

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Αυγούστου 2022, με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ειρήνη Αφοκάρδου και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνεται στην από 28/7/2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1062/29-7-2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο «...» (η προσφεύγουσα), που εδρεύει στον ..., οδός Παπαδιαμαντοπούλου 98, και εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθ. 371/2022 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (απόσπασμα από την από 18.07.2022 υπ' αριθμ. 38η έκτακτη δια περιφοράς συνεδρίαση), με την οποία αποφασίστηκε εκ νέου η ματαίωση του διαγωνισμού για την «...» (υπ' αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξη), καθώς επίσης και κάθε άλλης, ρητής ή σιωπηρής, προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης των αρμοδίων οργάνων.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε, εισπράχθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο, κατ' άρθρα 363 Ν. 4412/2016 και 5 ΠΔ 39/2017, παράβολο ποσού 2.746,17 ευρώ, όπως αυτό υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας ποσού 549.233,78 ευρώ άνευ ΦΠΑ

Αριθμός απόφασης: Α590/2022

των Τμημάτων 1, 3 και 4 της σύμβασης που αποτελούν αντικείμενο της πρώτης προδικαστικής προσφυγής, με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου:

2. Επειδή με την υπ' αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός για την επιλογή αναδόχου για την «...» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και με προϋπολογισθείσα δαπάνη 681.049,89 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ. Ως καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 9.7.2021 και ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών η 15.7.2021. Στον διαγωνισμό συμμετείχε πλην της προσφεύγουσας και ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...» και τον δ.τ. «...». Μετά την αξιολόγηση των φακέλων των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών και οικονομικών προσφορών, εκδόθηκε η 532/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία, κατ'αποδοχή των αριθ. 1 & 2/2021 πρακτικών της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμών Προμηθειών του ..., αμφότερες οι προσφορές κρίθηκαν αποδεκτές και ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος η ..., καθώς υπέβαλε την πιο συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Κατά της 532/2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής η αιτούσα άσκησε την 2028/27-10-2021 προδικαστική προσφυγή της ενώπιον της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ) ζητώντας την ακύρωσή της, η οποία έγινε δεκτή με την 1869/2021 απόφαση της Αρχής. Με την απόφαση αυτή κρίθηκε ότι η προσφορά της ... μη νομίμως έγινε αποδεκτή και ακυρώθηκε κατά το κεφάλαιο αυτό η 532/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής. Κατά της 1869/2021 απόφασης της Αρχής, η ... άσκησε την υπ' αριθ. ΑΚ 10/3.1.2022 αίτηση αναστολής – ακύρωσης η οποία απορρίφθηκε με την 526/15.3.2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Επίσης κατά της 1869/2021 απόφασης της Αρχής η προσφεύγουσα άσκησε την ΑΚ 4/3.1.2022 αίτηση ακύρωσης με την οποία ζήτησε την αναστολή και την ακύρωσή της κατά το μέρος που δεν προέβη στην εξέταση των λοιπών προβληθέντων από την αιτούσα πλημμελειών της τεχνικής προσφοράς της Η αίτηση ακύρωσης απορρίφθηκε με την 528/15.3.2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθήνας ως αλυσιτελώς ασκηθείσα, ενόψει της εκδοθείσας 526/15.3.2022 απόφασης του Δικαστηρίου με την οποία η ... αποκλείσθηκε οριστικά από τη διαγωνιστική διαδικασία. Στο μεταξύ, προτού να αποφανθεί η ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ) επί της προδικαστικής προσφυγής της

Αριθμός απόφασης: Α590/2022

προσφεύγουσας, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ..., ως προσωρινή ανάδοχο, την 18392/26.10.2021 πρόσκληση για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα οποία δεν κατατέθηκαν εντός της χορηγηθείσας προθεσμίας. Στις 5/11/2021 ωστόσο μετά την έκδοση της 524/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ με την οποία απορρίφθηκε αίτημα της αιτούσας για αναστολή εκτέλεσης της 532/2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, η αναθέτουσα αρχή με την 610/2021 απόφασή της χορήγησε στην ... παράταση 10 ημερών ήτοι από 17.11.2021 έως 27.11.2021, για την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Κατά της 610/2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής η αιτούσα άσκησε την υπό ΓΑΚ 2218/1.12.2021 προδικαστική προσφυγή της ενώπιον της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ), η οποία απορρίφθηκε με την 107/2022 απόφαση του παρόντος Κλιμακίου, ως απαραδέκτως ασκηθείσα κατά μη εκτελεστής πράξης. Αίτηση ακύρωσης της προσφεύγουσας κατά της τελευταίας απόφασης του παρόντος Κλιμακίου απορρίφθηκε με την υπ' αριθ. 687/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών. Στο μεταξύ, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνήλθε, προκειμένου να συμμορφωθεί με την υπ' αριθ. 1869/2021 απόφασης της ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ), κατόπιν της έκδοσης των σχετικών αποφάσεων του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, και εισηγήθηκε την απόρριψη της προσφοράς της ... και την ανάδειξη της προσφεύγουσας σε προσωρινή ανάδοχο της σύμβασης. Με την από 1/2/2022 υπ' αριθ. 16/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, η οποία δεν αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, παρά μόνο στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ, ανεδείχθη προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης η προσφεύγουσα. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα δεν εκλήθη να προσκομίσει δικαιολογητικά κατακύρωσης σε εκτέλεση της ανωτέρω απόφασης. Στις 21/4/2022 αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού η υπ' αριθ. 170/2022, με την οποία η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την ματαίωση του διαγωνισμού, με την αιτιολογία ότι «κατατέθηκε προς την Οικονομική Επιτροπή και η από 14-4-2022 γνωμοδότηση της δικηγόρου σύμφωνα με την οποία, μετά από έλεγχο όλων των φακέλων του διαγωνισμού διαπιστώθηκε ότι υπάρχουν παρατυπίες που δεν μπορούν να αποκατασταθούν άλλως παρά μόνον με την ακύρωση της διαδικασίας και με δεδομένο ότι η αναθέτουσα αρχή, η οποία έχει κινήσει διαδικασία διαγωνισμού με κριτήριο ανάθεσης τη

Αριθμός απόφασης: Α590/2022

χαμηλότερη τιμή, μπορεί να διακόψει τη διαδικασία χωρίς να προχωρήσει σε σύναψη της σχετικής σύμβασης, προτείνεται προς την Οικονομική Επιτροπή η ματαίωση της διαδικασίας της ανάθεσης της εν λόγω σύμβασης προμήθειας, σύμφωνα με το άρθρο 106 παρ. 2α. του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, με ειδικώς αιτιολογημένη απόφασή της, λόγω της παράτυπης διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης». Κατά της ανωτέρω απόφασης η προσφεύγουσα άσκησε την υπ' αριθ. 628/2022 προδικαστική προσφυγή που έγινε δεκτή με την υπ' αριθ. 902/2022 απόφαση του παρόντος Κλιμακίου, με την οποία ακυρώθηκε η ως άνω απόφαση ματαίωσης του διαγωνισμού λόγω έλλειψης νόμιμης αιτιολογίας. Στην συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή εξέδωσε την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση με θέμα «Έγκριση ή μη του αριθμ. 6/15-7-2022 πρακτικού για τον ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό (της υπ.αριθ. ... διακήρυξης με τίτλο '...')», με την οποία αποφασίστηκε εκ νέου η ματαίωση του επίμαχου διαγωνισμού. Με την υπόψη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα προσβάλλει την ανωτέρω απόφαση της αναθέτουσας αρχής προβάλλοντας, μεταξύ άλλων, ότι η τελευταία δεν συμμορφώθηκε προσηκόντως με την προηγηθείσα υπ' αριθ. 902/2022 απόφαση του παρόντος Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ.

3. 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, 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

Αριθμός απόφασης: Α590/2022

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, 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).

5. Επειδή η προκείμενη προσφυγή, στην οποία περιλαμβάνεται το υπό κρίση αίτημα αναστολής, δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη. Περαιτέρω, για την οριστική κρίση αφενός περί του παραδεκτού και αφετέρου περί του βάσιμου των λόγων της προσφυγής, απαιτείται ενδελεχής έρευνα και εκτίμηση των στοιχείων του φακέλου του διαγωνισμού και των προσφορών, στη βάση των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας, οι οποίες δεν μπορούν να ολοκληρωθούν στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας, ιδίως ενόψει των στενών χρονικών ορίων που τάσσει ο νόμος για την έκδοση απόφασης (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

6. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, ο υπόψη διαγωνισμός ματαιώθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση.

7. Επειδή, με την προσφυγή της, η προσφεύγουσα, όπως αναλυτικότερα αναπτύσσει σε αυτήν, προβάλλει λόγους ακύρωσης της προσβαλλόμενης που ανάγονται στην μη προσήκουσα συμμόρφωση της

Αριθμός απόφασης: Α590/2022

αναθέτουσας αρχής προς απόφαση της ΕΑΔΗΣΥ και στη μη νόμιμη, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. Επειδή, η αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης επιτρέπεται, κατ' αρχήν, μόνο για τη διατήρηση υφισταμένης πραγματικής κατάστασης, και όχι για τη δημιουργία νέας. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία στο πλαίσιο του Ν. 3886/2010, επί άσκησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης, με την οποία ματαιώνεται διεξαγόμενος διαγωνισμός και διατάσσεται η προκήρυξη νέου διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της πράξης κατά το μέρος που αφορά τη ματαίωση του διαγωνισμού, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στη Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει το διαγωνισμό με την έκδοση κατακυρωτικής πράξης και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στη δημιουργία νέας κατάστασης. Παρόλα αυτά, όπως παγίως έχει κριθεί, εάν υποβάλλεται σχετικό αίτημα και συντρέχουν, περαιτέρω, οι προϋποθέσεις παροχής προσωρινής προστασίας, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του αιτούντος από την παράβαση της προσβαλλόμενης εκτελεστής πράξης, μπορεί να διαταχθεί ως ασφαλιστικό μέτρο η μη κίνηση ή μη προώθηση τυχόν ήδη κινηθείσας διαδικασίας επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, δεδομένου μάλιστα ότι ο αιτών δεν θα είναι σε θέση να προβάλει παραδεκτως την ανωτέρω πλημμέλεια κατά της νέας διακήρυξης ή των πράξεων που θα εκδοθούν στο πλαίσιο της διαδικασίας του νέου διαγωνισμού (ΕΑ 125/2016, 121, 88/2015, 197/2013, 500, 432/2012, 158/2011, 1351, 1132, 925, 337/2010, 703, 604/09, 929, 221, 1169, 667/2008, 367, 156, 153/2007, 726/2005, 810, 543/ 2004, 668, 29/2002, 713/2001 κ.ά., Δ.Εφ. Αθηνών 198, 174/2017 πρβλ. και Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων αποφάσεις της 18.6.2002, C-92/2000, ΗΙ, Συλλογή 2002, σ. Ι-5553 και της 2.6.2005, C-15/2004, Koppensteiner, ΑΕΠΠ Α412,413/2019, Α 431/2018, Α232/2018, Α49/2017).

9. Επειδή, τα ανωτέρω τυγχάνουν εφαρμογής και στην υπό κρίση περίπτωση, στο μέτρο που με την προσβαλλόμενη απόφαση αποφασίστηκε η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Ειδικότερα, αναλόγως με τα ως άνω παγίως νομολογηθέντα, στην κρινόμενη περίπτωση, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που αφορά

Αριθμός απόφασης: Α590/2022

στην ματαίωση της διαδικασίας, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στη Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει το διαγωνισμό με την έκδοση κατακυρωτικής πράξης και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στη δημιουργία μιας νέας κατάστασης. Παρόλα αυτά, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία της προσφεύγουσας από την παράβαση της προσβαλλόμενης εκτελεστικής πράξης, μπορεί να διαταχθεί ως προσωρινό μέτρο η μη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας προς ανάθεση του αντικειμένου του ματαιωθέντος διαγωνισμού, όπως αυτό προδιαγράφεται στην οικεία Διακήρυξη, δεδομένου μάλιστα ότι η προσφεύγουσα δεν θα είναι σε θέση να προβάλει παραδεκτώς τις επικαλούμενες πλημμέλειες προβάλλοντας παρόμοιο αίτημα κατά των πράξεων που θα εκδοθούν στο πλαίσιο της νέας αυτής διαδικασίας.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, με τις από 4/8/2022 απόψεις της επί του κρινόμενου αιτήματος αναστολής ζητά την απόρριψή του, διότι, κατά τους ισχυρισμούς της, η ματαίωση του διαγωνισμού εχώρησε νόμιμα δυνάμει της προσβαλλόμενης απόφασης.

11. Επειδή, ενόψει των γενομένων δεκτών στις προηγούμενες σκέψεις, πρέπει να διαταχθεί, ως κατάλληλο προσωρινό μέτρο η μη επαναπροκήρυξη διαδικασίας ανάθεσης του αντικειμένου της υπ' αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής, έως την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής, προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής τυχόν ευδοκίμηση της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα χορήγησης προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας, κατά το σκεπτικό.

Διατάσσει, κατά τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσας, το προσωρινό μέτρο της μη επαναπροκήρυξης διαδικασίας ανάθεσης του αντικειμένου της διακήρυξης του ματαιωθέντος διαγωνισμού, μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α590/2022

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 8 Αυγούστου 2022 και εκδόθηκε στις 9 Αυγούστου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**