

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 4 Αυγούστου 2022 με την εξής σύνθεση: Μαργαρίτα Κανάβα Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής που ενσωματώνεται στην από 22.07.2022 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) 1029/25.07.2022 της ένωσης οικονομικών φορέων απαρτιζόμενης από την εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» και της εταιρείας «...» με τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στη ..., επί της οδού ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ... και κατά της υπ' αριθμ. 774/13.07.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ..., με την οποία εγκρίθηκε το από 01.07.2022 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και αποφασίστηκε η ανακήρυξη της ένωσης απαρτιζόμενης από την εταιρεία «...» με τον διακριτικό τίτλο «...» και του οικονομικού φορέα «...» ως προσωρινής αναδόχου, όπως τούτη η απόφαση εκδόθηκε στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού που η ως άνω αναθέτουσα αρχή προκήρυξε διά της με ΑΔΑΜ στο ΚΗΜΔΗΣ ... Διακήρυξης της, με α/α συστημικό στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. ..., για την επιλογή αναδόχου εκπόνησης της μελέτης με τίτλο «...», εκτιμώμενης αξίας 329.561,69€ πλέον ΦΠΑ και 408.656,50€ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24% και με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής.

Της παρεμβαίνουσας ένωσης των εξής Οικονομικών Φορέων: 1) Της εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην

Αριθμός απόφασης: Α570/2022

..., επί της οδού ..., αρ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης και 2) Του ..., Μηχανολόγου – Μηχανικού, κατοίκου ..., η οποία άσκησε την από 02.08.2022 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβασή της, επί σκοπώ απόρριψης της ασκηθείσας προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία Μανδράκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει δεσμευθεί, καταβληθεί και πληρωθεί το νόμιμο και αναλογούν παράβολο κατά τις διατάξεις των παρ. 1 και 2 του άρθρου 363 του Ν. 4412/2016 και των παρ. 1 και 2 του άρθρου 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.647,81€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της υπό ανάθεση σύμβασης, η οποία εν προκειμένω ανέρχεται σε 329.561,69€, άνευ ΦΠΑ.

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, άνευ ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που ασκεί η αναθέτουσα αρχή καθώς και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρο 345, παρ. 1, όπως ισχύει, η δε Αρχή, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή και υποβάλλεται το σχετικό αίτημα αναστολής, είναι αρμόδια για την εξέτασή της. Προσέτι, η υπό εξέταση προσφυγή παραδεκτώς ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου (άρθρ. 362 παρ. 2 Ν.4412/2016 και 8 παρ. 2, Παράρτημα I του Π.Δ.39/2017) και κοινοποιήθηκε στην Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 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 καθώς και την παρ. 1 εδ. α' του άρθρου 4 και την παρ. 2 του άρθρου 8 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού

Αριθμός απόφασης: Α570/2022

στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. (με α/α συστήματος 187079), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 περ. α΄ του Ν. 4412/2016 και 4 παρ.1 περ. α΄ του Π.Δ.39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες, στις 14.07.2022 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 22.07.2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης στις ως άνω διατάξεις δεκαήμερης αποκλειστικής προθεσμίας για την άσκηση της. Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα ένωση εταιρειών που συμμετείχε στην υπόψη διαγωνιστική διαδικασία και υπέβαλε προσφορά, η οποία και έγινε αποδεκτή, ύστερα από την παροχή εξηγήσεων σχετικά με την φερόμενη ως ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά της, διά της προσβαλλομένης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με πρόδηλο, άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον στρέφεται διά της υπό εξέταση προσφυγής της, κατά της προσβαλλομένης, διά της οποίας εγκρίθηκε η αποδοχή της προσφοράς (και) της ώδε παρεμβαίνουσας ένωσης εταιρειών, δοθέντος ότι η προσφορά της είναι δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας και συνεπώς στην περίπτωση απόρριψης της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, εύλογα προσδοκά ότι θα αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος της υπό ανάθεση σύμβασης. Επέκεινα, εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 7 του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 ασκεί την Παρέμβασή της, η ανωτέρω ένωση εταιρειών, η οποία εν προκειμένω αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος διά της προσβαλλομένης, κατόπιν αποδοχής των εξηγήσεων της για την φερόμενη ως ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά της, επιδιώκοντας, με άμεσο και ενεστώς έννομο συμφέρον, την απόρριψη της προκείμενης προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης πράξης. Επιπροσθέτως, η υπό εξέταση προσφυγή κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα από την αναθέτουσα αρχή, μέσω του συνδέσμου «Επικοινωνία» στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, στις 25.07.2022, η δε παρεμβαίνουσα άσκησε την Παρέμβασή της, στις 02.08.2022, επομένως παραδεκτώς και εμπροθέσμως, ήτοι εντός της νόμιμης αποκλειστικής δεκαήμερης προθεσμίας, αρχόμενης από την κοινοποίηση της προσφυγής. Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή, διά του με αριθμ. πρωτ.

Αριθμός απόφασης: Α570/2022

207506/27.07.2022 εγγράφου της, διατυπώνει τις απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής, αναρτώντας το σχετικό έγγραφο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, στις 27.07.2022, προς γνώση όλων, αιτούμενη συναφώς την απόρριψή του.

4. Επειδή, διά της με ΑΔΑΜ στο ΚΗΜΔΗΣ ... Διακήρυξής του, ο ... προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου εκπόνησης της μελέτης με τίτλο «...», εκτιμώμενης αξίας 329.561,69€ πλέον ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής. Στο πλαίσιο του διαγωνισμού αυτού και με την υπ' αριθ. 550/18.05.2022 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ..., κατ' αποδοχήν του από 06.05.2022 Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, έγινε η αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και η βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων για την ανάθεση της ανωτέρω μελέτης. Στη συνέχεια, στις 31.05.2022, ενημερώθηκαν οι διαγωνιζόμενοι, των οποίων τα δικαιολογητικά συμμετοχής κρίθηκαν πλήρη και οι τεχνικές προσφορές αποδεκτές, μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία» του συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., για την ηλεκτρονική αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών από την Επιτροπή Διαγωνισμού, στις 9.06.2022. Η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στην ηλεκτρονική αποσφράγιση όλων των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζόμενων της μελέτης, και διαπιστώθηκε, κατ' εφαρμογή του άρθρου 21.3 «Βαθμολόγηση Οικονομικής Προσφοράς» της υπόψη διακήρυξης και του άρθρου 88 «Ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές – Εξουσιοδοτική διάταξη» του Ν. 4412/2016, ότι οι δύο προσφορές των: 1. Ένωση Οικονομικών Φορέων: «...– ..., ΜΗΧ/ΓΟΣ ΜΗΧ/ΚΟΣ», με ποσοστό έκπτωσης 70,06% και 2. Ένωση Οικονομικών Φορέων «...» με δ.τ. «ΓΑΙΑ ΑΕ ΜΕΛΕΤ/Ν» - «5. ...» με δ.τ. «...», με ποσοστό έκπτωσης 64,96% χαρακτηρίζονται ως «ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές», καθώς εμφανίζουν απόκλιση μεγαλύτερη των δέκα (10) ποσοστιαίων μονάδων από το μέσο όρο του συνόλου των παραδεκτών προσφορών, ήτοι $52,15\%+10\%=62,15\%$. Κατ' εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων ζητήθηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού, μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία» του συστήματος Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ., η εξήγηση της τιμής ή του

Αριθμός απόφασης: Α570/2022

κόστους που πρότειναν στην προσφορά τους οι ανωτέρω Ενώσεις Οικονομικών Φορέων. Οι ως άνω συμμετέχουσες ενώσεις οικονομικών φορέων, εμπρόθεσμα, απέστειλαν τις εξηγήσεις τους, στις 16.06.2022 και στις 28.06.2022, αντίστοιχα. Ενόψει των ανωτέρω, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνήλθε εκ νέου στις 01.07.2022, και αφού διάβασε τις παρεχόμενες εξηγήσεις των δύο Ενώσεων Οικονομικών Φορέων, τις έκρινε αποδεκτές και συνέχισε τη διαδικασία αξιολόγησης και βαθμολόγησης των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζόμενων, βάσει των άρθρων 21.3 «Βαθμολόγησης Οικονομικής προσφοράς» της Διακήρυξης και 21.4 «Προσδιορισμός της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής». Συνέταξε δε το Πρακτικό αξιολόγησης δικαιολογητικών και οικονομικών προσφορών, το οποίο εγκρίθηκε με την υπ' αριθ. 774/13.07.2022 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, βάσει της οποίας αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος της επίμαχης μελέτης η παρεμβαίνουσα ένωση οικονομικών φορέων: «..., ΜΗΧ/ΓΟΣ ΜΗΧ/ΚΟΣ», με ποσοστό έκπτωσης 70,06% και συνολική βαθμολόγηση προσφοράς 95,81. Κατά της ανωτέρω απόφασης, της υπ' αριθ. 774/13.07.2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, στρέφεται η προσφεύγουσα διά της υπό εξέταση προσφυγής της, υποστηρίζοντας διά των προβαλλομένων σε αυτή λόγων ότι η παρασχεθείσα από την αναδειχθείσα προσωρινή ανάδοχο και ώδε παρεμβαίνουσα αιτιολόγηση πάσχει και συνακόλουθα πάσχει και η προσβαλλόμενη απόφαση, που την έκανε αποδεκτή, σωρεύοντας παράλληλα στη προσφυγή της αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας.

5. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ως ισχύει, ορίζεται 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,

Αριθμός απόφασης: Α570/2022

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». Περαιτέρω, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: «Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

6. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Ωστόσο, δε θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

7. 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

Αριθμός απόφασης: Α570/2022

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. 4412/2016).

8. Επειδή, 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 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.

9. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης και από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι στο παρόν στάδιο δεν υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία αυτής από την συνέχιση της διαδικασίας, η οποία ευρίσκεται σε τελικό στάδιο, ούτε η επικαλούμενη ζημία της από την προσαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, γιατί δεν έχει καταστεί οριστική, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της. Συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτής για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεύει στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: Α570/2022

10. Επειδή, εξάλλου, ο χρόνος για την έκδοση της απόφασης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής δεν είναι ούτε αόριστος ούτε μακρύς. Επομένως, η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη της υπό ανάθεση σύμβασης έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο του άρθρου 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία περάτωση αυτής. Τούτων δοθέντων, το κρινόμενο αίτημα αναστολής–προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4 Αυγούστου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΓΑΡΙΤΑ ΚΑΝΑΒΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ
Α/Α