

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 25 Αυγούστου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού- Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη -Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας που περιλαμβάνεται στην από 13.08.2022 Προδικαστική Προσφυγή με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 1148/16.08.2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ..., (εφεξής προσφεύγων), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή στην οποία ο προσφεύγων σωρεύει και αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 638/2022 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ..., κατά το μέρος με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά του και αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρείας του εκδοθείσα στο πλαίσιο της με αρ. ...διακήρυξης με ΑΔΑΜ ... για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: ... Εκτιμώμενης αξίας 248.790,32 Ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%), (αρ. ΕΣΗΔΗΣ ...).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με ηλεκτρονικό

Αριθμός Απόφασης: Α 634/ 2022

κωδικό ... € ποσού 1.243,96 Ευρώ (βλ. ταυτόριθμο παράβολο αυτόματης δέσμευσης).

2. 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.»

3. 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

Αριθμός Απόφασης: Α 634/ 2022

ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

4. Επειδή, από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι ο διαγωνισμός βρίσκεται όπου έχει ήδη αναδειχθεί νέος προσωρινός ανάδοχος. Δοθέντος ότι ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο ισχύον νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη, σύμφωνα με τα άρθρα 364 και 368 του ν. 4412/2106 και 6 του π.δ/τος 39/2017 (ΑΕΠΠ Α55/2020), περί αυτοδίκαιης αναστολής της υπογραφής της σύμβασης. Κατά συνέπεια, στο παρόν στάδιο δεν υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας που να πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας ούτε επικείμενο κίνδυνο διατρέχει ούτε ζημία υφίσταται (ΑΕΠΠ Α55/2020· πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 86/2018, ΣτΕ ΟΛ 1215/2018, πρβλ. ΣτΕ ΕΑ ΟΛ 146- 148/2016, ΔΕφΑθ 26/2019).

5. Επειδή, ωστόσο, εχώρησε και κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής του προσφεύγοντος που αφορά σε διαφορά που εντάσσεται στη διαδικασία δημοσίου διαγωνισμού που προηγείται της σύναψης δημοσίας συμβάσεως (ΣτΕ 3385/2011) και συνιστά ακυρωτική διαφορά που υπαγόταν κατά το προϊσχύσαν καθεστώς στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 3886/2010 και κατ' αποτέλεσμα πλέον σε αυτό του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016. Ειδικότερα, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής αποτελεί διοικητική κύρωση, επιφέρουσα οικονομική βλάβη και επομένως έννομες συνέπειες εις βάρος οικονομικού φορέα, που επιβάλλεται κατ' αυτού στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημοσίας συμβάσεως λόγω της επέλευσης συγκεκριμένων εκ του νόμου και της διακήρυξης προϋποθέσεων (ΣτΕ ΕΑ 608/2007, ΔΕφΠατρ Α7/2018 και Ν29/2016). Επομένως, η απόφαση περί καταπτώσεως εγγυητικής επιστολής συμμετοχής είναι αναμφίβολα εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας εκδιδόμενη επί του ερείσματος συμμετοχής οικονομικού φορέα σε διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης (ad hoc Απόφαση ΑΕΠΠ Α560/2019 του 7^{ου} Κλιμακίου Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη).

Αριθμός Απόφασης: Α 634/ 2022

6. 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).

7. Επειδή, για την οριστική κρίση της βασιμότητας της πληθώρας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, οι οποίοι δεν πιθανολογούνται στο σύνολο τους ως προδήλως απαράδεκτοι ή αβάσιμοι, είναι κρίσιμη η ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε σχέση με τους οικείους όρους της διακήρυξης και την κείμενη νομοθεσία στην οποία αυτή ρητά παραπέμπει, καθώς και, ενδεχομένως αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, που δεν μπορούν να συναχθούν στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (βλ. κατ' αναλογία ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

8. Επειδή, εν προκειμένω: α) η υπό εξέταση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού του αιτήματος αναστολής θεμελιώνει κατ' αρχήν το έννομο συμφέρον του, γ) οι λόγοι της προδικαστικής προσφυγής δεν πιθανολογούνται στο σύνολο τους ως προδήλως απαράδεκτοι ή αβάσιμοι και δ) δεν υφίσταται επίκληση συγκεκριμένης ζημίας ως προς την adhoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, παρά μόνο γενική αναφορά περί πρόκλησης ζημίας του δημοσίου συμφέροντος και εκτίμηση, «ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη που σχετίζονται κυρίως με το κύρος και την αξιοπιστία του ...» (βλ. το από 18.08.2022

Αριθμός Απόφασης: Α 634/ 2022

έγγραφο της αναθέτουσας αρχής που αφορά στις απόψεις της επί της λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας), η οποία και δεν αρκεί προς απόρριψη της σχετικής αιτήσεως (πρβλ. Φ. Αρναούτογλου «Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2^η έκδοση, παρ. 407 σελ. 254 και επ). Επομένως, δοθέντος ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας των οικείων διαδικασιών, εξάλλου, η αναστολή που χορηγείται με τη χορήγηση μέτρων προσωρινής προστασίας, δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια, και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ήτοι, δεν προκύπτει συνολικά ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

9. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω είναι η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης κατά το μέρος με το οποίο αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσφεύγοντος εκδόσεως του ΤΜΕΔΕ (e-146347/18-5-2022) ποσού 4.975,81€ υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής, έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό εξέταση προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

Για τους λόγους αυτούς

Αναστέλλει την προσβαλλόμενη κατά το μέρος με το οποίο αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του προσφεύγοντος εκδόσεως του ΤΜΕΔΕ (...) ποσού 4.975,81€ υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 25 Αυγούστου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Αικατερίνη Ζερβού

Η Γραμματέας

Μαρία Κατσαρού