

Αριθμός απόφασης: Α 60 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 11 Φεβρουαρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 31.01.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 131/01-02-2019 Προδικαστική Προσφυγή και χρέωσης στο 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ την 01.02.2019, της εταιρείας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στα επί της οδού αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της, και ειδικότερα κατά όρων της με αριθμ. Διακήρυξης της ως άνω αναθέτουσας αρχής, με την οποία προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός, ανοικτός, διεθνής διαγωνισμός με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και αντικείμενο τη «....., συνολικού προϋπολογισμού ύψους 780.000,00€ άνευ Φ.Π.Α.», για τους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως διαταχθεί η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης Διακήρυξης όπως και της προόδου διενέργειας του υπόψη διαγωνισμού έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α 60 / 2019

1. Επειδή, με την με αριθ. πρωτ. διακήρυξη της, η προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό, διεθνή διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου παροχής, συνολικού προϋπολογισμού 780.000,00€ άνευ Φ.Π.Α. Το κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ), καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 21.01.2019, έλαβε δε συστημικό αριθμό α/α Ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών η 28^η-02-2019 και ώρα 14:00 μμ.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο 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 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό) ποσού 3.900,00€, το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,50% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης άνευ ΦΠΑ της υπό ανάθεση σύμβασης.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσία), της εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 780.000,00€ άνευ ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000€, καθώς και του χρόνου αποστολής δημοσίευσης της Προκήρυξης στην ΕΕΕΕ (21.01.2019 με αριθμό δημοσίευσης στην ΕΕ) σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν.4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με συστημικό α/α) την 08.02.2019 η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε προς γνώση όλων των εν δυνάμει συμμετεχόντων το υπ' αριθμ. πρωτ. 1230-2019-02-08 έγγραφο/ ανακοίνωση

Αριθμός απόφασης: Α 60 / 2019

της περί μετάθεσης της καταληκτικής ημερομηνίας κατάθεσης προσφορών για την 11^η.04.2019.

6. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, όπου προβλέπεται ότι «1. σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερόμενου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», η οποία γνώση επήλθε εν προκειμένω κατά δήλωση της προσφεύγουσας στο έντυπο της Προσφυγής της, την 21.01.2019, οπότε και εκκινεί η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση Προσφυγής και η Προδικαστική Προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 31.01.2019.

7. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, μπορεί, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου 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 μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του

Αριθμός απόφασης: Α 60 / 2019

δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

8. 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».

9. 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. Ετέρωθεν, δεν 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 κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των 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. 9. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από τηνπιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβαση διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

Αριθμός απόφασης: Α 60 / 2019

10. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.), γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί 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.

11. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή της η προσφεύγουσα αιτείται συγκεκριμένα να αναθεωρηθεί η επίμαχη διακήρυξη προσβάλλοντας τους αόριστους, ασαφείς και ελλιπείς –κατά τη προσφεύγουσα- όρους της Διακήρυξης, καθόσον, όπως ισχυρίζεται στο έντυπο της προσφυγής της, η ως άνω πλημμέλεια τους οδηγεί στην αδυναμία να εκτιμηθεί και προϋπολογισθεί ορθά το έργο, ώστε εν συνεχεία να καταρτισθεί υγιή, σοβαρή, ανταγωνιστική και συμφέρουσα προσφορά, τόσο για τους προσφέροντες/συμμετέχοντες όσο και για την Αναθέτουσα Αρχή. Υποστηρίζει συναφώς η προσφεύγουσα ότι οι ορισθέντες, προσβαλλόμενοι παράνομοι όροι της Διακήρυξης, καθιστούν την υποβολή προσφοράς εκ μέρους της αδύνατη, άλλως ουσιωδώς δυσχερή, γεγονός που προξενεί σοβαρή βλάβη, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι πληροί όλες τις τυπικές και ουσιαστικές προϋποθέσεις που θέτει η Διακήρυξη για την συμμετοχή και

Αριθμός απόφασης: Α 60 / 2019

ανακήρυξη της σε μειοδότη του Διαγωνισμού, η άρση εν προκειμένω πλημμελειών των όρων της Διακήρυξης που προσβάλλει με τη παρούσα προσφυγή η προσφεύγουσα αποτελεί το μόνο ικανό και αναγκαίο μέτρο για να μπορέσει να συμμετάσχει στον εν λόγω Διαγωνισμό και να αποτραπεί η ζημία της.

12. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣΤΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

13. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα της παροχής υπηρεσιών του αντικειμένου της οικείας διακήρυξης, έχοντας δε αναλάβει την εκτέλεση πολλών σχετικών δημόσιων διαγωνισμών, έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής κατά της υπόψη διακήρυξης, καθόσον έχει πρόδηλο ενδιαφέρον να μετάσχει στον προκείμενο διαγωνισμό πληρώντας στο ακέραιο όλους τους όρους της διακήρυξης, ωστόσο, όπως υποστηρίζει, μεταξύ άλλων, οι όροι της διακήρυξης που περιέχονται στα κριτήρια επιλογής του άρθρου 2.2.5 δημιουργούν αμφιβολία και ασάφεια αναφορικά με το ορθό περιεχόμενο του σχετικού φακέλου της προσφοράς, που εμποδίζει εντέλει την ορθή υποβολή εκ μέρους της (της εν δυνάμει συμμετέχουσας και νυν προσφεύγουσας εταιρείας), η οποία όπως ισχυρίζεται προτίθεται να λάβει μέρος στον

Αριθμός απόφασης: Α 60 / 2019

Διαγωνισμό αλλά κατά το μάλλον θα αποκλεισθεί (και) εξ αυτού του λόγου, δυνάμει των όρων 2.4.6. παρ. α και θ της διακήρυξης (σελ. 25 αυτής)

14. Επειδή, αφενός με το με αριθ. πρωτ. 1230-2019-02-08 έγγραφο/ανακοίνωση της η αναθέτουσα αρχή χορήγησε παράταση προθεσμίας καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών για την 11/04/2019, αφετέρου με την 156/2019 Πράξη της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου ορίσθηκε ημερομηνία εξέτασης της παρούσας Προσφυγής η 5^η/03/2019.

15. Επειδή, ως γίνεται νομολογιακώς δεκτό, όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. βλ. Ράικο Δ., «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Αθήνα-Θεσ/νική, 2014, σελ. 177, υπ' αριθμ. 2/23.07.2014 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, C496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκ. 111, πρβλ. και της 20.9.1988, C-31/87, Beentjes, της 25.4.1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd, της 12.12.2002, C470/99, Universale- Bau AG, της 4.12.2003, C-448/01, EVN AG, WienstrommGmbH, ΣΤΕ 311/2006 7μ., 3497/2006, 214- 5/2011, 1583/2012, Ολ. ΕΑ 136/2013, ΕΑ 53/2011, σκ. 23). Τούτο, διότι η ερμηνεία των όρων των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος του καλόπιστου διαγωνιζομένου, εφόσον η Διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να εκφραστεί σαφέστερα (ΕφΑθ 1959/1970 Αρμ. 1970 σελ. 1111, ΕφΘεσ 501/1987 ΕΔημΕργ 1990/1, σελ. 84, Α. Τάχος, Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο, εκδ. θ', σελ. 776).

Αριθμός απόφασης: Α 60 / 2019

16. Επειδή, τούτων δοθέντων και μετά την ανακοίνωση της ανάθετουςας αρχής για τη μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών (βλ. σκ. 14) της υπόψη σύμβασης, το παρόν αίτημα αναστολής είναι άνευ αντικειμένου.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ως άνευ αντικειμένου, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη την 11 Φεβρουαρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης