ (11.06.2018) ως και δημοσίευσής της στο ΚΗΜΔΗΣ (14.06.2018 με ΑΔΑΜ:), καθώς και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της ΑΕΠΠ κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, με την παρούσα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ'αρ. 20088/1308/01.02.2019 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της διότι όπως αναφέρει στη προσφυγή της με την προσβαλλόμενη απόφαση, το διοικητικό συμβούλιο, όλως αναιτιολόγητα και ενάντια στην εισήγηση της ειδικής επιτροπής του διαγωνισμού, αποφάσισε αντιθέτως προς τη τελευταία. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με την από 25.01.2019 Εισήγηση της ειδικής επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, μετά από έλεγχο και αξιολόγηση του φακέλου «δικαιολογητικά συμμετοχής - τεχνική προσφορά» προέκυψε ότι γίνονται αποδεκτές οι προσφορές των εταιρειών «.....», δηλαδή της συμμετέχουσας και νυν προσφεύγουσας εταιρείας, και των εταιρειών «.....» και «.....». Ακολούθως, μετά την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των τριών (3) ως άνω εταιρειών, η ειδική επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού έκανε αποδεκτή μόνο την προσφορά της ίδιας (.....) και απόρριψε τις προσφορές των άλλων συμμετεχουσών εταιρειών «.....» και «.....» διότι δεν πληρούν τις προδιαγραφές της διακήρυξης καθώς οι προσφορές τους αφορούν τμήμα μόνο του διαγωνισμού και όχι το σύνολο αυτού κατά παράβαση συγκεκριμένα του όρου 1.3.3. της διακήρυξης, τιθέμενου επί ποινή αποκλεισμού, και ως εκ τούτου είναι απαράδεκτες. Με την προσβαλλόμενη απόφαση ωστόσο, το διοικητικό συμβούλιο, όλως

Αριθμός απόφασης: Α 85 / 2019

ανατιολόγητα κατά τη προσφεύγουσα και ενάντια στην εισήγηση της ειδικής επιτροπής του διαγωνισμού, αποφάσισε, όχι ομόφωνα αλλά κατά πλειοψηφία, να μην απορρίψει τις οικονομικές προσφορές των «.....» και «.....» και να ζητήσει την κλήση αυτών για την διευκρίνιση των οικονομικών προσφορών τους κατά το άρθρο 102 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 η προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, επικαλούμενη ότι μη νομίμως καλούνται σε διευκρινήσεις για την οικονομική τους προσφορά οι έτερες συμμετέχουσες στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία εταιρείες, ενώ η προσφορά της ίδιας έχει γίνει τυπικά δεκτή, επομένως ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη, εφόσον έχει υποβάλει προσφορά και, αν ήθελε γίνει τυπικά δεκτή, προσβλέπει ότι μπορεί να της ανατεθεί η υπόψη σύμβαση για την οποία και υπέβαλε τη προσφορά της. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα υπέβαλε αίτημα αναστολής της προσβαλλόμενης έχοντας προφανές έννομο συμφέρον λόγω της συμμετοχής της στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία. Επομένως ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατά το αίτημα τούτο, τουλάχιστον, με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη σε περίπτωση τυχόν παρανομίας αυτής.

7. 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 85 / 2019

άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368».

8. 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»

9. 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).

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».

Αριθμός απόφασης: Α 85 / 2019

11. 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.

12. 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.

13. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε κριθεί από την ΑΕΠΠ, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως 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

Αριθμός απόφασης: Α 85 / 2019

να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προκείμενης προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντος φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

14. Επειδή, εν προκειμένω, από την απλή επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (Α/Α Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) εμφανίζεται ότι ήδη (06.02.2019) έχει σταλεί έγγραφο διευκρινήσεων από τον αναθέτοντα φορέα εν προκειμένω αναθέτουσα αρχή στις συμμετέχουσες εταιρείες «.....» και «.....» και έχουν μάλιστα δοθεί οι σχετικές διευκρινήσεις από τις ως άνω την 11.02.2019 και 14.02.2019 αντιστοίχως.

15. Επειδή, έτι 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 ποινής 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.

16. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017), ως προελέχθη, σε κάθε περίπτωση κατά την κρίση του παρόντος Κλιμακίου δεν υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα όσα έχουν γίνει δεκτά έως τώρα, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει.

Αριθμός απόφασης: Α 85 / 2019

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, ουδεμία ανάγκη υφίσταται προς αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων της προσφεύγουσας, αφού τέτοια δεν προκύπτει. Και τούτο διότι τυχόν παράβαση νόμου, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως έκρινε ως αποδεκτές τις τεχνικές προσφορές των συμμετεχουσών εταιρειών «.....» και «.....», και περαιτέρω προχώρησε στην έγγραφη κλήση διευκρινήσεων ως προς τις οικονομικές τους προσφορές, θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της προδικαστικής της προσφυγής.

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας 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 αυτής και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτής για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και εφόσον ο διαγωνισμός έχει εκ των πραγμάτων προχωρήσει στο επόμενο και τελικό στάδιο, έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων, σε κάθε δε περίπτωση δεν δύναται να υπογραφεί η σύμβαση, το δικαίωμα της προσφεύγουσας και η εύλογη προσδοκία της περί ανάδειξη αυτής ως αναδόχου της εν λόγω σύμβασης δεν θίγεται σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της προδικαστικής της προσφυγής.

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής– ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων της αιτούσας.

Αριθμός απόφασης: Α 85 / 2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 25 Φεβρουαρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης