

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 26.07.2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής, Ευαγγελία Μιχολίτση και Χρήστος Σώκος σε αναπλήρωση της Άννας Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής που σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1480/23.07.2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... με δ.τ. ... - ...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή) νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμό 667/2021 απόφαση της Αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος με το οποίο, αφού εγκρίθηκε το πρακτικό Ι της Επιτροπής Διαγωνισμού, γίνεται δεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...». Ταυτόχρονα σωρεύει αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την με αρ. 1168/2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., εγκρίθηκαν οι όροι διακήρυξης του διαγωνισμού και τα τεύχη δημοπράτησης του 1ου Υποέργου. Η Προκήρυξη και η Διακήρυξη δημοσιεύθηκαν στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ: .../31- 12-2020 και ΑΔΑΜ: .../31-12-2020 αντίστοιχα. Η προθεσμία υποβολής των προσφορών ορίστηκε στις

Αριθμός απόφασης: Α270/2021

24/02/2021 και η αποσφράγιση των προσφορών έγινε από την επιτροπή του διαγωνισμού στις 2/03/2021 Στο διαγωνισμό συμμετείχε η προσφεύγουσα και έξι ακόμη οικονομικοί φορείς, οι «...», ...με το διακριτικό τίτλο «...», ... - ..., ...- ..., ...- ...- ...- ...και ...- ...Με την με αριθμό 667/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., αποφασίστηκαν τα παρακάτω: «Επικυρώνει το με χρονολογία 12-05-2021, 1ο πρακτικό ελέγχου δικαιολογητικών και οικονομικών προσφορών του διαγωνισμού για την ανάθεση εκτέλεσης του έργου: «Διαμόρφωση - Αποκατάσταση Διαδρομής του ισόπεδου τμήματος της ενετικής οχύρωσης ...», το οποίο περιλαμβάνεται στο συνημμένο στην παρούσα απόφαση παράρτημα. Αποφασίζει την απόρριψη της προσφοράς και τον αποκλεισμό από την περαιτέρω διαδικασία του διαγωνισμού των παρακάτω οικονομικών φορέων κατά τα αναφερόμενα στο ανωτέρω πρακτικό : ...με το διακριτικό τίτλο «...» , ... - ... , ...- ... , ...- ...- ...- ...και ...- ...3. Ορίζει προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού κατά τα αναφερόμενα στο ανωτέρω πρακτικό, τον οικονομικό φορέα: «...», με Α/Α ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ ΕΣΗΔΗΣ ..., ποσοστό μείωσης έκπτωσης 43,25% και ποσό προσφοράς Συνόλου Δαπάνης του έργου 1.770.817,28 (χωρίς ΦΠΑ)». Στο εν λόγω πρακτικό, το οποίο εγκρίθηκε με την ως άνω απόφαση, η προσφορά της προσφεύγουσας έγινε αποδεκτή και κατατάχθηκε δεύτερη αμέσως μετά τον προσωρινό μειοδότη, με μέσο ποσοστό έκπτωσης 39,34 %.

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016, το νόμιμο παράβολο, με κωδικό, ... ποσού 15.000,00 Ευρώ.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, 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.

4. Επειδή η προσφυγή, η οποία ασκείται εν γένει παραδεκτά, σύμφωνα με τα άρθρα 360 επ. του Ν. 4412/2016, είναι εμπρόθεσμη, καθώς

Αριθμός απόφασης: Α270/2021

ασκείται εντός 10 ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης, η οποία, έλαβε χώρα στις 12/7/2021. Ασκείται δε με προφανές έννομο συμφέρον, καθώς η προσφεύγουσα, επιδιώκει την απόρριψη της προσφοράς του παραπάνω διαγωνιζομένου φορέα και συνεπώς, την ανάθεση της οικείας σύμβασης.

5. Επειδή, στις 23.07.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017.

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, απέστειλε έγγραφο απόψεων της στην ΑΕΠΠ επί του αιτήματος αναστολής της προσφεύγουσας στις 23/07/2021 υποστηρίζοντας ότι «με την ρητή επισήμανση ότι δεν αίρεται η απαγόρευση σύναψης της υπό ανάθεσης σύμβασης, η οποία εξακολουθεί να ισχύει κατά τις διατάξεις των άρθρων 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και του άρθρου 6 του Π.Δ. 39/2017, μέχρι εκδόσεως απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, η Αναθέτουσα Αρχή γνωμοδοτεί υπέρ της απόρριψης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων».

7. 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*

Αριθμός απόφασης: Α270/2021

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.».

8. 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.

9. 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.

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 μη προδήλως απαράδεκτο 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

Αριθμός απόφασης: Α270/2021

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.

11. Επειδή, με την προσφυγή της, η προσφεύγουσα, όπως αναλυτικότερα αναπτύσσει σε αυτήν, προβάλλει συγκεκριμένους ισχυρισμούς ως προς τη μη νόμιμη, κατ' αυτήν, προσβαλλόμενη βάλλοντας κατά της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου.

12. Επειδή δοθέντος ότι υο άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 σύμφωνα με τα οποία 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 κρίνεται ότι δεν υφίσταται βλάβη του προσφεύγοντος στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της ΑΕΠΠ, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία του από την συνέχιση της διαδικασίας, γιατί μετά την άσκηση της προσφυγής στο στάδιο που ευρίσκεται δεν υφίσταται στάδιο διαγωνισμού στο οποίο η αναθέτουσα να μπορεί να εισέλθει, ούτε η επικαλούμενη ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, γιατί δεν έχει καταστεί οριστική, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων.

Αριθμός απόφασης: Α270/2021

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής-λήψης προσωρινών μέτρων απορρίπτεται.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 26 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ηλίας Στρεπέλιας