

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος,-Εισηγητής Άννα Χριστοδουλάκου και
Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής - λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 09.12.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1866/10.12.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «...» που εδρεύει, ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ..., νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης. Ταυτόχρονα η προσφεύγουσα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης/διακήρυξης ως προς το Τμήμα 1 και η εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε τον ως άνω Ανοικτό ηλεκτρονικό δημόσιο διαγωνισμό άνω των ορίων με χρήση της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ με τίτλο «Προμήθεια εξοπλισμού για τη δημιουργία στούντιο ηχογράφησης στη ... στο πλαίσιο της Πράξης «Holistic net working of creative industries via hubs - CREATIVE@HUBS» που χρηματοδοτείται από το Πρόγραμμα Εδαφικής Συνεργασίας ... «Ελλάδα - Ιταλία 2014-2020»,

Αριθμός απόφασης: Α281/2020

συνολικής εκτιμώμενης αξίας 300.700,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ ή 242.500,00€ πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, ανά τμήμα. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα. Οι υποψήφιοι ανάδοχοι δύνανται να υποβάλλουν προσφορές είτε α) για το σύνολο των προκηρυχθέντων τμημάτων, είτε β) για κάθε ένα τμήμα, αλλά για το σύνολο των ειδών του κάθε τμήματος, σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης και ιδίως βάσει του όρου 1.3 και του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης. Μεταξύ των τμημάτων για τα οποία μπορεί να υποβληθεί αυτοτελής προσφορά είναι και το Τμήμα 1 στο οποίο αφορά η παρούσα προσφυγή. Η διακήρυξη με αρ. πρωτ. οικ 92447/16039/24-11-2020 ΤΜΗΜΑ 1 (ΕΣΗΔΗΣ ...) δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ ... 2020-11-24.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση Προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή παρανόμως περιέλαβε στην διακήρυξη ορισμένες τεχνικές προδιαγραφές και αιτείται να ακυρωθούν.

3. Επειδή, η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση ο συνολικός προϋπολογισμός της σύμβασης για το προσβαλλόμενο με την παρούσα Τμήμα 1 της διακήρυξης ανέρχεται στο ποσό των 150.717,74 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. Ειδικότερα βάσει του Παραρτήματος Ι - Μέρος Β της Διακήρυξης (Αναλυτική Περιγραφή Φυσικού και Οικονομικού Αντικείμενου της Σύμβασης - Οικονομικό Αντικείμενο της Σύμβασης), η προϋπολογισθείσα δαπάνη για το Τμήμα 1 ανέρχεται σε 150.717,74€ πλέον ΦΠΑ (σελ. 48 της Διακήρυξης). Βάσει των ανωτέρω, προσκομίζεται για το παραδεκτό της ηλεκτρονικό παράβολο ύψους 753,59 ευρώ (0,50% X 150.717,74) με αριθμό παραβόλου

5. Επειδή, η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή, καθόσον δραστηριοποιείται στον οικείο επιχειρηματικό χώρο, επιθυμεί να συμμετάσχει στον επίμαχο Διαγωνισμό,

Αριθμός απόφασης: Α281/2020

κατά δήλωσή της, και να προσφέρει για τα προσβαλλόμενα είδη της διακήρυξης προϊόντα, πλην όμως, οι προσβαλλόμενοι με την παρούσα όροι τεχνικών προδιαγραφών καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή της στον υπόψη Διαγωνισμό θέτοντας αδικαιολόγητους και μη νόμιμους περιορισμούς.

6. Επειδή, ο επίδικος Διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

7. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016 διότι κατά δήλωσή της η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της διακήρυξης στις 09-12-2020 ήτοι 15 ημέρες μετά την δημοσίευση της στο ΚΗΜΔΗΣ στις 24-11-2020 ασκήθηκε αυθημερόν στις 9/12/2020.

10. Επειδή, στις 11.12.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.. Συναφώς, απέστειλε τις απόψεις της προς την ΑΕΠΠ, στις 14/12/2020 με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (αρ πρωτ. 98180/17059-14.12.202 επί του αιτήματος αναστολής της προσφεύγουσας με τις οποίες αιτείται την απόρριψη του σχετικού αιτήματος αναστολής επικαλούμενη ότι αποτελεί σκοπό της η ολοκλήρωση του προγράμματος εντός ευλόγου χρόνου..

11. Επειδή η προσφεύγουσα προσβάλλει την διακήρυξη του διαγωνισμού αιτούμενη την κήρυξη συγκεκριμένων όρων της ως άκυρων και την παράλληλη ακύρωση άλλως ματαίωση της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας καθώς θεωρεί ότι διότι έχει τα ουσιαστικά και τυπικά προσόντα να της ανατεθεί η σύμβαση (αναφορικά με το Τμήμα 1), ωστόσο, οι προσβαλλόμενοι

Αριθμός απόφασης: Α281/2020

όροι της διακήρυξης την αποκλείουν από τη συμμετοχή στον διαγωνισμό. Συνακόλουθα αιτείται την αναστολή της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας. καθώς επισημαίνει ότι η βλάβη που είναι δυνατό να υποστεί από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι υπέρμετρη και ανεπανόρθωτη καθώς υπό τους υφιστάμενους όρους δεν δύναται να συμμετάσχει στον διαγωνισμό.

12. 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 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).

13. 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».

14. 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

Αριθμός απόφασης: Α281/2020

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.

15.Επειδή, κατά τα προαναφερόμενα, η με Γ.Α.Κ. 1866/10.12.2020 προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη. Σε κάθε, δε, περίπτωση η προσφεύγουσα προβάλλει συγκεκριμένους λόγους, αποδίδοντας πλημμέλειες στην προσβαλλόμενη διακήρυξη. Ενόψει, δε, των προβαλλόμενων αιτιάσεων, αυτές χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, μελέτης του συνόλου των εγγράφων της σύμβασης, καθώς επίσης και συνεκτίμησης των απόψεων και των πορισμάτων της νομολογίας. Συνακόλουθα η κρίση τόσο επί του παραδεκτού όσο και επί του βασίμου της προσφυγής, δεν μπορεί να εξερευνηθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 46/2015, 41/2015, 35/2015, 10/2015, 9/2015), αλλά μόνο με την οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

16.Επειδή, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από την αναθέτουσα αρχή, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της από τη χορήγηση προσωρινών μέτρων. Περαιτέρω, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του σε περίπτωση χορήγησης προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη. Τούτο διότι εκ της διακηρύξεως προκύπτει ότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών είναι η 29/12/2020 και ώρα 11:00 μ.μ., η ημερομηνία αποσφράγισης 05/01/2021, η και η ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής βάσει της οικείας πράξης είναι η 18/1/2021. Εξάλλου, η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια, και

Αριθμός απόφασης: Α281/2020

πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία.

17. Επειδή, συνακόλουθα, πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεύει στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων, λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

18. Επειδή, συνεπώς, πρέπει να διαταχθεί, η αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας και δη την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της με ΓΑΚ Α.Ε.Π.Π. 1866/10.12.2020 προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 16 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ