

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23.03.2018 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη-Εισηγήτρια και
Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων το οποίο σωρεύεται στην από 16-03-2018 (ημερομηνία κατάθεσης στην ΑΕΠΠ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 252/16-03-2018, της εταιρείας με την επωνυμία «

ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΣΤΑΤΙΚΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗ ΛΙΜΝΑΙΑΣ ΒΙΟΜΗΧΑΝΙΑΣ Α.Ε.», που εδρεύει στα όπως νομίμως εκπροσωπεύται.

Κατά της υπ' αριθ. 4122.72-10/782/09-03-2018 Απόφασης του με θέμα «

με την οποία απόφαση αποκλείσθηκε η προσφεύγουσα από τον ως άνω αναφερόμενο διαγωνισμό, προϋπολογισθείσας δαπάνης 390.000 € χωρίς ΦΠΑ.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης με την οποία αποκλείσθηκε η προσφεύγουσα από τη διαγωνιστική διαδικασία και δη από τη σύναψη της σχετικής σύμβασης, να αποκλεισθεί η συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία « » στην οποία και κατακυρώθηκε ο υπό κρίση διαγωνισμός, διότι παραβιάσθηκε η νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, ως ισχυρίζεται η

προσφεύγουσα, αφού μη νομίμως η τελευταία εταιρεία και υποψήφια ανάδοχος άσκησε την από 28-02-2018 ένσταση ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής, αντί της προβλεπόμενης εκ του νόμου προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, μη νομίμως η Επιτροπή έκρινε την εν λόγω ένσταση και συνακόλουθα δυνάμει της υπ' αριθ. 4122.72-10/782/09-03-2018 Απόφασης του, έγινε αποδεκτή η ως άνω αναφερόμενη ένσταση, με αποτέλεσμα τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας.

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως εκδοθεί σχετική πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης και οριστούν προς τούτο τα κατάλληλα μέτρα, ήτοι να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και να μην υπογραφεί η σχετική σύμβαση μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ.

προκήρυξε συνοπτικό διαγωνισμό σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 117 του Ν.4412/2016, με αντικείμενο την

τ σύμφωνα με την οποία ο ανάδοχος υποχρεούται σε διάστημα δύο (2) μηνών από την ημερομηνία που θα εκδοθεί η απόφαση του άρθρου 50 παρ. 2 του Ν. 4487/2017 (με τίτλο

να εκτελέσει όλα τα συνοδά έργα για την προσωρινή εγκατάσταση και λειτουργία της εν λόγω μονάδας, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 390.000 € χωρίς ΦΠΑ (483.600 € με ΦΠΑ 24%).

Αριθμός απόφασης ΑΔΙΔΣ: 2018/...

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

, ποσού 1.950,00 €, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης ύψους 390.000,00 € χωρίς Φ.Π.Α.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια και υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 390.000,00 € 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.

5. 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 κοινοποιήθηκε στον ενδιαφερόμενη/συμμετέχουσα και νων προσφεύγουσα εταιρεία την 12-03-2018, οπότε και έλαβε γνώση αυτής και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 16-03-2018.

6. 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 εκτέλεσή οποιαυδήποτε 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 ζημιώθουν, 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).

7. 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».

8. 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.

9. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύοντος 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.

10. 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 καίνοντα 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- 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 εμπλεκομένων 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.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ.
4122.72-10/782/09-03-2018 Απόφασης του
με θέμα

με την οποία
απόφαση αποκλείσθηκε η προσφεύγουσα από τον ως άνω αναφερόμενο διαγωνισμό, προϋπολογισθείσας δαπάνης 390.000 € χωρίς ΦΠΑ, αιτούμενη την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης με την οποία αποκλείσθηκε (η

Αριθμός απόφασης: Δ.Ι.37/2018

προσφεύγουσα) από τη διαγωνιστική διαδικασία και δη από τη σύναψη της σχετικής σύμβασης, παράλληλα τον αποκλεισμό της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας « » στην οποία και κατακυρώθηκε ο υπό κρίση διαγωνισμός, διότι, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, παραβιάσθηκε η νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, αφού μη νομίμως η συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία και υποψήφια ανάδοχος « » άσκησε την από 28-02-2018 ένσταση ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής, αντί της προβλεπόμενης εκ του νόμου προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, μη νομίμως η Επιτροπή έκρινε την εν λόγω ένσταση και συνακόλουθα δυνάμει της υπ' αριθ. 4122.72-10/782/09-03-2018 Απόφασης του έγινε αποδεκτή η ως άνω αναφερόμενη ένσταση, σωρεύοντας παράλληλα στην Προσφυγή της αίτημα αναστολής – ορισμού κατάλληλων μέτρων έως ότου κριθεί αυτή.

12. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της, ανακηρύχθηκε προσωρινή μειοδότρια και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως έκρινε ένσταση της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας και δεύτερης μειοδότριας, την έκανε αποδεκτή με αποτέλεσμα τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας.

13. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνισταται 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).

14. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε δε περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή και οι οποίοι θα πρέπει να εξεταστούν επί της ουσίας τους.

15. Επειδή, ετέρωθεν 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 ποινής 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 αισκηθεί προδικαστική προσφυγή.

16. Επειδή, 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 στην ανωτέρω σκέψη, σε κάθε περίπτωση δεν υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα οποία έχουν γίνει δεκτά έως τώρα, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει.

17. Επειδή, ύστερα από τηλεφωνική επικοινωνία με την αναθέτουσα αρχή, η τελευταία συναίνεσε στη μη συνέχιση του διαγωνισμού μέχρι την κρίση της υπόψη Προσφυγής, σε κάθε δε περίπτωση σύμφωνα με τις ανωτέρω αναφερόμενες διατάξεις (βλ. σκ. 15) κωλύεται η σύναψη της σύμβασης επί ποινής ακυρότητας.

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερομένων, ουδεμία ανάγκη υφίσταται

προς αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων της προσφεύγουσας, αφού τέτοια δεν προκύπτει. Και τούτο διότι τυχόν παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας, θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της υπόψη Προδικαστικής Πρόσφυγής.

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, 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, συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτής για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων.

20. Επειδή, ελλείπει το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας για την παραδεκτή άσκηση της αίτησης αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, αφού η ισχυριζόμενη ζημία της από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο που ευρίσκεται η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, δεν δύναται να αποτραπεί με την αναστολή του διαγωνισμού – ορισμό προσωρινών μέτρων, δεδομένου ότι οι οικονομικές προσφορές έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί, σε κάθε περίπτωση ο εν λόγω διαγωνισμός στο στάδιο που ευρίσκεται δεν δύναται να ολοκληρωθεί με την ανάδειξη οριστικών αναδόχων και την υπογραφή της σύμβασης. Συνεπώς δεν πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (σκέψη 8), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

21. Επειδή, επέκεινα και εφόσον ο διαγωνισμός έχει εκ των πραγμάτων προχωρήσει στο επόμενο και τελικό στάδιο, έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων και ανακηρυχθεί ο μειοδότης, σε κάθε δε περίπτωση δεν δύναται να υπογραφεί η σύμβαση, το δικαίωμα της προσφεύγουσας και η εύλογη προσδοκία της περί συμμετοχής της στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και εν τέλει στην ανάδειξη αυτής

Αριθμός αποφάσης: Α/143/2018

ως αναδόχου της εν λόγω σύμβασης δεν θίγεται, σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής της Προσφυγής.

22. Επειδή, και σε κάθε περίπτωση, νομίμως εικάζεται ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα και ειδικότερα της περίπτωση γ' περί βλάβης της προσφεύγουσας, στο παρόν στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. σκέψη 10), ενώ προσέτι ουδεμία πρόοδος αυτής δύναται να συντελεστεί, αφού αυτή ευρίσκεται στο τελικό στάδιο και κατά τούτο δεν θίγεται η προσφεύγουσα (βλ. σκέψεις 17 -21).

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στις 23 Μαρτίου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Ο Γραμματέας

Νεκταρίος Α. Νερτίνος

