

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 4 Μαρτίου 2021 με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος (σε αναπλήρωση του Προέδρου του Κλιμακίου Μιχ. Οικονόμου, δυνάμει της Πράξης με αριθμό 23/3021 Προέδρου ΑΕΠΠ), Σταυρούλα Κουρή και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής - λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 22.02.2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 400/23.02.2021 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στα όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του(εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη υπ' αριθμ. ... για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης παροχής υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης των ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων τουγια τους προβαλλόμενους με την προσφυγή λόγους.

Ταυτόχρονα η προσφεύγουσα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης και ειδικότερα να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής της.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: Α34 / 2021

1. Επειδή, με την υπ' αριθμ. διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Διεθνή Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης παροχής υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης των ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων του για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους με δικαίωμα παράτασης ενός (1) ακόμα έτους, συνολικού προϋπολογισμού (2 ετών) 1.048.387,10€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. (524.193,55€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. ανά έτος), με κριτήριο ανάθεσης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς αποκλειστικά βάσει τιμής. Προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 05.02.2021 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (...). Η διακήρυξη, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 11.02.2021 με ΑΔΑΜ:καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός.....). Στο άρθρο 1.5 της διακήρυξης, ορίζεται ως καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών η 12.03.2021 και ώρα 15:00 και ως ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού η 17.03.2021 και ώρα 15:00.

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό....., εξοφληθέν δύναμει του από 21.01.2021 αποδεικτικού εξόφλησης τηςκαι δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.) ύψους 5.242,00€.

3. Επειδή, η περιλαμβάνουσα το υπό κρίση αίτημα αναστολής προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ)

Αριθμός Απόφασης: Α34 / 2021

και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. στις 11.02.2021, ημερομηνία κατά την οποία η προσφεύγουσα, ως δηλώνει, έλαβε γνώση αυτής και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 22.02.2021, ημέρα Δευτέρα. Η προσφυγή κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα αυθημερόν.

5.Επειδή, η προσφεύγουσα ασκεί την προσφυγή κατ' αρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος, καθώς, ως προβάλλει, δραστηριοποιείται στο αντικείμενο του διαγωνισμού και οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης καθιστούν αδύνατη τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό.

6. Επειδή, με το υπ' αριθμ. πρωτ. 8308/01.03.2021 έγγραφό της, το οποίο κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού την 01.03.2021, η αναθέτουσα αρχή υπέβαλε τις απόψεις της επί του εξεταζόμενου αιτήματος αναστολής, σύμφωνα με τις οποίες *«Στα πλαίσια εξέτασης του αιτήματος της εταιρίας «.....περί έκδοσης απόφασης αναστολής εκτέλεσης - προσωρινών μέτρων, παρακαλούμε όπως λάβετε υπόψη ότι η ισχύουσα σύμβαση του Νοσοκομείου (αριθμ. 254/19) με αντικείμενο την «παροχή υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης των Ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων του Νοσοκομείου» ολοκληρώνεται στις 19/05/2021. Σε αυτή περιλαμβάνεται μεταξύ άλλων και η απασχόληση είκοσι δύο (22) ατόμων διαφόρων ειδικοτήτων, οι οποίοι εργάζονται σε κυκλικό ωράριο, ώστε να καλύπτουν τις βασικές ανάγκες λειτουργίας του Νοσοκομείου, οι οποίες δεν είναι δυνατό να καλυφθούν από το μόνιμο προσωπικό της Τεχνικής Υπηρεσίας του ιδρύματος. Ως εκ τούτου, η οποία καθυστέρηση στην εξέλιξη της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας θα έχει άμεσες και σοβαρές συνέπειες στην εύρυθμη λειτουργία του Νοσοκομείου, το οποίο, επιπροσθέτως, αποτελεί το μοναδικό κέντρο αναφοράς Covid-19 στην Αναφορικά με τις παρατηρήσεις επί των τεχνικών προδιαγραφών που περιλαμβάνονται στην Προδικαστική Προσφυγή, τονίζεται ότι στην αντίστοιχη δεκαπενθήμερη διαβούλευση αυτών που προηγήθηκε της δημοσίευσης (Αριθμός ΕΣΗΔΗΣ.....), δεν υπεβλήθησαν παρατηρήσεις από την προσφεύγουσα εταιρία ώστε η αρμόδια επιτροπή να επιληφθεί επί αυτών. Επίσης, οι παρατηρήσεις επί των χρηματοοικονομικών*

Αριθμός Απόφασης: Α34 / 2021

επισημάνσεων που περιλαμβάνονται στην Διακήρυξη, θα μπορούσαν να διευκρινιστούν προς την προσφεύγουσα, αλλά και κάθε άλλη ενδιαφερόμενη εταιρία, μέσω υποβολής διευκρινιστικών ερωτημάτων στα πλαίσια της διαγωνιστικής διαδικασίας και της καλής πίστης και συνεργασίας μεταξύ της Αναθέτουσας Αρχής και των ενδιαφερομένων, ώστε να αποφευχθεί η υποβολή της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής. Επιπρόσθετα τονίζεται ότι οι όροι που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση διακήρυξη και αφορούν την χρηματοοικονομική και τεχνική επάρκεια των συμμετεχουσών εταιριών, τέθηκαν από την Αναθέτουσα Αρχή με γνώμονα την διασφάλιση του Νοσοκομείου ως προς την εμπειρία των εταιριών που θα συμμετάσχουν σε αντίστοιχα έργα, καθώς η λειτουργία των Ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων αυτού, προϋποθέτει πολύπλευρη γνώση του αντικειμένου. Επίσης, τονίζεται ότι η όποια εταιρία αναλάβει το έργο, ζητείται να διαθέτει μια οικονομική δυνατότητα με την οποία θα καλυφθούν τόσο οι ανάγκες του προσωπικού που θα προσληφθεί, όσο και οι απαιτήσεις του Νοσοκομείου σε σύναψη συμβάσεων υπεργολαβίας με εξουσιοδοτημένα συνεργεία. Λαμβάνοντας υπόψη το άρθρο 364 «Ανασταλτικό Αποτέλεσμα» του Ν. 4412/16 Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών παράγραφος 1 «...η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας» σε συνδυασμό με το γεγονός ότι το Νοσοκομείο, σε περίπτωση δικαίωσης της προσφεύγουσας εταιρίας από την επιτροπή σας, θα συμμορφωθεί άμεσα με τροποποίηση της υφιστάμενης διακήρυξης και επαναπροκήρυξης αυτής, παρακαλούμε για την μη έκδοση απόφασης αναστολής εκτέλεσης - προσωρινών μέτρων στα πλαίσια της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ. Αριθμ. ΕΣΗΔΗΣ Διαγωνιστικής διαδικασίας.».

7. 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).

8. 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*».

9. 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.

10. 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.

11. 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 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.

12. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη. Ενόψει, δε, των προβαλλόμενων με την προσφυγή αιτιάσεων, καθίσταται προφανές ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, χρήζουν ενδελεχούς εξέτασης και ερμηνείας των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτησης διευκρινήσεων ή/και εγγράφων (ΑΕΠΠ 4/2017, Α 31/2019, Α 68/2019). Η σχετική, δε, κρίση, τόσο επί του παραδεκτού όσο και επί του βασίμου της προσφυγής δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ46/2015, 41/2015, 35/2015, 10/2015, 9/2015), αλλά με την οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

13. Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η τυχόν αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεδομένου ότι, όπως προαναφέρθηκε, στη διακήρυξη, ορίζεται καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών η 12.03.2021 και ώρα 15:00, ήτοι

Αριθμός Απόφασης: Α34 / 2021

ημερομηνία προγενέστερη αυτής της εξέτασης της προσφυγής (31.03.2021, ορισθείσα με την υπ' αριθμ. 491/2021 Πράξη του Προέδρου του κρίνοντος 5^{ου} Κλιμακίου) και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας σε περίπτωση αποδοχής της προδικαστικής προσφυγής κατά της διακήρυξης, παρίσταται πρόδηλη η αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας και η συνακόλουθη παράταση της λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, σε εύλογο χρόνο μετά την έκδοση της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της προσφυγής, λαμβανομένου υπόψη ότι ο αποκλειστικός χρόνος, κατά το αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, έκδοσης της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της προσφυγής, λήγει στις 20.04.2021.

14. Επειδή, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από την αναθέτουσα αρχή ή κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του σε περίπτωση χορήγησης προσωρινών μέτρων. Δεν αποτελούν δε τοιαύτη βλάβη οι αορίστως αναφερόμενες από την αναθέτουσα αρχή συνέπειες στην εύρυθμη λειτουργία του Νοσοκομείου εκ της καθυστέρησης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ούτε επικαλείται η αναθέτουσα αρχή ότι, δεδομένης της ολοκλήρωσης της ισχύουσας σύμβασης του Νοσοκομείου με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών επισκευής και συντήρησης των Ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων του Νοσοκομείου στις 19.05.2021, δεν μπορούν να καλυφθούν προσωρινά οι συναφείς ανάγκες της με άλλον τρόπο πέραν της ανάθεσής τους με την επίμαχη διακήρυξη. Εξάλλου, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη σύναψη της προκηρυχθείσας σύμβασης. Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣτΕ 840/2008). 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 ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη. Εξάλλου, η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της

Αριθμός Απόφασης: Α34 / 2021

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

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

16. Επειδή, συνεπώς, πρέπει να διαταχθεί η αναστολή της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως ότου εκδοθεί οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τα άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, λαμβανομένων υπόψη των διαλαμβανόμενων στη σκ. 13 της παρούσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 4 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Νικόλαος Σαββίδης

Μαρία Κατσαρού