

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Απριλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής - λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 30.03.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 385/31.03.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «» και διακριτικό τίτλο «», που εδρεύει στην, επί της οδού αρ., Τ.Κ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της(.....) (εφεξής «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 123/2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της, κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της και αποκλείστηκε από το διαγωνισμό για τη σύναψη συμφωνίας – πλαίσιο για τη «Λειτουργία της Εγκατάστασης Επεξεργασίας Νερού (.....)». Ταυτόχρονα η προσφεύγουσα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και να ληφθεί κάθε άλλο προσωρινό μέτρο, έως την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: Α118/2020

1. Επειδή, η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 385/31.03.2020 προδικαστική προσφυγή, συναφώς και το κρινόμενο αίτημα προσωρινής προστασίας που σωρεύεται σε αυτήν, εισήχθη προς εξέταση ενώπιον της Επταμελούς Σύθεσης της Αρχής, δυνάμει της με αρ. 496/2020 Πράξης του Προέδρου της, με την οποία επιπλέον ορίστηκε Εισηγητής και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), 1, 2-3, 5-9, 12-15 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2-3, 6, 8 και 9 του π.δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικόμε την ένδειξη «δεσμευμένο», εξοφληθέν δυνάμει του από 30.03.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της), ύψους 15.000,00€.

3. Επειδή, με την υπ' αριθμ. Διακήρυξη της προκηρύχθηκε διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός με ανοιχτή διαδικασία για τη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο με τρεις (3) οικονομικούς φορείς για τη «Λειτουργία της Εγκατάστασης Επεξεργασίας Νερού (.....)», διάρκειας σαράντα (40) μηνών με δικαίωμα προαίρεσης για επιπλέον είκοσι (20) μήνες, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, συνολικής προϋπολογιζόμενης αξίας συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης 13.678.400,00 € πλέον ΦΠΑ και χωρίς το δικαίωμα προαίρεσης 9.155.600,00 € πλέον ΦΠΑ. [CPV: 6512000 (Λειτουργία σταθμού καθαρισμού του νερού), 24962000-5 (Χημικά επεξεργασίας νερού)]. Περίληψη της Διακήρυξης εστάλη με ηλεκτρονικά μέσα στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 12.06.2019. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο

Αριθμός Απόφασης: Α118/2020

Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 14.06.2019 με ΑΔΑΜ:, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός). Στο άρθρο 1.3.1 της Διακήρυξης, ορίζεται το αντικείμενο της συμφωνίας – πλαίσιο, ως εξής: «Πρόκειται για συμφωνία πλαίσιο με μεικτό αντικείμενο, παροχής υπηρεσιών και προμήθειας, σύμφωνα με το άρθρο 225 του ν. 4412/2016 με κύριο αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών. Αντικείμενο της συμφωνίας-πλαίσιο είναι η παροχή υπηρεσιών για τη λειτουργία της Εγκατάστασης (κωδ. NUTS GR122) και ειδικότερα η αποδοτική λειτουργία, συντήρηση και συνολική ευθύνη της Α1 Φάσης της Εγκατάστασης Επεξεργασίας Νερού (.....) από τον ποταμό Αλιάκμονα, για επεξεργασία νερού έως 150.000 m³ ανά ημέρα, καθώς και η προμήθεια των χημικών επεξεργασίας νερού που περιγράφονται στις Τεχνικές Προδιαγραφές, που αποτελούν το Παράρτημα ΙΙ της παρούσας διακήρυξης. Μετά την ολοκλήρωση της κατασκευής της Α2 Φάσης της, η οποία εκτιμάται ότι δεν θα ολοκληρωθεί πριν από 24 μήνες από τη δημοσίευση της παρούσας, (με μέγιστη δυναμικότητα επεξεργασίας νερού επιπλέον 150.000 m³ ανά ημέρα), αντικείμενο της συμφωνίας-πλαίσιο θα είναι η ίδια ως άνω περιγραφόμενη παροχή υπηρεσιών, αλλά η προμήθεια των χημικών επεξεργασίας νερού που περιγράφονται στις Τεχνικές Προδιαγραφές, που αποτελούν το Παράρτημα ΙΙ της παρούσας διακήρυξης θα αφορούν το νερό τόσο της Α1 όσο και της Α2 Φάσης συνολικής μέγιστης δυναμικότητας επεξεργασίας νερού 300.000 m³ ανά ημέρα. Η παροχή υπηρεσιών της συμφωνίας-πλαίσιο κατατάσσονται στον ακόλουθο κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): 6512000 (Λειτουργία σταθμού καθαρισμού του νερού), 24962000-5 (Χημικά επεξεργασίας νερού). Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της συμφωνίας-πλαίσιο δίδεται στο Παράρτημα Ι της παρούσας διακήρυξης». Σύμφωνα, δε, με το άρθρο 1.3.3 «Αριθμός συμβαλλομένων οικονομικών φορέων» της Διακήρυξης, η ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας θα οδηγήσει στη σύναψη συμφωνίας-πλαίσιο με τρεις (3) οικονομικούς φορείς, εφόσον υπάρχει επαρκής αριθμός οικονομικών φορέων

που πληρούν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και υποβάλλουν αποδεκτές προσφορές, ενώ σε περίπτωση ανάδειξης μικρότερου αριθμού οικονομικών φορέων, μπορεί να συναφθεί συμφωνία-πλαίσιο με λιγότερους ή όλους τους οικονομικούς φορείς (π.χ. έναν ή και δύο οικονομικούς φορείς). Στο διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορές, η προσφεύγουσα (προσφορά με α/α συστήματος) και η διαγωνιζόμενη Κοινοπραξία με την επωνυμία « » (προσφορά με α/α συστήματος). Κατόπιν της αποσφράγισης των φακέλων «δικαιολογητικά συμμετοχής – τεχνική προσφορά» των διαγωνιζομένων, με την προσβαλλόμενη απόφαση αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας.

4. Επειδή, η προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2018, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 20.03.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 30.03.2020, κοινοποιήθηκε, δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα αυθημερόν.

6. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί η προσφεύγουσα την προδικαστική προσφυγή, καθώς υφίσταται βλάβη από την προσβαλλόμενη, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της και αποκλείστηκε από το διαγωνισμό.

7. Επειδή, στις 30.03.2020 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς την έτερη διαγωνιζόμενη, μέσω

του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι παρανόμως αποκλείστηκε από το διαγωνισμό, για λόγους που άπτονται του δανείζοντος αυτήν εμπειρία, καθώς και ότι ο αναθέτων φορέας όφειλε να της ζητήσει την αντικατάσταση αυτού, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 78 του Ν.4412/2016.

9. 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).

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»*.

11. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεύει να αποτρέψει τη

δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. 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, κατά τα προαναφερόμενα, η με Γ.Α.Κ. 385/31.03.2020 προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη. Σε κάθε, δε, περίπτωση η προσφεύγουσα προβάλλει συγκεκριμένους λόγους, αποδίδοντας πλημμέλειες στην προσβαλλόμενη απόφαση. Ενόψει, δε, των προβαλλόμενων αιτιάσεων, αυτές χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, μελέτης του συνόλου των εγγράφων της σύμβασης και των προσφορών των διαγωνιζομένων, καθώς επίσης και συνεκτίμησης των απόψεων και των πορισμάτων της επιστήμης και της νομολογίας. Συνακόλουθα η κρίση τόσο επί του παραδεκτού όσο και επί του βασίμου της προσφυγής, δεν μπορεί να εξενεχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 46/2015, 41/2015, 35/2015, 10/2015, 9/2015), αλλά μόνο με την οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

13. Επειδή, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της κρίσης επί των φακέλων των «δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών», η συνέχιση του διαγωνισμού και δη η πρόοδος στο επόμενο στάδιο, ήτοι σε αυτό του ανοίγματος οικονομικών προσφορών και επικύρωσης του οικείου πρακτικού, δύναται, σε περίπτωση ακύρωσης της προσβαλλόμενης, να οδηγήσει στη δημιουργία ανεπανόρθωτων ή, σε κάθε περίπτωση, δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων, καθώς τυχόν ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την εκδοθησόμενη εκτελεστή πράξη έγκρισης πρακτικού οικονομικών προσφορών άρα και προσωρινής κατακύρωσης, οδηγώντας τοιοιτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση του αναθέτοντος φορέα να ακυρώνει πράξεις, με συνέπεια περαιτέρω χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης.

Ωστόσο, οι ως άνω καταστάσεις δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας.

14. Επειδή, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από τον αναθέτοντα φορέα, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του από τη χορήγηση προσωρινών μέτρων. Περαιτέρω, 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 εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη. Εξάλλου, η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια, και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία.

15. Επειδή, συνακόλουθα, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων, λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

16. Επειδή, συνεπώς, πρέπει να διαταχθεί, η αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της με ΓΑΚ Α.Ε.Π.Π. 385/31.03.2020 προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 8 Απριλίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

**Φώτιος Θεοδ. Κασιγιαννης
Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.**

Ο Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πουρναράς