

Αριθμός Απόφασης: Α 180/2022

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 8 Μαρτίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 21.02.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 288/24.02.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ..., .., αρ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, εφεξής ο «προσφεύγων».

Κατά του Νομικού Προσώπου Δημοσίου Δικαίου με την επωνυμία «...» και κατά της υπ' αρ. 1/7.2.2022 (αρ. πρωτ.21/8.2.2022) απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το από 20/1/2022, υπ' αρ. ΙΙΙ, Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού κατά το σκέλος αυτής με το οποίο, αφενός μεν ανακλήθηκε η υπ' αριθμ. 42/2021 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία ο νυν προσφεύγων είχε αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος λόγω πλάνης περί τα πράγματα κι, αφετέρου απορρίφθηκε η προσφορά του δυνάμει του άρθρου 4.2 (δ) της διακήρυξης, εφεξής «η προσβαλλομένη».

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων, αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: Α 180/2022

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 11.290,32 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Το παράβολο υπολογίστηκε βάσει του προυπολογιζόμενου ποσού της σύμβασης, στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, ποσού 2.258.064,51 ευρώ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. ... διακήρυξη προκήρυξε και διενεργεί Ανοικτή Διαγωνιστική Διαδικασία, μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), για την επιλογή αναδόχου κατασκευής έργου, με αντικείμενο την ανέγερση διαδημοτικού καταφυγίου αδέσποτων ζώων, με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, εκτιμώμενης αξίας 2.800.00,00€, συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος Φ.Π.Α. (προϋπολογισμός χωρίς Φ.Π.Α. 2.258.064,51€, αναλογών Φ.Π.Α. 541.935,48€ - α/α ΕΣΗΔΗΣ ... (CPV ...) (εφεξής –χάριν συντομίας- «Διαγωνισμός»). Πιο συγκεκριμένα, το προς εκτέλεση έργο αφορά στην ανέγερση διαδημοτικού καταφυγίου αδέσποτων ζώων σε αγροτεμάχιο συνολικού εμβαδού 16.171,01 τ.μ., το οποίο θα αποτελείται από τέσσερις (4) διακριτές μονάδες φιλοξενίας 20 ζώων έκαστη, κτίριο διοίκησης και κτίριο βοηθητικών χρήσεων, κείμενο επί αγροτεμαχίου ιδιοκτησίας της αναθέτουσας αρχής σε εκτός σχεδίου περιοχή στη θέση ..., στο δήμο Κατά τη Διακήρυξη, δε, η συνολική προθεσμία εκτέλεσης του έργου ορίστηκε σε 15 μήνες από την ημέρα υπογραφής της σύμβασης, ενώ οι αποκλειστικές και ενδεικτικές τμηματικές προθεσμίες του έργου αναφέρονται στην Ε.Σ.Υ.

3. Επειδή, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 25-05-2021 με ΑΔΑΜ ... Τα έγγραφα της παρούσας διαδικασίας δημόσιας σύμβασης καταχωρήθηκαν στο σχετικό ηλεκτρονικό χώρο του ΕΣΗΔΗΣ- Δημόσια Έργα και αναρτήθηκαν στη Διαδικτυακή Πύλη(www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ με αρ. ...

Αριθμός Απόφασης: Α 180/2022

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 21-02-2022, δεδομένου ότι ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 11-02-2022, οπότε του κοινοποιήθηκε μέσω της ανάρτησής της στη λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ. Επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, στον ανωτέρω Διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορές πέντε οικονομικοί φορείς, ήτοι: (α) ο προσφεύγων (β) η εταιρεία με την επωνυμία «...» (γ) η εταιρεία με την επωνυμία «...» (δ) η εταιρεία με την επωνυμία «...» και (ε) η εταιρεία με την επωνυμία «I...». Την 25/6/2021, η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού εισηγήθηκε την απόρριψη των προσφορών των οικονομικών φορέων «...» και «...» διότι αμφότεροι δεν είχαν προσκομίσει i) ΤΕΥΔ και ii) Εγγυητική Επιστολή Συμμετοχής, καθώς και επειδή η κατατεθείσα οικονομική προσφορά εκάστης αυτών δεν έφερε ψηφιακή υπογραφή, β) περαιτέρω εισηγήθηκε να ληφθεί γνώμη από την Επιτροπή της παρ.9 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 για την επάρκεια ή μη των επανορθωτικών μέτρων της Προσφέρουσας με την επωνυμία «...» και γ) την ανάδειξη του προσφεύγοντος ως προσωρινού αναδόχου, διότι είχε υποβάλει την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει της τιμής, συνολικής δαπάνης έργου προ Φ.Π.Α. 1.624.244,18€, ήτοι με ποσοστό μείωσης έκπτωσης 28,11%. Εν συνεχεία, η Εκτελεστική Επιτροπή της αναθέτουσας ενέκρινε το υπ' αρ. Ι Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, δυνάμει της από 23/7/2021 υπ' αρ. 30/2021 απόφασής της (αρ. πρωτ.209/26.7.2021). Κατόπιν των ανωτέρω ο προσφεύγων κλήθηκε-κατ' άρθρο 4.2- της Διακήρυξης ως προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών, τα δικαιολογητικά

Αριθμός Απόφασης: Α 180/2022

(κατακύρωσης), που προβλέπονται στον όρο 23 της Διακήρυξης, όπερ και έπραξε την 27/9/2021. Η αρμόδια Επιτροπή, δια του υπ' αρ. II Πρακτικού της, προχώρησε σε έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης και κρίνοντας αυτά πλήρη και σύμφωνα με τις διατάξεις της διακήρυξης, πρότεινε προς την Εκτελεστική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής να κατακυρωθεί η σύμβαση στον νυν προσφεύγοντα, του σχετικού Πρακτικού εγκριθέντος, δια της από 8/10/2021, υπ'αρ.42/2021, απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (αρ. πρωτ.307/11.10.2021). Εν συνεχεία, ακολούθησε ο προβλεπόμενος προσυμβατικός έλεγχος νομιμότητας της διαδικασίας ανάδειξης αναδόχου και του σχεδίου σύμβασης για την ανάθεση του οικείου έργου, εκδοθείσης σχετικώς της υπ' αρ. 916/2021 απόφασης του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, το οποίο απεφάνθη ότι δεν κωλύεται η υπογραφή της μεταξύ της αναθέτουσας αρχής, του Δήμου ... ως Διευθύνουσας Υπηρεσίας και του προσφεύγοντος ως αναδόχου. Συνεπεία του ανωτέρω, την 10.1.2022 απεστάλη στον νυν προσφεύγοντα ως ανάδοχο του έργου, μέσω του συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., η υπ' αρ. πρωτ.... πρόσκληση για υποβολή υπεύθυνης δήλωσης οψιγενών μεταβολών, την οποία και υπέβαλε αυθημερόν. Εν συνεχεία δε η Επιτροπή του διαγωνισμού στην από 20/1/2022 συνεδρίασή της, δια του υπ' αρ. III –ήδη (συμ)προσβαλλομένου- Πρακτικού της: α) ανακάλεσε την υπ' αρ. 42/2021 Απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, λόγω πλάνης περί τα πράγματα, β) απέρριψε την υπ' αρ.194961 προσφορά του προσφεύγοντος, κατ' εφαρμογή του άρθρου 4.2 (δ) της Διακήρυξης και γ) ανέδειξε ως προσωρινό ανάδοχο την ως άνω προσφέρουσα με την επωνυμία «...», με αρ. κατ. Προσφ. 208468, ως υποβαλούσα την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα οικονομική προσφορά βάσει μόνο τιμής, συνολικής δαπάνης του έργου 1.757.834,03€, ήτοι με ποσοστό μέσης έκπτωσης 22,18%. Το ως άνω Πρακτικό, δε, ενεκρίθη δια της από 7/2/2022, υπ' αρ. ..., ήδη προσβαλλομένης απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής της Αναθέτουσας (αρ. πρωτ.21/8.2.2022). Συνεπώς, με έννομο συμφέρον ασκείται η υπό κρίση προσφυγή καθώς ο προσφεύγων επικαλείται ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη απόρριψη της προσφοράς του και όφελος από την ανάδειξη του ίδιου ως προσωρινού αναδόχου.

Αριθμός Απόφασης: Α 180/2022

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 23-02-2022 προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής δια μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 401/2022 Πράξη του Προέδρου του 4ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής, αντίστοιχα και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε ακόμη στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί του σωρευόμενου στην προσφυγή αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

11. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. 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[...].».

12. 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». Επομένως, 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, κατ'

Αριθμός Απόφασης: Α 180/2022

ελάχιστον, αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και, ειδικότερα, η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανάρθωτης βλάβης ή ζημίας.

13. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής 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 (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

14.Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας των ισχυρισμών-αιτιάσεων όπως προβάλλεται από τον αιτούντα, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε ενδικοφανές επίπεδο, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία.

15. Επειδή, α) η υπό κρίση Προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) ενδέχεται να υφίσταται βλάβη του αιτούντος από την προσβαλλόμενη πράξη, γ) οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης.

16. Επειδή, περαιτέρω, 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

Αριθμός Απόφασης: Α 180/2022

αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

17. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχει ήδη αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος. Δεδομένου δε ότι ασκήθηκε η ανωτέρω προσφυγή, η οποία δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη, σε καμία περίπτωση 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).

18. Επειδή, εξάλλου ο χρόνος για την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής δεν είναι ούτε αόριστος ούτε μακρύς. Επομένως, η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη της υπό ανάθεση σύμβασης έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία περάτωση αυτής.

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν υφίσταται βλάβη του προσφεύγοντος 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 του από την συνέχιση της διαδικασίας, και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην Προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: Α 180/2022

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 8^η Μαρτίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ
Α.Α.
ΠΑΝΑΓΙΩΤΑ ΚΑΛΑΝΤΖΗ**