

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 24 Ιουνίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 14.06.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ) 850/15.06.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...(δ.τ. επιχείρησης ...)», που κατοικοεδρεύει στην ..., οδός ..., εφεξής η «προσφεύγουσα».

Κατά της «... (...) και κατά της υπ' αριθμ. ... ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ ΣΕ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΜΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΧΩΡΙΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ (σύμφωνα με το άρθρο 269 περ. δ' του Ν.4412/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) για την «...», εφεξής «η προσβαλλομένη».

Με την προδικαστική προσφυγή της, στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πρόσκληση.

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 1.860,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Το παράβολο

Αριθμός Απόφασης: Α443/2022

υπολογίστηκε βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% και δικαιώματος προαίρεσης, ποσού 371.815,17€ ευρώ.

2. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με την προσβαλλομένη διεξάγει ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΜΕ ΔΙΑΠΡΑΓΜΑΤΕΥΣΗ ΧΩΡΙΣ ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΗ ΔΗΜΟΣΙΕΥΣΗ (σύμφωνα με το άρθρο 269 περ. δ' του Ν.4412/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει) για την «...» προκειμένου να προχωρήσει στην ανάθεση της παροχής υπηρεσιών ..., προϋπολογισθείσας δαπάνης τετρακοσίων ογδόντα οκτώ χιλιάδων, πεντακοσίων τριάντα οκτώ ευρώ και τριάντα δύο λεπτών (488.538,32€), συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης μέχρι του ποσού των 27.487,51€, και ΦΠΑ (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 371.815,17€, δικαίωμα προαίρεσης χωρίς ΦΠΑ: 22.167,35€, και ΦΠΑ 24%: 94.555,80€). Ο αναθέτων φορέας δυνάμει της ανωτέρω πρόσκλησης κάλεσε δύο εταιρίες, και συγκεκριμένα τις εταιρίες α. «...» και β. την εταιρία «...» να συμμετάσχουν σε διαδικασία με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση (σύμφωνα με το άρθρο 269 περ. δ' του Ν.4412/2016 όπως τροποποιήθηκε και ισχύει), με έναρξή της, την ημερομηνία της πρόσκλησης.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της πρόσκλησης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 1-6-2022 με ΑΔΑΜ ...καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας ενόψει του αντικείμενου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 1240/2022 Πράξη της Προέδρου του 4ου Κλιμακίου, ορίστηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής, αντίστοιχα και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

6. Επειδή, ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε την υπό κρίση προσφυγή προς όλους τους ενδιαφερόμενους στις 16-06-2022.

7. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με το από 22-06-2022 έγγραφό του προς την ΕΑΔΗΣΥ γνωστοποίησε τη απόφαση της Επιτροπής διενέργειας της

Αριθμός Απόφασης: Α443/2022

διαδικασίας για την μετάθεση της αποσφράγισης των προσφορών μέχρι και την 22.7.2022, ημέρα Παρασκευή και ώρα 12.00 το μεσημέρι.

8. Επειδή, στον ν. 4412/2016 (Α' 147) ορίζεται, μεταξύ άλλων, στο άρθρο 360, 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 [...] ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής. 2. Η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αποτελεί προϋπόθεση για την άσκηση των ενδίκων βοηθημάτων [...] κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων των αναθετουσών αρχών. 3. Δεν επιτρέπεται η άσκηση άλλης διοικητικής προσφυγής κατά των εκτελεστών πράξεων ή παραλείψεων της αναθέτουσας αρχής κατά την διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων εκτός από την προδικαστική προσφυγή της παραγράφου 1» και στο άρθρο 361 ορίζεται ότι «1. Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) δέκα (10) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα αν η πράξη κοινοποιήθηκε με ηλεκτρονικά μέσα ή τηλεομοιοτυπία ή (β) δεκαπέντε (15) ημέρες από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα, αν χρησιμοποιήθηκαν άλλα μέσα επικοινωνίας, άλλως, (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ. 2. [...]». [βλ. ομοίως άρθρο 4 του π.δ. 39/2017 (Α' 64) «Κανονισμός εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών»]. Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται ότι η άσκηση προδικαστικής προσφυγής από τον ενδιαφερόμενο ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. αποτελεί διαδικαστική προϋπόθεση για το παραδεκτό της άσκησης τόσο αίτησης

Αριθμός Απόφασης: Α443/2022

αναστολής εκτέλεσης όσο και αίτησης ακυρώσεως κατά της απόφασης της Α.Ε.Π.Π. Πρέπει δε η προσφυγή αυτή να ασκείται εντός της τασσομένης στον νόμο (κατά περίπτωση, δεκαήμερης ή δεκαπενθήμερης) προθεσμίας, η οποία κινείται είτε από την επομένη της κοινοποίησης στον ενδιαφερόμενο της βλαπτικής για τα συμφέροντά του πράξης είτε από την επομένη της ημέρας κατά την οποία ο τελευταίος λαμβάνει πλήρη γνώση αυτής. Ειδικώς, στην περίπτωση προσβολής όρων προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής εκ μέρους του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα τεκμαίρεται ότι λαμβάνει χώρα μετά την πάροδο δεκαπέντε ημερών από τη δημοσίευσή της στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.), εάν από κανένα στοιχείο δεν προκύπτει τέτοια πλήρης γνώση σε προγενέστερο χρόνο (Ε.Α.ΣτΕ 61/2010). Συνεπώς, από την επομένη της παρόδου του ως άνω δεκαπενθήμερου κινείται η τασσομένη στον νόμο δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής, εκτός αν από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει πραγματική γνώση της διακήρυξης εκ μέρους του ενδιαφερομένου σε χρόνο προ του δεκαπενθήμερου από την δημοσίευσή της στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. [οπότε η δεκαήμερη προθεσμία ξεκινάει από την επομένη της πραγματικής γνώσεως] (Ε.Α. ΣτΕ 56/2020, 109/2019, ΔεφΘεσ161/2020).

9.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. 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[...]». Ακόμη, 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

Αριθμός Απόφασης: Α443/2022

αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεύει 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.

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, 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).

11. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα δηλώνει με την προσφυγή της – και δη υπευθύνως - ότι έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πρόσκλησης κι επομένως και των όρων αυτής την 1-06-2022, ότε αυτή αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ (βλ. ΕΑ ΣτΕ 56/2020). Υπενθυμίζεται ότι παγίως έχει κριθεί ότι η δεκαπενθήμερη προθεσμία από τη δημοσίευση διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ έχει προβλεφθεί στον νόμο, προκειμένου να καθορισθεί ένα σταθερό χρονικό σημείο, μετά την πάροδο του οποίου τεκμαίρεται η πλήρης γνώση της διακήρυξης, προκειμένου να κινηθεί η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και όχι ως προθεσμία άσκησης της προδικαστικής προσφυγής (βλ. ενδεικτικώς: ΣτΕ 2631/2020, σκ. 7, ΣτΕ ΕΑ 56/2020, σκ. 8, ΔΕφΚομ. Ν10/2021, σκ. 7)».

12. Επειδή, από την ανωτέρω δήλωση προκύπτει η λανθασμένη αντίληψη της προσφεύγουσας ως προς την αληθή έννοια των οικείων

Αριθμός Απόφασης: Α443/2022

διατάξεων. Ειδικότερα, παρίσταται να φρονεί η προσφεύγουσα ότι ανεξαρτήτως γνώσης της διακήρυξης σε συγκεκριμένο χρόνο, ισχύει το τεκμήριο πλήρους γνώσης που εισάγει η νομοθεσία για λόγους ασφάλειας δικαίου. Ωστόσο, σε κάθε περίπτωση, ακόμη και εάν η συγκεκριμένη ερμηνεία είχε επικρατήσει νομολογιακά (quod non) ουδόλως αναφέρει η προσφεύγουσα σε τί διαφοροποιείται εν προκειμένω η δηλωθείσα από μέρους της γνώση την 1-06-2022 σε σχέση με την τεκμαιρόμενη πλήρη γνώση. Επομένως, λαμβάνοντας υπόψη, ότι η συγκεκριμένη πληροφορία πέραν τυχόν ανταπόδειξης (ΕΑ ΣτΕ 62/2020), δηλώνεται υπ'ευθύνη της προσφεύγουσας, με βάση τα ειδικότερα δηλωθέντα από την τελευταία στην προσφυγή της, όπου – μεταξύ άλλων - αναφέρει ότι οι πληροφορίες που περιέχονται είναι αληθείς και ορθές, ως ημερομηνία γνώσης της διακήρυξης λαμβάνεται η 1-06-2022 καθιστώντας την ασκηθείσα την 14-06-2022 προσφυγή απαράδεκτη ως εκπρόθεσμη (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 1202/2021).

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η προσφυγή πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη, κι, επομένως, δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις για την χορήγηση των προσωρινών μέτρων, ώστε το σχετικό αίτημα πρέπει ν'απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 24-06-2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ
α/α ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ

Αριθμός Απόφασης: Α443/2022