

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Ιανουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 3.01.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 9/4.01.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά του με αριθμ. πρωτ. ΔΔ/13788/23.12.2021 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη κατά το σκέλος που για το τμήμα 12 του διαγωνισμού κρίνεται αποδεκτή η προσφορά του οικονομικού φορέα «...»

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

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 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 3.01.2022 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) το

Αριθμός Απόφασης: Α 29/2022

οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη του Τμήματος 12 (Δίκτυα Περιοχών ... και ...) της σύμβασης σχετικά με το οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ήτοι 34.000.000 ευρώ.

2. Επειδή ο αναθέτων φορέας με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχων σε τριάντα επτά (37) Εργολαβίες (Έργα) κατασκευής και συντήρησης δικτύων Διανομής ηλεκτρικής ενέργειας στο σύνολο των διοικητικών Περιοχών του ... και τους ΤΚΣΔ/ΔΠΑ και ΤΤΕΔ/ΔΠΝ του ..., ο οποίος διενεργείται μέσω των Συστημάτων Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών και Ηλεκτρονικών Δημοπρασιών της εταιρείας «cosmoONE», με χρήση της πλατφόρμας «sourceONE» συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 2.400.000.000,00€ πλέον ΦΠΑ. Ο διαγωνισμός υποδιαιρείται σε τριάντα επτά Τμήματα, οι δε προσφορές μπορούν να υποβληθούν για ένα ή περισσότερα ή όλα τα Τμήματα, σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 5 της διακήρυξης. Προκήρυξη της ως άνω σύμβασης δημοσιεύτηκε στις 20.07.2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας 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.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 3.01.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 24.12.2021 β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος I του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν 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.

5. Επειδή στις 3.01.2022 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού

Αριθμός Απόφασης: Α 29/2022

τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή με την υπ' αριθμ. 10/2022 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

7. Επειδή ο αναθέτων φορέας απέστειλε στην ΑΕΠΠ μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 7.01.2021 τις απόψεις του επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

8. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

9. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό για το Τμήμα 12 έλαβαν μέρος πέντε οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων ο προσφεύγων και ο οικονομικός φορέας «...». Σύμφωνα με το προσβαλλόμενο Πρακτικό, όλες οι προσφορές για το Τμήμα 12 κρίθηκαν αποδεκτές, ο δε προσφεύγων ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος καθώς κατατάχτηκε πρώτος σε σειρά μειοδοσίας με έκπτωση 47% και ο οικονομικός φορέας «...» δεύτερος σε σειρά μειοδοσίας με έκπτωση 42%.

10. Επειδή έχει κριθεί ότι διαγωνιζόμενος ο οποίος έχει ανακηρυχθεί προσωρινός μειοδότης της υπό ανάθεση σύμβασης, ως έχων υποβάλει τη χαμηλότερη οικονομική προσφορά, δεν έχει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής και κατ' επέκταση, για την άσκηση αναστολής εκτέλεσης, κατά της αποδοχής της προσφοράς διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα που κατετάγη μετά από αυτόν στον πίνακα οικονομικών προσφορών (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 358, 356/2016, 714,2012, ΔΕφΑθ 276/2019).

Ωστόσο, λίαν προσφάτως εκρίθη (ΣΤΕ 1573/2019) ότι «*σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και 7 του π.δ/τος 39/2017 (Α' 33), η ενώπιον της ΑΕΠΠ παρέμβαση ασκείται προς διατήρηση του κύρους της προσβαλλόμενης με την ενώπιόν της προδικαστική προσφυγή η εξέταση επί της ουσίας των προβαλλόμενων από την ήδη αιτούσα*

Αριθμός Απόφασης: Α 29/2022

με την παρέμβασή της ενώπιον της ΑΕΠΠ αιτιάσεων κατά της αποδοχής της προσφοράς της ήδη παρεμβαίνουσας θα συνιστούσε επί της ουσίας διεύρυνση του αντικειμένου της διαφοράς κατά την ενδικοφανή διαδικασία, έτσι όπως αυτό προσδιορίστηκε από τους λόγους της προδικαστικής προσφυγής της , αποσκοπώντας στην ακύρωση της ενώπιον της ΑΕΠΠ πράξης και κατά το μέρος που με αυτήν είχε γίνει δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας (πρβλ. ΣΤΕ 64/2019, 3345/2013 για την παρέμβαση σε αίτηση ακυρώσεως). Εξάλλου, η διαμορφωθείσα από το ΔΕΕ και το Συμβούλιο της Επικρατείας νομολογία περί του εννόμου συμφέροντος του “μη οριστικώς αποκλεισθέντος” να προβάλλει λόγους περί αποκλεισμού της προσφοράς ανθυποψηφίων του αποβλέποντας στην προσδοκία του περί ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, ούτως ώστε να του δοθεί η δυνατότητα να μετάσχει στο νέο διαγωνισμό θεραπεύοντας τις πλημμέλειες της προσφοράς του, στηρίζεται στην (πραγματική) προϋπόθεση ότι αυτός προβάλλει τις αιτιάσεις κατά των προσφορών των ανθυποψηφίων του ευθέως (και προφανώς και επικαίρως) με προδικαστική προσφυγή κατά των πράξεων με τις οποίες αυτές έγιναν δεκτές και όχι, ως εν προκειμένω, αμυνόμενος με παρέμβαση που ασκεί στο πλαίσιο προδικαστικής προσφυγής ανθυποψηφίου του κατά πράξης με την οποία έγινε δεκτή η προσφορά του ίδιου (μη οριστικώς αποκλεισθέντος). Το γεγονός δε ότι η αιτούσα είχε ανακηρυχθεί με την υπ’ αριθμ. απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής προσωρινή μειοδότηρια δεν αναιρούσε το έννομο συμφέρον της πρώτης ν’ ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή και στη συνέχεια αυτοτελή αίτηση αναστολής κατά της πράξης αυτής προβάλλοντας αιτιάσεις σε σχέση με τη νομιμότητα της προσφοράς της..... Τούτο δε διότι τυχόν ευδοκίμηση της ασκηθείσης από την παρεμβαίνουσα προδικαστικής προσφυγής κατά της πράξεως με την οποία η αιτούσα είχε κηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος, θα είχε ως αποτέλεσμα η προσφορά της να τεθεί εκτός της διαγωνιστικής διαδικασίας, με άμεσο αποτέλεσμα την κήρυξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου....».

Εξάλλου, όπως έχει κριθεί και από το ΔΕΕ (C-54/18 Cooperativa Animazione Valdocco Soc. Coop.soc. Impresa Sociale Onlus κατά Consorzio Intercomunale Servizi Sociali di Pinerolo σκ. 36) κάθε προσφέρων ο οποίος

Αριθμός Απόφασης: Α 29/2022

θεωρεί ότι μια απόφαση με την οποία γίνεται δεκτή η συμμετοχή ανταγωνιστή σε διαδικασία συνάψεως δημόσιας συμβάσεως είναι παράνομη και ενέχει κίνδυνο να του προκαλέσει ζημία, έχει άμεσο έννομο συμφέρον προς άσκηση προσφυγής κατά της εν λόγω αποφάσεως, ανεξαρτήτως της ζημίας που μπορεί, επιπλέον, να απορρεύσει από την ανάθεση της συμβάσεως σε άλλον υποψήφιο. Η νομολογιακή αυτή αντιμετώπιση στηρίζεται στην ανάγκη τήρησης της αρχής ασφάλειας του δικαίου στο πλαίσιο των διαγωνιστικών διαδικασιών συνάψεως δημοσίων συμβάσεων δια της παροχής αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας, η οποία υλοποιείται μέσω της υποχρεώσεως των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να προσβάλουν επικαίρως, σε σύντομο χρονικό διάστημα, τις πράξεις που τους προξενούν ή ενδέχεται να τους προξενήσουν ζημία, προκειμένου να μην υποχρεώνεται η αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει ολόκληρη τη διαδικασία προς θεραπεία των παραβάσεων αυτών (βλ. σκέψεις 27-28, 36-37, 40-42 της ανωτέρω C-54/18). Περαιτέρω, η αναγνώριση και στον (αρχικό) προσωρινό ανάδοχο, εννόμου συμφέροντος ν' ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας αιτιάσεις κατά των ανθυποψηφίων του κρίνεται πλέον επιβεβλημένη στην περίπτωση που, η διαγωνιστική διαδικασία διεξάγεται σε ένα μόνο στάδιο (ήτοι εκδίδεται μία μόνο εκτελεστή διοικητική πράξη με την οποία κρίνεται το νομότυπο των κατατεθεισών προσφορών από απόψεως πληρότητας των δικαιολογητικών συμμετοχής και επάρκειας των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων), δεδομένου ότι ο κίνδυνος ν' ανατραπεί το (αρχικώς) ευνοϊκό γι' αυτόν αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας και η εντεύθεν προκαλούμενη σε αυτόν ζημία ως εκ του αποκλεισμού του κατόπιν ασκήσεως και ευδοκιμήσεως της δεύτερης προδικαστικής προσφυγής με αντικείμενο τη νομιμότητα της προσφοράς του από τη δεύτερη προσφεύγουσα, είναι χρονικά, τουλάχιστον, αμεσότερος (βλ. *ad hoc* ΣΤΕ 1573/2019 σκέψη 10).

Επομένως, βάσει της ως άνω πρόσφατης νομολογίας, προϋπότητες της συνδρομής εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής εκ μέρους του αναδειχθέντος ως προσωρινού αναδόχου τίθενται, σωρευτικώς η άσκηση και ευδοκίμηση προδικαστικής προσφυγής κατά της

Αριθμός Απόφασης: Α 29/2022

προσφοράς του από ανθυποψήφιο αυτού και η επιδίωξη ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, ούτως ώστε να του δοθεί η δυνατότητα να μετάσχει στο νέο διαγωνισμό θεραπεύοντας τις πλημμέλειες της προσφοράς του. Επισημαίνεται ότι εν προκειμένω ο οικονομικός φορέας «...» έχει ασκήσει προδικαστική προσφυγή κατά της αποδοχής της προσφοράς του προσφεύγοντος στο Τμήμα 12 του διαγωνισμού. Ωστόσο, αφενός μεν ο προσφεύγων δεν επικαλείται την προσδοκία του περί ματαίωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας για το Τμήμα 12 του διαγωνισμού εφόσον ευδοκιμήσει η προσφυγή του οικονομικού φορέα «...», σε κάθε δε περίπτωση ο προσφεύγων δεν αμφισβητεί την νομιμότητα της αποδοχής των προσφορών των έτερων τριών συμμετοχόντων στο Τμήμα 12, οι οποίοι παραμένουν στο διαγωνισμό. Ως εκ τούτου, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί άνευ εννόμου συμφέροντος και άρα απαραδέκτως.

11. Επειδή το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 ορίζει 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

Αριθμός Απόφασης: Α 29/2022

χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

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' ελάχιστον, 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.

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 οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την ΑΕΠΠ (πρβλ. ΣτΕ 2080/2016).

15. Επειδή προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής, και τούτο μπορεί να απορριφθεί ακόμη και σε περίπτωση ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς

