

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 27.03.2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου -Εισηγήτρια- και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 18.03.2019 Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 338/18.03.2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα «.....» με διακριτικό τίτλο «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του και της υπ' αριθ. 1583/2/28-02-2019 απόφασης του Δ.Σ. του περί απορρίψεως της προσφοράς της εταιρείας «.....» στο σύνολό της και για όλα τα Τμήματα της σύμβασης, περί κατακύρωσης του αποτελέσματος του Διαγωνισμού για το Τμήμα 14 (.....) της σύμβασης στην εταιρεία «.....», περί ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας για το Τμήμα 7 (.....) της σύμβασης και περί επαναπροκήρυξης αυτού.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αριθ. 1583/2/28-02-2019 απόφασης του Δ.Σ. του με την οποία, απορρίφθηκε στο σύνολό της η προσφορά της προσφεύγουσας, κατακυρώθηκε το Τμήμα 14 (.....) της σύμβασης

Αριθμός απόφασης: Α 134/2019

στην εταιρεία «.....», ματαιώθηκε η διαγωνιστική διαδικασία για το Τμήμα 7 (.....) της σύμβασης και αποφασίστηκε η προκήρυξη νέου διαγωνισμού για το εν λόγω Τμήμα. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα αιτείται να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης και δη η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προσφυγής.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. Διακήρυξη του προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός, ανοικτός, διεθνής, δημόσιος διαγωνισμός με αντικείμενο την «.....» και προϋπολογισθείσα αξία 31.994.874,00 € (χωρίς ΦΠΑ). Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 27.04.2018 (αριθ. ανακοίνωσης στην ΕΕ:), στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 02.05.2018 (ΑΔΑΜ: 2018-05-02) και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 02.05.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό : α/α Ακολούθως, με την υπ' αριθ. και με ΑΔΑΜ 2018-05-15 απόφαση του Διοικητή του τροποποιήθηκαν οι όροι των άρθρων 2.2.5. και 2.2.6. της διακήρυξης, η οποία τροποποίηση δημοσιεύθηκε με το υπ' αριθ. συμπληρωματικό έντυπο στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Στον εν λόγω διαγωνισμό συμμετείχαν για το Τμήμα 7 της Ομάδας 2 του υπό ανάθεση αντικειμένου μόνον η προσφεύγουσα με κωδ. προσφοράς 98932 και για το Τμήμα 9 (.....) της Ομάδας 2 του υπό ανάθεση αντικειμένου δύο διαγωνιζόμενες εταιρίες, ήτοι η προσφεύγουσα με την με κωδ. 98932 προσφορά και η εταιρία «.....» με την με κωδ. 98533 προσφορά. Με την υπ' αριθ. 1561/02.08.2018 απόφαση του Διοικητή του εγκρίθηκαν αφενός μεν τα υπ' αριθ. 1 και 2/2018 Πρακτικά της αρμόδιας Επιτροπής του Διαγωνισμού περί αποδοχής των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών των διαγωνιζόμενων, αφετέρου δε το υπ' αριθ. 3/2018 Πρακτικό περί αποδοχής των οικονομικών προσφορών αυτών και ανάδειξης ως προσωρινών αναδόχων, μεταξύ άλλων, για τα Τμήματα 9

Αριθμός απόφασης: Α 134/2019

(.....), 10 (.....), 11 (.....), 18 (.....), 24 (.....) και 36 (.....), της εταιρίας «.....» και για τα Τμήματα 7 (.....) και 14 (.....) της εταιρίας «.....».

3. Επειδή, κατόπιν της από 17.08.2018 πρόσκλησης προς υποβολή των δικαιολογητικών της παραγράφου 3.2 της Διακήρυξης και της από 28.8.2018 ηλεκτρονικής αποσφράγισης αυτών, με την αριθ. 1563/2/4-9-2018 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του, έγινε αποδεκτή η ομόφωνη γνωμοδότηση της αρμόδιας Επιτροπής, όπως αυτή διατυπώθηκε με το αριθ. 4/03-09-2018 Πρακτικό της, και εγκρίθηκε η αποδοχή των φακέλων με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που υποβλήθηκαν από τους «προσωρινούς αναδόχους» και η κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού ανά Τμήμα της Σύμβασης και ανά Οικονομικό Φορέα, και μεταξύ αυτών, για τα Τμήματα 9 (.....), 10 (.....), 11 (.....), 18 (.....), 24 (.....) και 36 (.....), στην εταιρεία «.....» και για τα Τμήματα 7 (.....) και 14 (.....), στην εταιρεία «.....». Η παραπάνω απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου, κοινοποιήθηκε σε όλους τους προσφέροντες πλην των «προσωρινών αναδόχων», σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 105 του Ν.4412/2016, με την επισήμανση ότι για τα Τμήματα 9 (.....), 14 (.....) και 36 (.....) της Σύμβασης, είχαν κατατεθεί Προδικαστικές Προσφυγές αλλά δεν είχαν διαταχθεί προσωρινά μέτρα, με συνέπεια τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι και το στάδιο πριν την υπογραφή των σχετικών συμβάσεων, έως ότου η ΑΕΠΠ αποφανθεί επί των κατατεθειμένων προδικαστικών προσφυγών. Ακολούθως, με την αριθ. 828/2018 απόφαση της ΑΕΠΠ έγινε δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή που κατέθεσε η εταιρεία «.....» κατά της αριθ. 1561/2/2-8-2018 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του και ακυρώθηκε αυτή «.....καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών, περαιτέρω στο στάδιο οικονομικών προσφορών και εν τέλει ανέδειξε αυτόν ως προσωρινό ανάδοχο» για το Τμήμα 14 της Ομάδας 2 του

Αριθμός απόφασης: Α 134/2019

υπόψη διαγωνισμού, η οποία απόφαση επικυρώθηκε με την υπ'αριθ. 67/2019 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία απορρίφθηκε η σχετική αίτηση αναστολής της προσφεύγουσας. Σε πρότερο χρόνο είχαν ομοίως εκδοθεί και οι υπ'αριθ. 744/2018 και 79..... αποφάσεις της ΑΕΠΠ, με τις οποίες είχε γίνει εν μέρει δεκτή η προσφυγή που κατέθεσε η προσφεύγουσα κατά της προσφοράς της συνδζιαγωνιζόμενης εταιρίας «.....» για το Τμήμα 9 της υπόψη σύμβασης, καλούμενης της αναθέτουσας αρχής να διευκρινίσει την προσφορά της τελευταίας. Σε συμμόρφωση με τις αποφάσεις αυτές και κατόπιν εκτίμησης των δικαιολογητικών που υποβλήθηκαν συμπληρωματικά, εκδόθηκε η υπ'αριθ. 1572/3/23-11-2018 απόφαση της ΑΕΠΠ με την οποία εγκρίθηκε η αποδοχή των συμπληρωματικών δικαιολογητικών που κατέθεσε η εταιρία «.....» και ως εκ τούτου έγινε συνολικά αποδεκτή η προσφορά της για το Τμήμα 9 της Ομάδας 2 της σύμβασης και επικυρώθηκε η προηγηθείσα με αριθ. 1561/2/2-8-2018 απόφαση. Την τελευταία αυτή απόφαση πρόσβαλε η προσφεύγουσα με την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1392/27.12.2018 Προσφυγή της, επί της οποίας εκδόθηκε η υπ'αριθ. 103/2019 απορριπτική απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία προσβλήθηκε αντιστοίχως με αίτηση αναστολής από την προσφεύγουσα. Κατόπιν των ανωτέρω, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη με την παρούσα, υπ'αριθ. 1583/2/28-2-2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του, με την οποία αποφασίστηκε : «α) η ανάκληση της αριθ. 1563/2/04-09-2018 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του, κατά το μέρος που αυτή έκρινε αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και κατακύρωσε το αποτέλεσμα του ανοικτού διαγωνισμού (αριθ. Δ/ξης,), για τα Τμήματα 7 (.....) και 14 (.....) της Σύμβασης, στην εταιρεία «.....», β) η ανάκληση της αριθ. 1561/2/2-8-2018 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του, κατά το μέρος που αυτή έκρινε αποδεκτή την Προσφορά της εταιρείας «.....» και συγκεκριμένα τα δικαιολογητικά συμμετοχής, την τεχνική και οικονομική Προσφορά της εν λόγω εταιρείας και ανέδειξε αυτή «προσωρινό ανάδοχο» για τα Τμήματα 7 (.....) και 14 (.....) της Σύμβασης «.....» (αριθ. Δ/ξης

Αριθμός απόφασης: Α 134/2019

.....), γ) η απόρριψη της Προσφοράς της εταιρείας «.....» στο σύνολό της, για όλα τα Τμήματα της Σύμβασης (αριθ. Δ/ξης), στα οποία αυτή συμμετέχει, δ) η κατακύρωση του αποτελέσματος του Διαγωνισμού για το Τμήμα 14 (.....) της Σύμβασης, στην εταιρεία «.....» (αριθμός προσφοράς ΕΣΗΔΗΣ 98533, αριθ. Δ/ξης), ως τον προσφέροντα οικονομικό φορέα που υπέβαλε αποδεκτά, την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη Προσφορά βάσει της τιμής, μετά από αυτή της εταιρείας «.....», ε) η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας για το Τμήμα 7 (.....) της Σύμβασης καθώς η διαδικασία απέβη άγονη λόγω απόρριψης της μοναδικής κατατεθειμένης προσφοράς, της εταιρείας «.....», στ) η επανάληψη της διαγωνιστικής διαδικασίας για το Τμήμα 7 (.....) της Σύμβασης «.....», προϋπολογισμένης δαπάνης 395.505,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ, με τους ίδιους όρους και προϋποθέσεις με αυτούς που είχαν συμπεριληφθεί στην αριθ. Διακήρυξη του [..]». Κατόπιν της παραπάνω προσβαλλόμενης απόφασης, ο προκήρυξε επαναληπτικό ανοικτό διαγωνισμό, για την «.....», δηλαδή για το Τμήμα 7 της αρχικής σύμβασης. Σε χρόνο δε πριν από την εξέταση του αιτήματος προσωρινών μέτρων και μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης ως άνω απόφασης, ήτοι στις 19.03.2019, αναρτήθηκε στο πληροφοριακό σύστημα του ΔΕΦΑΘ, το διατακτικό της απόφασης επί της με αριθ. καταχ. ANM 45/08.02.2019 αίτησης αναστολής κατά της 103/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, κατά το οποίο η κρινόμενη αίτηση αναστολής απορρίπτεται ουσία.

4. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 4.591,67 €, το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας (άνευ ΦΠΑ) των Τμημάτων 7 και 9 της Ομάδας 2 του αντικειμένου της σύμβασης, στο οποίο αφορά η υπόψη προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: Α 134/2019

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 31.994.874,00 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε., σύμφωνα με τα άρθρα 61 παρ. 1, 66 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

6. 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 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 05.03.2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) την 15.03.2019

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

8. 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

Αριθμός απόφασης: Α 134/2019

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).

9. 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*».

10. 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.

11. 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

Αριθμός απόφασης: Α 134/2019

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, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

12. 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.). 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.

13. Επειδή, η προσφεύγουσα μετ' εννόμου συμφέροντος στρέφεται κατά της 1583/2/28-2-2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του, με την οποία αποφασίστηκε : *«α) η ανάκληση της αριθ. 1563/2/04-09-2018 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του, κατά το μέρος που αυτή έκρινε αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και κατακύρωσε το αποτέλεσμα του ανοικτού διαγωνισμού (αριθ. Δ/ξης, για τα Τμήματα 7 (.....) και 14 (.....) της Σύμβασης, στην εταιρεία «.....», β) η ανάκληση*

Αριθμός απόφασης: Α 134/2019

της αριθ. 1561/2/2-8-2018 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του , κατά το μέρος που αυτή έκρινε αποδεκτή την Προσφορά της εταιρείας «.....» και συγκεκριμένα τα δικαιολογητικά συμμετοχής, την τεχνική και οικονομική Προσφορά της εν λόγω εταιρείας και ανέδειξε αυτή «προσωρινό ανάδοχο» για τα Τμήματα 7 (.....) και 14 (.....) της Σύμβασης «.....» (αριθ. Δ/ξης), γ) η απόρριψη της Προσφοράς της εταιρείας «.....» στο σύνολό της, για όλα τα Τμήματα της Σύμβασης (αριθ. Δ/ξης), στα οποία αυτή συμμετέχει, δ) η κατακύρωση του αποτελέσματος του Διαγωνισμού για το Τμήμα 14 (.....) της Σύμβασης, στην εταιρεία «.....» (αριθμός προσφοράς ΕΣΗΔΗΣ 98533, αριθ. Δ/ξης), ως τον προσφέροντα οικονομικό φορέα που υπέβαλε αποδεκτά, την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη Προσφορά βάσει της τιμής, μετά από αυτή της εταιρείας «.....», ε) η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας για το Τμήμα 7 (.....) της Σύμβασης καθώς η διαδικασία απέβη άγονη λόγω απόρριψης της μοναδικής κατατεθειμένης προσφοράς, της εταιρείας «.....», στ) η επανάληψη της διαγωνιστικής διαδικασίας για το Τμήμα 7 (.....) της Σύμβασης «.....», προϋπολογισμένης δαπάνης 395.505,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ, με τους ίδιους όρους και προϋποθέσεις με αυτούς που είχαν συμπεριληφθεί στην αριθ. Διακήρυξη του [..]. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση κάθε άλλη συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης της αναθέτουσας αρχής, την υπογραφή της σύμβασης που αφορά στο Τμήμα 7 της Ομάδας 2 της Σύμβασης (.....) και τη ματαίωση της προκηρυχθείσας σε επανάληψη διαγωνιστικής διαδικασίας για το Τμήμα 7 (.....) της Σύμβασης «.....» προϋπολογισθείσας δαπάνης 395.505,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ, με τους ίδιους όρους και προϋποθέσεις με αυτούς που είχαν συμπεριληφθεί στην αριθ. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι με την προσβαλλόμενη απόφαση η αναθέτουσα αρχή αποδέχτηκε και ενέκρινε μεταξύ των άλλων το υπ' αριθμ. 13/26-02-2019 Πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας των Διαδικασιών Σύναψης της

Αριθμός απόφασης: Α 134/2019

Σύμβασης «.....», το οποίο όμως ουδέποτε της κοινοποίησε -ως όφειλε- και όπως ορθά έχει πράξει σε όλες τις αντίστοιχες περιπτώσεις πριν την έκδοση της συγκεκριμένης προσβαλλόμενης προκειμένου να λάβει γνώση αυτού η προσφεύγουσα, ώστε να μπορέσει να αντιληφθεί το σκεπτικό το οποίο οδήγησε την αναθέτουσα αρχή στην λήψη αυτής της απόφασης. Ειδικότερα, αναφέρεται ότι η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται ομόφωνα και εγκρίνει οκτώ ενέργειες οι οποίες, όχι μόνο δεν αιτιολογούνται στο σώμα της απόφασης της, αλλά τουναντίον εμφανίζεται ξεκάθαρα ότι η αναθέτουσα αρχή καταστρατηγεί το ρόλο της και την δεσπίζουσα θέση της επί του υπό κρίση διαγωνισμού και αποφασίζει παρακάμπτοντας βασικούς κανόνες δικαίου που διέπουν τόσο τις σχέσεις διοίκησης – διοικούμενου όσο και τις σχέσεις των συμμετεχόντων σε δημόσιο διαγωνισμό. Τα ανωτέρω τεκμηριώνει η προσφεύγουσα στο αναιτιολόγητο της απόφασης περί ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας για το Τμήμα 7 της Ομάδας 2 του δημοπρατούμενου αντικείμενου, παρότι για το εν λόγω Τμήμα, όπως ισχυρίζεται, η προσφορά της ουδέποτε προσβλήθηκε ή/και κρίθηκε απορριπτικά, με συνέπεια να μην έχει ουδέποτε θιγεί η κατακύρωση του εν λόγω Τμήματος σε αυτήν. Περαιτέρω, ως άνευ αιτιολογίας προσβάλλει η προσφεύγουσα την προσβαλλόμενη απόφαση και για το λόγο ότι από το σώμα της δεν προκύπτει αναφορά σε καμία από τις περιπτώσεις που ορίζονται στο άρθρο 106 του Ν. 4412/2016 περί ματαίωσης του διαγωνισμού. Τέλος, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ενόσω εκκρεμούσε η συζήτηση της υπ' αριθ. ANM 45/08-02-2019 αίτησης αναστολής, επί της οποίας απορρίφθηκε το αίτημα προσωρινής διαταγής της αναθέτουσας αρχής για τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την υπογραφή των σχετικών συμβάσεων, η αναθέτουσα αρχή, κατά ευθεία παράβαση του άρθρου 373 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, όχι μόνο αποφάσισε την εξέλιξη του Τμήματος 14 (για το οποίο έχουν ολοκληρωθεί οι δικαστικές ενέργειες) αλλά επιπλέον απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας στο σύνολό της, για όλα τα Τμήματα της Σύμβασης, στα οποία αυτή συμμετέχει, ήτοι και για το Τμήμα 9 για το οποίο δεν είχε συζητηθεί καν η αίτηση αναστολής της.

Αριθμός απόφασης: Α 134/2019

14. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το από 22.03.2019 έγγραφό της απέστειλε τις απόψεις της επί της υπόψη Προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη αυτής όπως και την έκδοση πράξης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης και διαταγής άρσης της απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης, κατ' άρθρο 15 παρ. 3 του Π.Δ. 39/17.

15. 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).

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

17. Επειδή, από την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής προκύπτει ότι, αναφορικά με το Τμήμα 9 της Ομάδας 2 του δημοπρατούμενου αντικειμένου, ο διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν αξιολογηθεί στο σύνολό τους οι προσφορές των διαγωνιζομένων, έχουν ελεγχθεί τα

Αριθμός απόφασης: Α 134/2019

δικαιολογητικά κατακύρωσης, έχει προταθεί και έχει αποφασισθεί η ανάδειξη ως αναδόχου της εταιρίας «.....».

18. Επειδή, αναφορικά με το Τμήμα 9 της Ομάδας 2 του δημοπρατούμενου αντικειμένου, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017), ως προελέχθη στη σκέψη 17 της παρούσας, σε κάθε δε περίπτωση κατά την κρίση του παρόντος Κλιμακίου, δεν υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα όσα έχουν γίνει δεκτά έως τώρα, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει.

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, ουδεμία ανάγκη υφίσταται προς αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων της προσφεύγουσας αναφορικά με το Τμήμα 9 της Ομάδας 2 της υπόψη σύμβασης, στο βαθμό που η με την προσβαλλόμενη απόφαση απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας στο σύνολο της (ήτοι και για το Τμήμα 9 της υπόψη σύμβασης) ενόσω εκκρεμοδικεί η έκδοση της απόφασης επί της με αριθ. ANM 45/8-2-2019 αίτηση αναστολής της προσφεύγουσας κατά της προσφοράς της εταιρίας «.....» για το ως άνω Τμήμα, θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής, χωρίς να δύναται να επιφέρει οποιαδήποτε βλάβη στην προσφεύγουσα.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, αναφορικά με το Τμήμα 9 της Ομάδας 2 δεν συνίσταται βλάβη της προσφεύγουσας στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία αυτής και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων. Άλλωστε, η ισχυριζόμενη ζημία της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο που ευρίσκεται η υπό

Αριθμός απόφασης: Α 134/2019

κρίση διαγωνιστική διαδικασία, δεν δύναται να αποτραπεί με την αναστολή του διαγωνισμού – ορισμό προσωρινών μέτρων, λαμβανομένου υπόψη ότι ο εν λόγω διαγωνισμός στο στάδιο που ευρίσκεται δεν δύναται να ολοκληρωθεί με την υπογραφή της σύμβασης για το Τμήμα 9 του δημοπρατούμενου αντικειμένου. Συνεπώς, αναφορικά με το Τμήμα 9 της Ομάδας 2 του δημοπρατούμενου αντικειμένου, δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

21. Επειδή, αναφορικά με το Τμήμα 7 της Ομάδας 2 της υπόψη σύμβασης, όπως προκύπτει από το σώμα της προσβαλλόμενης απόφασης, η διαγωνιστική διαδικασία ματαιώθηκε, καθότι απέβη άγονη λόγω απόρριψης της μοναδικής κατατεθειμένης προσφοράς της προσφεύγουσας, και αποφασίστηκε η επανάληψη αυτής με τους ίδιους όρους και προϋποθέσεις που είχαν συμπεριληφθεί στην αριθ. Διακήρυξη. Σε συνέχεια δε της εν λόγω απόφασης, όπως αναφέρεται στο από 22.03.2019 έγγραφο απόψεων της αναθέτουσας αρχής, ο προκήρυξε επαναληπτικό ανοικτό διαγωνισμό, για την «.....», δηλαδή για το Τμήμα 7 της αρχικής σύμβασης, με ημερομηνία διενέργειας την 26/3/2019.

22. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης συνάγεται ότι, η βλάβη της προσφεύγουσας συνίσταται στην δια της προσβαλλόμενης απόφαση περί προκήρυξης επαναληπτικού διαγωνισμού για την «.....», ήτοι για το Τμήμα 7 της αρχικής σύμβασης, για το οποίο η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παρανόμως απερρίφθη η προσφορά της.

23. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας και της αναθέτουσας, εκ της συνέχισης του εν λόγω διαγωνισμού, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της απόφασης περί απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας για το Τμήμα 7 της Ομάδας 2 της αρχικής σύμβασης, η συνολική νομιμότητα της εκ νέου προκηρυχθείσας διαδικασίας για το ως άνω Τμήμα τίθεται συνεκδοχικώς εν

Αριθμός απόφασης: Α 134/2019

αμφιβόλω, το οποίο αποτέλεσμα δύναται να αποφευχθεί δια της αναστολής της εκ νέου προκηρυχθείσας διαδικασίας κατά το παρόν στάδιο, το οποίο συνιστά το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο, έως και την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προσφυγής.

24. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, εικάζεται ότι, λαμβανομένων υπόψη όσων έγιναν δεκτά στις σκέψεις 19-21 της παρούσας, δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων για το Τμήμα 9 της Ομάδας 2 της υπόψη σύμβασης, ενώ αναφορικά με το Τμήμα 7 της Ομάδας 2 αυτής, εικάζεται ότι, λαμβανομένων υπόψη όσων έγιναν δεκτά στις σκέψεις 22-24 της παρούσας, πληρούται η ratio της διάταξης για την χορήγηση αναστολής-ορισμού προσωρινών μέτρων και δη για την αναστολή της προσβαλλόμενης καθ'ο μέρος αφορά στην εκ νέου προκηρυχθείσα διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο μέτρο σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων λόγω της ματαίωσης και εκ νέου προκήρυξης του διαγωνισμού για το Τμήμα 7 της αρχικής σύμβασης.

25. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί καθ'ο μέρος αφορά στο Τμήμα 9 της Ομάδας 2 της σύμβασης και να γίνει δεκτό καθ'ο μέρος αφορά στο Τμήμα 7 της Ομάδας 2 αυτής. Περαιτέρω, θα πρέπει να απορριφθεί το αίτημα της αναθέτουσας αρχής περί έκδοσης πράξης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης και διαταγής άρσης της απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής καθ'ο μέρος αφορά στο Τμήμα 9 της Ομάδας 2 του δημοπρατούμενου αντικειμένου.

Αριθμός απόφασης: Α 134/2019

Δέχεται το αίτημα αναστολής καθ'ο μέρος αφορά στο Τμήμα 7 της Ομάδας 2 του δημοπρατούμενου αντικειμένου και δη αναστέλλει την προσβαλλόμενη απόφαση καθ'ο μέρος αφορά στην εκ νέου προκηρυχθείσα διαγωνιστική διαδικασία για το ως άνω Τμήμα.

Απορρίπτει το αίτημα περί άρσης της απαγόρευσης σύναψης της σύμβασης.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 27 Μαρτίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σταυρούλα Κουρή

Ανθούλα Νικολαΐδου