

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 8 Σεπτεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη (σε αναπλήρωση του Μιχαήλ Οικονόμου), Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση – Εισηγήτρια, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος (σε αναπλήρωση της Άνας Χριστοδουλάκου), Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 27.08.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1668/30-08-2021 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» με διακριτικό τίτλο «.....», με έδρα την (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την προδικαστική προσφυγή στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη και να αφαιρεθούν συγκεκριμένες προβλέψεις αυτής, που αναφέρονται ρητώς στο κείμενο της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την με αρ.....Διακήρυξη ανοικτή διαδικασία για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: Εκτιμώμενης αξίας 14.301,819,00 Ευρώ (με Φ.Π.Α. 24%), με κριτήριο ανάθεσης την συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Η προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη, μέσω της διαδικτυακής πύλης simap.europa.eu, για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 29/07/21, έλαβε τον προσωρινό αριθμό αναφοράς και δημοσιεύτηκε

Αριθμός απόφασης: Α402/2021

στις 03/08/21, ενώ η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 4.8.2021 (ΑΔΑΜ)

2. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο ποσού 6.417,75 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την πληρωμή στην και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης).

3. 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).

3. Επειδή, με βάση το άρθρο 363 Ν. 4412/2016 ως ισχύει, προβλέπονται τα εξής «*Άρθρο 363 Παράβολο - Εξουσιοδοτική διάταξη*

1. Για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής κατατίθεται παράβολο από τον προσφεύγοντα υπέρ του δημοσίου, το ύψος του οποίου ανέρχεται σε ποσοστό μηδέν και πέντε δέκατα επί τοις εκατό (0,5%) της προϋπολογισθείσας αξίας (χωρίς Φ.Π.Α.) της σύμβασης. Το ύψος του παραβόλου δεν μπορεί να είναι κατώτερο των εξακοσίων (600) ευρώ ούτε ανώτερο των δεκαπέντε χιλιάδων (15.000) ευρώ. Αν από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της, για το παραδεκτό της άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, κατατίθεται παράβολο ύψους εξακοσίων (600) ευρώ.

2. Εάν από τα έγγραφα της σύμβασης παρέχεται η δυνατότητα υποβολής προσφοράς για τμήμα ή τμήματα της σύμβασης, το ύψος του παραβόλου υπολογίζεται επί της αξίας του τμήματος ή των τμημάτων της σύμβασης σχετικά με τα οποία ασκείται η προδικαστική προσφυγή....[...]»

Αριθμός απόφασης: Α402/2021

4. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: « 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 χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

4. Επειδή, στο άρθρο 360 του ν. 4412/2016, το οποίο εντασσόμενο στο Βιβλίο IV του νόμου περί «Έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων», εφαρμόζεται, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 2 αυτού, και στις διαφορές που προκύπτουν κατά τη διαδικασία ανάθεσης συμβάσεων παραχώρησης, προβλέπεται 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 [μεταξύ των οποίων και η αίτηση ακυρώσεως], να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της

Αριθμός απόφασης: Α402/2021

προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ένδικων βοηθημάτων του Τίτλου 3 κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3 ...». Ως προς τον τρόπο άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, στο άρθρο 362 του νόμου προβλέπονται τα εξής: «1. [όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε με το άρθρο 49 παρ. 3 του ν. 4456/2017 (Α' 24)] Η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. Σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται στην ΑΕΕΠ. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της. 2. Στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών της παρ. 7 του άρθρου 365 μπορεί να προβλέπεται ότι η προσφυγή υποβάλλεται υποχρεωτικά με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου το οποίο θα υποβάλλεται κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην παρ. 1. 3. ...». Εξ άλλου, στο άρθρο 8 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (Α' 64) ορίζονται σχετικώς τα εξής: «1. Η προδικαστική προσφυγή περιέχει όλες ανεξαιρέτα τις νομικές και πραγματικές αιτιάσεις που δικαιολογούν το αίτημά της (άρθρο 362 παρ. 1 εδ. γ ν. 4412/2016). 2. Η προσφυγή υποβάλλεται υποχρεωτικά με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου, όπως αυτό παρατίθεται στο Παράρτημα Ι (άρθρο 362 παρ. 2 ν. 4412/2016). 3. Η προσφυγή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. 4. Σε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ... ή σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail). Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία παραλαβής της από την ΑΕΠΠ μέσω του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Το αργότερο την επόμενη εργάσιμη ημέρα από την παραλαβή της προσφυγής, η ΑΕΠΠ ειδοποιεί ηλεκτρονικά τον προσφεύγοντα για την παραλαβή της προσφυγής και τον αριθμό πρωτοκόλλου αυτής. 5. ...». Στο Παράρτημα Ι του ως άνω Κανονισμού

Αριθμός απόφασης: Α402/2021

Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών επισυνάπτεται υπόδειγμα του τυποποιημένου εντύπου της προδικαστικής προσφυγής, στο τελευταίο τμήμα του οποίου περιλαμβάνεται και πεδίο, στο οποίο συμπληρώνεται η εξής δήλωση εκ μέρους του προσφεύγοντος ή του εκπροσώπου του: «Δηλώνω υπεύθυνα ότι όλα τα στοιχεία και όλες οι πληροφορίες που περιέχονται στην παρούσα Προσφυγή, καθώς και όλα τα επισυνημμένα έγγραφα είναι αληθή και ορθά», ενώ κάτω από την εν λόγω δήλωση έχουν τεθεί οι ενδείξεις: «Υπογραφή Προσφεύγοντος ή Εκπροσώπου», «Ημερομηνία», «Όνοματεπώνυμο», «Ιδιότητα» και «Σφραγίδα» (Σε περίπτωση νομικού προσώπου).

5. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει υποβάλει παράβολο ποσού 6.417,75 ευρώ αναφέροντας στην προσφυγή της ως προς την έκδοση του παραβόλου ότι στηρίχθηκε στον προϋπολογισμού δύο τμημάτων του συνολικού προϋπολογισμού (Θ4 και Θ10) ποσού 1.283.550,00 ως αναγράφεται στην μελέτη προϋπολογισμού, η οποία εντάσσεται στα συμβατικά τεύχη. Ωστόσο, στο άρθρο 11.1 της διακήρυξης αναφέρεται ρητώς ως προϋπολογισμός έργου το ποσό των 11.533.725,38 Ευρώ ενώ επισημαίνεται περαιτέρω ότι *«Η παρούσα σύμβαση δεν υποδιαιρείται σε τμήματα και ανατίθεται ως ενιαίο σύνολο για τους ακόλουθους λόγους. Το υπόψη έργο, λόγω της φύσης και της έκτασής του, αποτελεί ένα ενιαίο σύνολο, μη δυνάμενο να διαιρεθεί από τεχνικής άποψης σε επιμέρους τμήματα και ως εκ τούτου απαιτείται η σύναψη μίας σύμβασης. Η υποδιαίρεση του έργου σε τμήματα, ενέχει τον κίνδυνο μη ορθής εκτέλεσης του συνολικού έργου, καθώς και δυσκολία στην απρόσκοπτη παρακολούθηση των εργασιών από την αναθέτουσα αρχή»*. Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη την γραμματική ερμηνεία της διάταξης του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016, προκύπτει ότι η προσφεύγουσα δεδομένης της έλλειψης δυνατότητας υποβολής προσφοράς επί τμήματος του συνολικού έργου, ανεξαρτήτως των προβαλλόμενων λόγων με την προσφυγή της, όφειλε για την νόμιμη άσκηση της προσφυγής να εκδώσει και προσκομίσει με την κατάθεση της προσφυγής παράβολο επί του συνολικού ποσού της προϋπολογισθείσας δαπάνης, ήτοι παράβολο ποσού 15.000 ευρώ.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα κατέθεσε την προσφυγή με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ στις 27.8.2021. Ωστόσο, από τις ανωτέρω διατάξεις (σκ. 4 ανωτέρω) και την, κατ' εξουσιοδότηση του αρ. 36

Αριθμός απόφασης: Α402/2021

του Ν. 4412/2016, ΥΑ 166278 (ΦΕΚ Β' 2813/30.06.2021), με τίτλο «Ρυθμίσεις τεχνικών ζητημάτων που αφορούν στην ανάθεση των δημοσίων συμβάσεων έργων, μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών με χρήση των επιμέρους εργαλείων και διαδικασιών του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ)», προκύπτει ότι, προκειμένου περί διαγωνισμών που διενεργούνται ηλεκτρονικώς μέσω του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η προδικαστική προσφυγή κατά των πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία υποχρεωτικώς επί ποινή απαραδέκτου κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, απαιτείται να φέρει, όπως και όλα τα έγγραφα που υποβάλλονται από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς μέσω του Συστήματος, προηγμένη ηλεκτρονική υπογραφή (ΣΤΕ 882/2020).

7. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό κρίση προσφυγή πιθανολογείται σφόδρα ως προδήλως απαράδεκτη. Τούτο, διότι από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου προκύπτει ότι δεν έχει εκδοθεί και υποβληθεί το νόμιμο παράβολο για την παραδεκτή άσκηση της προσφυγής και δεν έχει κατατεθεί παραδεκτώς η προσφυγή ήτοι μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού αλλά αντιθέτως απεστάλη αποκλειστικώς μέσω ηλεκτρονικού μηνύματος στην ΑΕΠΠ.

8. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα χορήγησης αναστολής - προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων της αιτούσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 8 Σεπτεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 9 Σεπτεμβρίου στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η αν. Πρόεδρος
Χρυσάνθη Ζαράρη

Η Γραμματέας
Παναγιώτα Καλαντζή

Αριθμός απόφασης: Α402/2021