

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Ιουνίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου-Εισηγητής Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση – Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου (πράξη 67/2021 του Προέδρου της ΑΕΠΠ), Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής που σωρεύεται στην προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1188/11.06.2021 της προσφεύγουσας εταιρείας «...», που εδρεύει στο, οδός ..., αρ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

Κατά του ... «...» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ανακληθεί και να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί η απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής που ελήφθη κατά την υπ' αρ. 12^η Συνεδρίαση της 13.5.2021 (θέμα 6^ο), καθώς και να ακυρωθεί κάθε προηγούμενη ή επόμενη της προσβαλλόμενης, πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής που ερείδεται στην προσβαλλόμενη.

Ταυτόχρονα σωρεύει αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας και ιδίως η κατακύρωση και υπογραφή των οικείων συμβάσεων.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την με αριθ. 4986/19.3.2021 πρόσκληση εκδήλωσης ενδιαφέροντος η αναθέτουσα αρχή εκκίνησε διαδικασία ανάθεσης της προμήθειας μέσω ατομικής προστασίας με συνολική προϋπολογισθείσα αξία το ποσό των 186.544,50 ευρώ και κριτήριο κατακύρωσης την συμφερότερη από

οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Σε συνέχεια αποσφράγισης και αξιολόγησης των προσφορών, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη απόφαση της 12^{ης} Συνεδρίασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής (θέμα 6^ο), η οποία ενέκρινε την εισήγηση της αρμόδιας Επιτροπής και ως προς τα δύο επίμαχα είδη απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας. Ειδικότερα, αναφορικά με το είδος μάσκα χειρουργική 3Play, η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την οικεία προσφορά επειδή μετά από τον έλεγχο των δειγμάτων προέκυψε ότι η προσφερόμενη μάσκα έχει κακή εφαρμογή με μεγάλα λάστιχα και αποφάσισε την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της εταιρείας ..., ενώ αντίστοιχα για το είδος μάσκες ... η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την οικεία προσφορά επειδή μετά από τον έλεγχο των δειγμάτων προέκυψε ότι η προσφερόμενη μάσκα έχει κακή εφαρμογή με μεγάλο λάστιχο χωρίς αποτελεσματική προστασία και αποφάσισε την ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου της εταιρείας ... Επισημαίνεται ότι βάσει της προσφυγής, η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 31.5.2021.

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ... e-Παράβολο αξίας 600 € ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης, γ) απόδειξη πληρωμής του της 10.6.2021 της τράπεζας Eurobank και εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»]. Επισημαίνεται ότι ο προϋπολογισμός των επίμαχων ειδών ανέρχεται στο ποσό των 56.422,50 ευρώ πλέον ΦΠΑ.

3. 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. 39/2017, 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.

4. 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. 4 του Π.Δ. 39/2017, καθώς στις 31/5/2021 κατά τα ανωτέρω διαλαμβανόμενα, έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης η προσφεύγουσα και η προσφυγή κατατέθηκε στις 10.06.2021, δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα δοθείσης της μη διενέργειας του διαγωνισμού μέσω ΕΣΗΔΗΣ.

5. Επειδή, καταρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί η προσφεύγουσα την προδικαστική προσφυγή, καθώς, επιδιώκει την ακύρωση της απόφασης με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της αν και ήταν οικονομικά συμφερότερη έναντι της προσωρινής αναδόχου.

6. Επειδή, στις 14.06.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, δεν απέστειλε έγγραφο απόψεων της επί του αιτήματος αναστολής.

8. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ως ισχύει ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 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 μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, 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. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων.».

9. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί 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.

10. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν, 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, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

11. 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 μη προδήλως अपαράδεκτο 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. 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 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.

12. Επειδή, με την προσφυγή της, η προσφεύγουσα, όπως αναλυτικότερα αναπτύσσει σε αυτήν, προβάλλει συγκεκριμένους ισχυρισμούς ως προς τη μη νόμιμη, κατ' αυτήν, προσβαλλόμενη.

13. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε, δε, περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται, κατά τα προαναφερόμενα, συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, θεμελιώνοντας έτσι –καταρχήν - το έννομο συμφέρον της ως στοιχείο του παραδεκτού της υπό εξέταση αίτησης, το οποίο σε κάθε περίπτωση θα αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης εκ νέου κατά την εξέτασης της προσφυγής για την έκδοση οριστικής απόφασης. Ενόψει, δε, των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή, καθίσταται προφανές ότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, χρήζουν ενδελεχούς επισκόπησης, που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 46/2015, 41/2015, 35/2015, 10/2015, 9/2015).

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 παρ. 1 του ν. 4412/2016 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 της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366. «2. Η παράγραφος 1 δεν εφαρμόζεται

στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης, β) αν υποβλήθηκε μόνο μία (1) προσφορά και δεν υπάρχουν ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι και γ) εφόσον πρόκειται για εκτελεστική σύμβαση συμφωνίας - πλαίσιο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 39, ή για σύμβαση που συνάπτεται στο πλαίσιο Δυναμικού Συστήματος Αγορών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 33 και 270.».

15. Επειδή, τα ανωτέρω στοιχούν και στην υπό κρίση περίπτωση, στο μέτρο από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει ότι έχουν αποσφραγιστεί οι οικονομικές προσφορές των πέντε οικονομικών φορέων που εν τέλει προσεκλήθησαν στην διαγωνιστική διαδικασία. Συνεπώς δεδομένου του εκ του νόμου 4412/2016 μη ύπαρξης κωλύματος υπογραφής της σύμβασης άμα την κατάθεση προδικαστικής προσφυγής, υφίσταται προστατευτέο δικαίωμα υφίσταται προς διασφάλιση στο στάδιο της προσωρινής έννομης προστασίας καθώς από την εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη την ενδεχόμενη υπογραφή της σύμβασης δύνανται να δημιουργηθούν ανεπανόρθωτες καταστάσεις για την προσφεύγουσα.

16. Επειδή, συνακόλουθα, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση του κατάλληλου προσωρινού μέτρου, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18 Ιουνίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

**Ηλίας Στρεπέλιος
α/α ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ**