

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 30 Αυγούστου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 18.08.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1643/19-08-2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα – ένωσης εταιρειών που αποτελείται από τα εξής μέλη: 1) «...», με δ.τ. «...», που εδρεύει στο ..., οδός ...αρ. ..., με υποκατάστημα στη ..., οδός ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται 2) ..., που εδρεύει στη ..., οδός ... αρ. ..., και 3) ..., που εδρεύει στην ..., οδός

Κατά της ΔΗΜΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ... και της υπ' αριθμ. 171/2021 (αριθμ. συνεδρίασης 19/2021) Απόφασης του Δ.Σ. της ...κατά το σκέλος της με το οποίο έγιναν αποδεκτές οι προσφορές και δη οι υποφάκελοι «Δικαιολογητικών Συμμετοχής» των συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων: 1. «...- ...» 2. Της ένωσης Οικονομικών Φορέων «...» - «... 3) της ένωσης Οικονομικών Φορέων «...» - «...» - «... με Δ.Τ. «...» - «... με Δ.Τ. «...» και 4. Της εταιρείας «...» και

Κατά της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων, εφεξής «ο α' παρεμβαίνων», που αποτελείται από τα εξής μέλη: 1....", που εδρεύει στα ..., οδός ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται 2. ... με δ.τ. ..., που εδρεύει στο ..., οδός Διεύθυνση: ... αρ. ...-..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται 3. ..., με δ.τ.: "...", όπως νόμιμα εκπροσωπείται και

Της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων, εφεξής ο «β' παρεμβαίνων», που αποτελείται από τα εξής μέλη: 1. «...με έδρα στο ..., ...-

Αριθμός Απόφασης Α385/2021

... 2. ... με έδρα στο ..., ..., 3.... με δ.τ. «...» με έδρα στη ..., ..., 4.... με δ.τ. «...» με έδρα στο ..., ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα ...– ..., που εδρεύει στη ..., οδός ... εφεξής «ο γ' παρεμβαίνων», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το ως άνω σκέλος.

Με την παρέμβασή του ο α' παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Με την παρέμβασή του ο β' παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Με την παρέμβασή του ο γ' παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της ασκηθείσας προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

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 9.056,89 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 18.08.2021 πληρωμή στην EUROBANK και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) που υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης ποσού 1.811.377,17 €.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. ΑΔΑΜ: ... 2021-01-26 διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό διεθνή ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με αντικείμενο την επιλογή Αναδόχου για την εκπόνηση της μελέτης «Προσδιορισμού των Ζωνών Προστασίας των έργων Υδροληψίας της Δ.Ε.Υ.Α. ...».

Αριθμός Απόφασης Α385/2021

3. Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 26-01-2021 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

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 ΙV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 18.08.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 9-08-2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι 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.

6.Επειδή, ο προσφεύγων, καταρχήν, με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της αποδοχής των προσφορών απάντων των λοιπών συμμετεχόντων καθώς συμμετείχε στο διαγωνισμό, επικαλείται δε ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη αποδοχή όλων των λοιπών προσφορών και στο όφελος από την ανάθεση στον ίδιο της υπό κρίση σύμβασης. Η οριστική, ωστόσο, κρίση περί της ύπαρξης εννόμου συμφέροντος για την προβολή λόγων κατά ενός εκάστου των συνδιαγωνιζομένων του προσφεύγοντος θα κριθεί κατά την οριστική εξέταση ενός εκάστου των λόγων της υπό κρίση προσφυγής.

7. Επειδή στις 19-08-2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς τους έτερους ενδιαφερόμενους στη διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2180/2021 Πράξη της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

Αριθμός Απόφασης Α385/2021

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

10. Επειδή, ο α' παρεμβαίνων άσκησε την από 26-08-2021 παρέμβασή του νομίμως κι εμπροθέσμως, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασκηθείσας προσφυγής και με έννομο συμφέρον καθώς τα έννομα συμφέροντά του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

11. Επειδή, ο β' παρεμβαίνων άσκησε την από 29-08-2021 παρέμβασή του νομίμως κι εμπροθέσμως, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασκηθείσας προσφυγής και με έννομο συμφέρον καθώς τα έννομα συμφέροντά του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

12. Επειδή, ο γ' παρεμβαίνων άσκησε την από 29-08-2021 παρέμβασή του νομίμως κι εμπροθέσμως, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασκηθείσας προσφυγής και με έννομο συμφέρον καθώς τα έννομα συμφέροντά του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως καταρχήν παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

14. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν πέντε οικονομικοί φορείς των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής έγιναν δεκτά ενώ μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών της τεχνικής τους προσφοράς κατατάχθηκαν κατά φθίνουσα σειρά ως ακολούθως:

1) Η εταιρεία «...- ...» έλαβε συνολικά 95,30 βαθμούς, καταταγείσα στην πρώτη θέση

2) Οι Ενώσεις Οικονομικών Φορέων: α) «...» - «...» - «...» και β) ο νυν προσφεύγων «...» - «...» - «...» έλαβαν συνολικά 94,10 βαθμούς, ισοβαθμώντας στη δεύτερη θέση,

3) Η Ένωση Οικονομικών Φορέων «...» - «...» - «...» - «... με Δ.Τ. «...» έλαβε συνολικά 93,50 βαθμούς, καταταγείσα στην τρίτη θέση και

4) Η εταιρεία «...» έλαβε συνολικά 91,60 βαθμούς, καταταγείσα στην τέταρτη θέση.

15. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της

Αριθμός Απόφασης Α385/2021

αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

16.Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

17.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται 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[...].».

18.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

Αριθμός Απόφασης Α385/2021

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.

19. 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).

20. Επειδή για την οριστική κρίση επί των ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη, απαιτείται ενδελεχής έρευνα που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

21. 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

Αριθμός Απόφασης Α385/2021

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.

22. Επειδή, όπως προκύπτει από τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής που αναρτήθηκαν στην λειτουργικότητα «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και απευθύνονται προς όλους τους συμμετέχοντες αναστέλλεται η διαγωνιστική διαδικασία μέχρι την έκδοση απόφαση της ΑΕΠΠ. Ειδικότερα, σύμφωνα με το από 23-08-2021 έγγραφο που υπογράφεται από τον Πρόεδρο του Δ.Σ. της ΔΕΥΑΚ : «[...]σας ενημερώσουμε ότι στο πλαίσιο της καλής πίστης και της ασφάλειας δικαίου δεν θα προβούμε σε καμία άλλη ενέργεια εκτέλεσης ή συνέχισης διαγωνιστικής διαδικασίας έως τη δημοσίευση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της υποβληθείσας προσφυγής, αναμένοντας την απόφαση και τα διατασσόμενα σε αυτήν[...]».

23. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση του κατάλληλου προσωρινού μέτρου, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων, καθώς παρίσταται αλυσιτελής η εξέταση και λήψη απόφασης περί αναστολής δεδομένης της οίκοθεν σχετικής απόφασης της αναθέτουσας αρχής.

24. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί ως άνευ αντικειμένου.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 30-08-2021.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΥΣΑΝΘΗ ΖΑΡΑΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΕΛΕΝΗ ΛΕΠΙΔΑ

