



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

ΑΠΟΦΑΣΗ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. Α22/2017

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Το 5^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ αποτελούμενο από τους: Κωνσταντίνο Κορομπέλη, Πρόεδρο, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου (Εισηγήτρια) και Μαρία Μανδράκη, Μέλη,

στο πλαίσιο εξέτασης της από, με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ/....., Ειδ. Αριθ. Κατ. V/....../..... και χρέωσης στο 5ο Κλιμάκιο με το από ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα της Γραμματείας του 5ου Κλιμακίου, Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και με δ.τ. «.....», η οποία εδρεύει

κατά της με αριθ./2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Χίου, η οποία αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την, αναφορικά με την υπ' αριθ./2017 Διακήρυξη για τη διενέργεια ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού με αντικείμενο την «Προμήθεια» του, με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάσει τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-κόστους, συνολικού προϋπολογισμού €, πλέον ΦΠΑ

με την οποία ανωτέρω απόφαση η Προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή εσφαλμένως έκανε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας «.....» στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, για τους λόγους που αναφέρει στην κρινόμενη Προδικαστική της Προσφυγή, και όσον αφορά στο τμήμα 1 αυτού, ήτοι την προμήθεια, προϋπολογισθείσας αξίας ευρώ, πλέον ΦΠΑ,

και επιλαμβανόμενο του Αιτήματος Αναστολής - Προσωρινών Μέτρων το οποίο σωρεύει στην υπό κρίση προσφυγή της η Προσφεύγουσα εταιρεία,

αφού άκουσε την εισήγηση του Εισηγητή,

μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά Νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό

.....), ποσού 600,00 €, το οποίο και υπολογίζεται με βάση τον προϋπολογισμό του τμήματος 1,, εκτιμώμενης αξίας €, πλέον ΦΠΑ€

2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

3. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη της Οικονομικής Επιτροπής αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 10.10.2017, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 20.10.2017.

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).

5. 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».

6. 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.

7. 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, παράβαση διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

8. 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 μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.).

9. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της με αριθ./2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του, η οποία αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 10.10.2017, αναφορικά με την υπ' αριθ./2017 Διακήρυξη για τη διενέργεια ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού με αντικείμενο την «Προμήθεια» του, με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-κόστους, συνολικού προϋπολογισμού € χωρίς ΦΠΑ, με την οποία ανωτέρω απόφαση η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή εσφαλμένως έκανε αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας «.....» στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, για τους λόγους που αναφέρει στην κρινόμενη Προδικαστική της Προσφυγή, και όσον αφορά στο τμήμα 1 αυτού, ήτοι την προμήθεια, προϋπολογισθείσας αξίας ευρώ, πλέον ΦΠΑ. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η τεχνική προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας «.....» δε συμβαδίζει με τους απαιτούμενους επί ποινή αποκλεισμού όρους της διακήρυξης, αφενός διότι τα πιστοποιητικά συμμόρφωσης που προσκόμισε η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης, και δε δεν επαρκούν για την πιστοποίηση της ποιότητας του συνόλου των προσφερόμενων προϊόντων, και

αφετέρου διότι οι προσκομισθείσες δηλώσεις δέσμευσης προμήθειας που προσκομίζονται από τους κατασκευαστές επιμέρους τμημάτων των υπό ανάθεση προϊόντων -για την περίπτωση που αυτά δεν κατασκευάζονται απευθείας από την προσφέρουσα- ομοίως δεν συντάχθηκαν σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης. Κατόπιν τούτου, με την υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της με αριθ./2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του κατά το μέρος που με αυτήν εγκρίνεται η συμμετοχή της προσφεύγουσας εταιρίας στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, και ως εκ τούτου την απόρριψη της προσφοράς της, προβάλλοντας παράλληλα το αίτημα αναστολής της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

10. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε κατά παράβαση της ευρωπαϊκής και εσωτερικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της έτερης μοναδικής διαγωνιζόμενης εταιρίας «.....».

11. 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 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα εταιρεία προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως τον πλήρη φάκελο της προσφοράς της, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία παρανόμως έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της εταιρίας «.....», η ίδια η προσφεύγουσα υφίσταται ζημία, αφού κατόπιν συμμετοχής και των δύο διαγωνιζόμενων εταιριών στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού (άνοιγμα οικονομικών προσφορών), ενδέχεται να επέλθει, έστω και προσωρινά, η κατακύρωση της επίμαχης σύμβασης στη συνδιαγωνιζόμενη εταιρία, η οποία αφού εν τέλει διαγνωσθεί οριστικά η κριθείσα διαφορά, θα κηρυχθεί

έκπτωτη, καθυστερώντας άνευ λόγου τη διαδικασία ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης, ενώ, από την άλλη πλευρά, η αναστολή προόδου του διαγωνισμού διασφαλίζει προσωρινά την εύλογη προσδοκία της προσφεύγουσας να της κατακυρωθεί άμεσα η επίμαχη σύμβαση προμήθειας, αποκλειόμενης της μοναδικής έτερης συμμετέχουσας εταιρίας, ένεκα της πλημμέλειας της προσφοράς της. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα αιτείται την προσωρινή διασφάλιση του ως άνω δικαιώματός της έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής της, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος της για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ' αυτής βλάβη της.

13. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συντελέσθη με την προσβαλλομένη, και με την κρίση αυτής να κάνει αποδεκτή την προσφορά της μοναδικής έτερης διαγωνιζόμενης εταιρίας «.....», απαιτεί ενδελεχή έρευνα των στοιχείων που απαρτίζουν την τεχνική προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας, και συγκεκριμένα έλεγχο της φύσεως, του περιεχομένου και της προελεύσεως των πιστοποιητικών συμμόρφωσης που αυτή προσκόμισε προς απόδειξη της κάλυψης των τεχνικών προδιαγραφών των υπό ανάθεση προϊόντων, σε σχέση με τους απαραίτατους όρους της διακήρυξης, όπως και εξέταση του νομότυπου χαρακτήρα των δηλώσεων δέσμευσης προμήθειας που προσκόμισε η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία εκ μέρους των κατασκευαστών επιμέρους τμημάτων των υπό ανάθεση προϊόντων, σε σχέση με τις σχετικές απαιτήσεις της διακήρυξης, κρίση η οποία απαιτεί λεπτομερή και προσεχτική εξέταση του περιεχομένου των κρίσιμων στοιχείων που απαρτίζουν την τεχνική προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας, και η οποία σε κάθε περίπτωση δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

14. Επειδή, νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, ενώ προσέτι η πρόοδος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποσφράγιση και τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών και την έκδοση οριστικής κατακυρωτικής απόφασης ήθελε βασίμως θεωρηθεί ότι ζημιώνει την προσφεύγουσα, ενώ παράλληλα καθιστά αλυσιτελή την αποδοχή της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....».

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μόνον του Τμήματος 1, προμήθεια, της υπ' αριθ./2017 Διακήρυξης για τη διενέργεια ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού με αντικείμενο την «Προμήθεια» του, με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-κόστους, συνολικού προϋπολογισμού €, χωρίς ΦΠΑ και μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 30 Οκτωβρίου 2017, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Εισηγητή και δημοσιεύθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Βασιλική Κ. Μπάκου