

Η

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

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 27.11.2017 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη –Εισηγήτρια- και
Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 17.11.2017 Προδικαστική Προσφυγή, με
Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών
ΑΕΠΠ 259/17-11-2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) V/44/17-11-2017
της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «.....», νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Κατά της απόφασης της(10^{ης} /2017 Συνεδρίασης που
έλαβε χώρα την 2^η/11/2017) του, που αποδέχεται το από 26-10-2017
πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας του Διεθνούς, Ανοικτού, Ηλεκτρονικού
διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με τη με αριθμ. Διακήρυξη με
αντικείμενο την «Προμήθεια Υλικών και Παροχή Υπηρεσιών για τις
εγκαταστάσεις Ψύξης-Θέρμανσης των κτιρίων του, συνολικής
προϋπολογισθείσας δαπάνης 515.104,70 €, πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο
ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει
τιμής.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την
ακύρωση ή άλλως μεταρρύθμιση της ανωτέρω προσβαλλόμενης απόφασης
κατά το μέρος που, στο στάδιο ελέγχου των υποφακέλων «Δικαιολογητικά
Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», έγινε αποδεκτή η προσφορά της
συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας «.....».

Αριθμός απόφασης: Α 54/2017

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως διαταχθεί η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης και της περαιτέρω προόδου του διαγωνισμού, έως την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

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 174772313958 0115 0062), ποσού 2.575,53€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογισθείσα δαπάνη σύμφωνα με τη σύμβαση, ύψους 515.104,70€ χωρίς Φ.Π.Α.

2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια και υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 515.104,70 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, 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 Επιτροπής αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) στις 09.11.2017, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 16.11.2017.

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

Αριθμός απόφασης: Α 54/2017

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

Αριθμός απόφασης: Α 54/2017

κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

7. 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.).

8. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της απόφασης της (10/2017 Συνεδρίαση που έλαβε χώρα την 2^η/11/2017) που αποδέχεται το από 26-10-2017 πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας του Διεθνούς, Ανοικτού, Ηλεκτρονικού διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με τη με αριθμ. Διακήρυξη με αντικείμενο την «Προμήθεια Υλικών και Παροχή Υπηρεσιών για τις εγκαταστάσεις Ψύξης - Θέρμανσης των κτιρίων του», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 515.104,70 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ, με την οποία ανωτέρω απόφαση η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή εσφαλμένως δέχθηκε την τεχνική προσφορά της προσφέρουσας εταιρίας «.....», καθότι, όπως ισχυρίζεται, ο φάκελος δικαιολογητικών της ως άνω εταιρίας δεν ήταν πλήρης και σύμφωνος με τους όρους της Διακήρυξης αλλά και το οικείο νομοθετικό πλαίσιο. Κατόπιν τούτου, με την υπό κρίση Προσφυγή της, αιτείται την ακύρωση της προσβαλλομένης πράξης με το κατά τα ανωτέρω περιεχόμενο, προβάλλοντας παράλληλα το αίτημα αναστολής προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

9. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι, αν και έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως

Αριθμός απόφασης: Α 54/2017

την προσφορά της για την προμήθεια υλικών και την παροχή υπηρεσιών για τις εγκαταστάσεις Ψύξης - Θέρμανσης των κτιρίων του, και έχει γίνει αποδεκτή σε αυτό το στάδιο (η προσφορά της) από την αναθέτουσα αρχή, αυξάνοντας συνακόλουθα την εύλογη προσδοκία της προσφέρουσας/προσφεύγουσας να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, παράλληλα κατ'εσφαλμένη εκτίμηση της αναθέτουσας αρχής, έγινε αποδεκτή στο στάδιο «Δικαιολογητικά –Τεχνική Προσφορά» και η προσφορά έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας και ως εκ τούτου υφίσταται κίνδυνος ζημίας της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που προχωρήσει η διαγωνιστική διαδικασία και στο στάδιο των οικονομικών προσφορών, να κριθεί συμφέρουσα η οικονομική προσφορά της έτερης εταιρίας «.....» και να συναφθεί με την ως άνω αναφερόμενη η υπό κρίση σύμβαση.

10. 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).

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα εταιρεία προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και η ίδια έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως τον πλήρη φάκελο της προσφοράς, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία παρανόμως έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της έτερης εταιρίας, υφίσταται ζημία, αφού

Αριθμός απόφασης: Α 54/2017

εulόγως προσδοκά την ανάδειξη αυτής της ίδιας ως αναδόχου της εν λόγω σύμβασης. Ως εκ τούτου, 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.

12. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συντελέσθη με την προσβαλλομένη πράξη και με την κρίση αυτής, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχεται δε τεχνική κρίση που 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).

13. 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 των συμμετεχουσών εταιριών, ήθελε βασίμως θεωρηθεί ότι πλήττει το κύρος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, σε περίπτωση που κριθεί ότι η αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της πληττόμενης εταιρίας παραβιάζει το ενωσιακό και εθνικό δίκαιο δημοσίων συμβάσεων.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της αιτούσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 54/2017

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 27 Νοεμβρίου 2017 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Βασιλική Κ. Μπάκου