

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 2 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 24.01.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 134/27.01.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «... δ.τ. “ ...”», που εδρεύει στ.. ..., ... αριθ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, εφεξής ο «προσφεύγων».

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...» και κατά της με αρ. Πρωτ. ... διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός δημόσιος διαγωνισμός με ανοικτή διαδικασία, με αντικείμενο την προμήθεια και εγκατάσταση του εξοπλισμού για την αναβάθμιση της λειτουργίας της Ε.Ε.Λ. ..., εφεξής «η προσβαλλόμενη».

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

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 3.983,04 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... , την πληρωμή στην τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Το παράβολο

Αριθμός Απόφασης: Α 87/2022

υπολογίστηκε βάσει του προυπολογιζόμενου ποσού της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, ποσού 796.608,00 ευρώ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την με αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξη προκήρυξε ηλεκτρονικό δημόσιο διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία, με αντικείμενο την προμήθεια και εγκατάσταση του εξοπλισμού για την αναβάθμιση της λειτουργίας της Ε.Ε.Λ. ..., όπως αυτή περιγράφεται στο Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης, τη θέση σε λειτουργία του εξοπλισμού και η 3μηνη λειτουργία αυτού. Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : CPV ... (Μηχανήματα επεξεργασίας λυμάτων) και συμπληρωματικού CPV ... (Υπηρεσίες εγκατάστασης μηχανημάτων και εξοπλισμού). Η εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των επτακοσίων ενενήντα έξι χιλιάδων εξακοσίων οκτώ Ευρώ (796.608,00 Ευρώ), πλέον Φ.Π.Α. 24%, ποσού εκατόν ενενήντα μίας χιλιάδων εκατόν ογδόντα πέντε Ευρώ και ενενήντα δύο λεπτών (191.185,92 Ευρώ). Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής. Σύμφωνα με το άρθρο 1.5. της Διακήρυξης, ως καταληκτική ημερομηνία παραλαβής Προσφορών των Διαγωνιζομένων ορίστηκε η 4η Φεβρουαρίου 2022 και ώρα 15:00.

3. Επειδή, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 31-12-2021. Τα έγγραφα της παρούσας διαδικασίας δημόσιας σύμβασης καταχωρήθηκαν στο σχετικό ηλεκτρονικό χώρο του ΕΣΗΔΗΣ-προμήθειες/υπηρεσίες 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 ΙV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 24-01-2022, δεδομένου ότι ο προσφεύγων, ως ισχυρίζεται, έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 13-01-2022, η δε διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 30-12-2021. Σημειώνεται ότι η καταληκτική προθεσμία άσκησης της προσφυγής (23-01-2022) συνέπιπτε με ημέρα

Αριθμός Απόφασης: Α 87/2022

Κυριακή, ήτοι εξαιρεσίμη, κατά Νόμον, ημέρα. 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, ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή καθώς, ως ισχυρίζεται, δραστηριοποιείται ενεργά, μεταξύ άλλων, στον τομέα που αποτελεί αντικείμενο του ένδικου διαγωνισμού (προμήθεια, εγκατάσταση εξοπλισμού και λειτουργία Εγκατάστασης Επεξεργασίας Λυμάτων) και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει την εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, πλην όμως, λόγω των μη νόμιμων όρων της διακήρυξης, ως αυτοί ειδικότερα εκτίθενται στην προσφυγή, αποκλείεται, άλλως καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή του και δη με εύλογες πιθανότητες επιτυχίας στον διαγωνισμό.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 27-01-2022 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.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 148/2022 Πράξη του 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.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί του σωρευόμενου στην προσφυγή αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων. Στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής εκτίθενται τα ακόλουθα αναφορικά με το αίτημα αναστολής του προσφεύγοντος: *«[...]Όπως προκύπτει από το προαναφερόμενο αίτημα αναστολής, ο προσφεύγων δεν διαλαμβάνει ειδικούς ισχυρισμούς και δεν επικαλείται συγκεκριμένα πραγματικά περιστατικά που να αποδεικνύουν την βλάβη του από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά αρκείται σε γενικόλογες και ανυπόστατες αναφορές περί δυσχερούς επαναφοράς των πραγμάτων στην προτέρα κατάσταση, δεδομένου άλλωστε ότι εκκρεμώσης της προδικαστικής προσφυγής, κωλύεται η υπογραφή της*

Αριθμός Απόφασης: Α 87/2022

σύμβασης. Συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας ή ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται ο σκοπός της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής, ο οποίος είναι η αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού (βλ. ΑΕΠΠ Α75/2017, Α97/2017, Α16/2018, Α29/2018). Περαιτέρω, ακόμη και στην αδόκητη περίπτωση που η υπό κρίση προσφυγή κριθεί βάσιμη, τούτο θα έχει ως αποτέλεσμα την ακύρωση της προσβαλλομένης διακήρυξης, σύμφωνα με το αίτημα του προσφεύγοντος, και την επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με διαφορετικούς όρους, οπότε και ουδεμία ζημία θα έχει υποστεί ο προσφεύγων. Στην σφόδρα πιθανολογούμενη, όμως, περίπτωση, κατά την οποία η προδικαστική προσφυγή κριθεί απαράδεκτη ή Νόμω και ουσία αβάσιμη, θα έχει χαθεί πολύτιμος χρόνος από την εγκατάσταση της μονάδας επεξεργασίας λυμάτων, με όσες δυσμενείς συνέπειες θα έχει το γεγονός αυτό στα συνταγματικώς προστατευόμενα αγαθά του περιβάλλοντος και της δημόσιας υγείας, λόγω της υφιστάμενης πεπαλαιωμένης μονάδας επεξεργασίας λυμάτων. Έτσι, από την αναστολή της συνέχισης της διαδικασίας, θα προκληθεί υπέρμετρη καθυστέρηση (τουλάχιστον δύο μήνων) στην δημοπράτηση της εν λόγω προμήθειας, η οποία -ως προανεφέρθη- εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον και συντρέχει επιτακτική ανάγκη να υλοποιηθεί όσο το δυνατόν συντομότερα. Στο σημείο αυτό θα πρέπει να τονισθεί, συμπληρωματικά με τα αναφερόμενα ανωτέρω πραγματικά περιστατικά για την ανεπαρκή λειτουργία της παλαιάς μονάδας επεξεργασίας λυμάτων, ότι ήδη έχει επιβληθεί στον Δήμο μας πρόστιμο για παραβίαση της περιβαλλοντικής νομοθεσίας, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. ... απόφαση του Αντιπεριφερειάρχη ... της Περιφέρειας ... Για τον λόγο αυτό, ευθύς ως εξεδόθη η υπ' αριθμ. ... απόφαση έγκρισης περιβαλλοντικών όρων, συμβατών με την νέα νομοθεσία, προβήκαμε άμεσα και χωρίς καμία χρονοτριβή στην προκήρυξη του διαγωνισμού, προκειμένου ο Δήμος να συμμορφωθεί άμεσα με την ΑΕΠΟ αυτή και να διορθωθούν τα προβλήματα της παλαιάς μονάδας επεξεργασίας λυμάτων, όσο το δυνατόν συντομότερα. Κατόπιν των ανωτέρω και από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, προκύπτει ότι η χορήγηση της αναστολής θα επιφέρει

Αριθμός Απόφασης: Α 87/2022

αδικοιολόγητη καθυστέρηση της διαγωνιστικής διαδικασίας, χωρίς να υπάρχουν συμφέροντα που θίγονται από την προόδo της, δεδομένου άλλωστε του απαραδέκτου και της αβασιμότητας της υπό κρίση προσφυγής, αλλά και της εκ του Νόμου απαγόρευσης της σύναψης σύμβασης, λόγω της άσκησης της. Οι αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι δεδομένες και ιδιαίτερος δυσμενείς, αφού η καθυστέρηση εγκατάστασης της προμήθειας θα έχει σοβαρές επιπτώσεις για το περιβάλλον και τη δημόσια υγεία, εξαιτίας των καθυστερήσεων στη διαγωνιστική διαδικασία, ενώ οποιοδήποτε μέτρο και να ληφθεί δεν θα δημιουργήσει κανένα όφελος, ούτε υπέρ του δημοσίου συμφέροντος, αλλά ούτε ακόμα και υπέρ αυτού του ίδιου του προσφεύγοντος, ο οποίος άλλωστε αιτείται την καθ' ολοκληρία ακύρωση της διακήρυξης[...]»

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

11. 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[...]

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». 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

Αριθμός Απόφασης: Α 87/2022

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 ανεπανάρθωτης βλάβης ή ζημίας.

13. 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 (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

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

15. Επειδή, α) η υπό κρίση Προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) ενδέχεται να υφίσταται βλάβη του αιτούντος από την προσβαλλόμενη πράξη, γ) οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) η επίκληση από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής ζημίας, λόγω βλάβης της δημόσιας υγείας, σταθμίζεται οπωσδήποτε με την αρχή της νομιμότητας, ενόψει, αφενός μεν της επικαλούμενης από ετών παλαιότητας της υφιστάμενης μονάδας κι, αφετέρου της περιορισμένης διάρκειας των προσωρινών μέτρων.

Αριθμός Απόφασης: Α 87/2022

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, 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 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. Περαιτέρω, πέραν του γεγονότος ότι δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από την αναθέτουσα αρχή, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της, δηλαδή, σε σχέση με τη χορήγηση προσωρινών μέτρων, 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 ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη. Επομένως παρίσταται πρόδηλη η αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να δίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

Διατάσσει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 2η Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ