

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26.08.2019, με την εξής σύνθεση:
Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Γερασιμούλα –
Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 16.08.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1037/19.08.2019 1. της ένωσης εταιρειών με την επωνυμία «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται, ενός εκάστου των μελών αυτής 2. της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και δ.τ. «.....», που εδρεύει στο, όπως νομίμως εκπροσωπείται, 3. της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και δ.τ. «....., που εδρεύει στην,, όπως νομίμως εκπροσωπείται 4. της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και δ.τ. «.....», που εδρεύει στην, όπως νομίμως εκπροσωπείται και 5. της εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου, που εδρεύει στην

Με την Προδικαστική Προσφυγή τους οι προσφεύγοντες επιδιώκουν την ακύρωση της υπ' αριθ. 113/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), αναφορικά με την υπ' αριθ. διακήρυξη για την «.....». Ετέρωθεν, οι προσφεύγοντες αιτούνται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της ανωτέρω διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αριθμός απόφασης: Α 403 / 2019

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 14.884,50 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ.Προκήρυξη του Δήμου προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου, άνω των ορίων, διαγωνισμού, για την ανάδειξη αναδόχου για την «.....», προϋπολογισμού 2.976.889,50€ πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει του χαμηλότερου συνδυαστικού κόστους κύκλου ζωής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 06.11.2018 με ΑΔΑΜ, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου αποστολής (02.11.2018) της Προκήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 05.08.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 16.08.2019, ήτοι κατά παρέκταση εντός της νόμιμης

Αριθμός απόφασης: Α 403 / 2019

προθεσμίας, αφού η 15^η.08.2019 ήταν ημέρα αργία (βλ. Α.Ε.Π.Π. 210/2019, 567/2018, 524/2018, 330/2018, 175/2017).

4. 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). Περαιτέρω, 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».

5. 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 προδήλως παραδεκτό 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

Αριθμός απόφασης: Α 403 / 2019

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- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί 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.

6. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία με τις υπ' αριθ. ΑΕΠΠ 738,739,740/2019 αποφάσεις απερρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή της κοινοπραξίας, έγινε δεκτή η προδικαστική προσφυγή της ένωσης εταιρειών με την επωνυμία «.....», κατά το μέρος που αφορούσε την 1η των προσφευγόντων ένωση εταιρειών και την «.....» και έγινε δεκτή, προσέτι, η προδικαστική προσφυγή της 1ης των προσφευγόντων, ένωσης εταιρειών «.....» κατά το μέρος που αφορούσε την ένωση εταιρειών με την επωνυμία «.....» και κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω απεκλείσθησαν όλοι οι διαγωνιζόμενοι από τον υπόψη διαγωνισμό. Κατά των προαναφερόμενων αποφάσεων αυτών και κατά το μέρος που απεκλείσθη η προσφορά της 1ης των προσφευγόντων, η τελευταία, ένωση εταιρειών «.....» άσκησε ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών την υπ' αριθμ. καταχ. ANM313/29-07-2019 Αίτηση Αναστολής, η οποία προσδιορίσθηκε να συζητηθεί ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών στις 30 Αυγούστου 2019. Με την παρούσα Προδικαστική Προσφυγή τους οι προσφεύγοντες στρέφονται κατά της προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτήν κηρύσσεται άγονος ο διαγωνισμός σε συμμόρφωση με τις υπ' αριθ. ΑΕΠΠ 738,739,740/2019 αποφάσεις, υποστηρίζοντας ότι κατά το μέρος αυτό η προσβαλλόμενη πράξη είναι εκτελεστή και ότι κατά παράβαση του νόμου αυτή ελήφθη, εφόσον ο αποκλεισμός τους δεν ήταν νόμιμος και για το λόγο αυτόν ασκήθηκε η ανωτέρω αίτηση αναστολής, ο υπό εξέταση διαγωνισμός δεν είναι άγονος,

Αριθμός απόφασης: Α 403 / 2019

αφού θα απομένει μια τουλάχιστον νόμιμη προσφορά, αυτή της 1ης των προσφευγόντων ένωσης εταιρειών.

7. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 86/2018, ΣτΕ ΟΛ 12-15/2018, πρβλ. ΣτΕ ΕΑ ΟΛ 146-148/2016, ΔΕφΑΘ 26/2019).

8. Επειδή, στην υπό κρίση περίπτωση και σύμφωνα με το πραγματικό αυτής, όπως ανωτέρω έγινε δεκτό (σκέψη 6 της παρούσας), δεν προκύπτει άμεση ζημία των προσφευγόντων, δεδομένου ότι δεν υφίσταται κατά τα προρρηθέντα μια προσωρινά προστατευτέα αξίωση, αφού σε περίπτωση τυχόν ευδοκίμησης των ενδίκων βοηθημάτων είτε της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής είτε της ακσηθείσας Αίτησης Αναστολής επί των υπ' αριθ. ΑΕΠΠ 738,739,740/2019 αποφάσεων, στην οποία η Α.Ε.Π.Π. θα συμμορφωθεί, η προσβαλλόμενη πράξη θα ακυρωθεί και η υπόψη διαγωνιστική διαδικασία θα εκκινήσει εκ νέου από το τελευταίο στάδιο που ευρίσκεται. Με άλλα λόγια και εφόσον οι ανωτέρω αποφάσεις της Α.Ε.Π.Π. δεν έχουν ανασταλεί, πολλώ δε μάλλον ακυρωθεί, εξακολουθούν να ισχύουν, η, δε, προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής ελήφθη σε πλήρη συμμόρφωση με αυτές και ως εκ τούτου ουδεμία βλάβη των προσφευγόντων στο παρόν στάδιο προς έννομη προστασία υφίσταται, αφού δεν υφίστανται οι περιστάσεις εκείνες που να καθιστούν αλυσιτελή τυχόν αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής κατά τα προαναφερόμενα. Σε κάθε

Αριθμός απόφασης: Α 403 / 2019

περίπτωση, δεν έχει, εισέτι, τυχόν κριθεί ότι η απόρριψη της προσφοράς της 1^{ης} των προσφευγόντων ήτο μη νόμιμη, ως οι προσφεύγοντες αορίστως υποστηρίζουν και δεν εξειδικεύεται σε τι συνίσταται τυχόν βλάβη τους που να αιτιολογεί χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων. Εξάλλου, σε περίπτωση τυχόν ευδοκίμησης των ως άνω ενδίκων βοηθημάτων είναι δυνατή η επαναφορά της υπό εξέταση διαγωνιστικής διαδικασίας στην προτεραία κατάσταση και ως εκ τούτου δεν πληρούται η *ratio* της διάταξης του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 περί χορήγησης προσωρινών μέτρων για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, περιπτώσεις που εν προκειμένω δεν συντρέχουν.

9. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 26 Αυγούστου 2019, συντάχθηκε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Μαρία Κων. Μανδράκη

Η Γραμματέας

Ελένη Κατσίκια