

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ
ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος , Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα- Εισηγήτρια, Σωτηρία
Σταματοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το περιλαμβανόμενο στην από 06.12.2021 με ΓΑΚ
2267/08.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή αίτημα αναστολής και λήψης
προσωρινών μέτρων της εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό
τίτλο «...», που εδρεύει στο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

κατά του «...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα
αρχή].

Με την υπο κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η αιτούσα επιδιώκει
να ακυρωθεί και σε κάθε περίπτωση να τροποποιηθεί ανάλογα ο
προσβαλλόμενος όρος της υπ'αρ. ... Διακήρυξης της Αναθέτουσας
Αρχής, όπως αυτή τροποποιήθηκε με την υπ'αρ. πρωτ.
2689/24.11.2021 απόφαση του ΔΣ του

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία
Βύρρα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού €1.166,48 , σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).
2. Επειδή, με τη με αρ. πρωτ. ... Διακήρυξη (στο εξής: «Διακήρυξη»)του ...

Αριθμός απόφασης: Α 638 /2021

(στο εξής: «Αναθέτουσα Αρχή») προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός άνω των ορίων, με αντικείμενο την ανάθεση υπηρεσιών αποκομιδής, μεταφοράς και διάθεσης νοσοκομειακών αποβλήτων (CPV ...) με διάρκεια δώδεκα (12) μήνες, προϋπολογιζόμενης δαπάνης 289.285,80 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), με αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ... και καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών την 03/12/2021 ημέρα Παρασκευή και ώρα 15:00. Εν συνεχεία, με την υπ'αρ. πρωτ. 2689/24.11.2021 απόφαση του Δ.Σ του ..., τροποιήθηκε η ανωτέρω υπ'αρ. ... Διακήρυξη κατά τους εκεί διαλαμβανόμενους όρους. Με την τροποποίηση της άνω Διακήρυξης, παρατάθηκε η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών έως την 17.01.2022 ημέρα Δευτέρα και ώρα 15:00. Τέλος, λόγω αντικειμένου, εκτιμώμενης αξίας και φύσης της Αναθέτουσας Αρχής, ο Διαγωνισμός εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και, ιδίως, των άρθρων 345 επ., περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

3. Επειδή η προσφεύγουσα ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή της με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.
4. Επειδή, προς θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος η προσφεύγουσα αναφέρει ότι δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της συγκεκριμένης υπηρεσίας και επιθυμεί να συμμετάσχει στον εν θέματι διαγωνισμό. Όμως σύμφωνα με τις αιτιάσεις της, με την ανωτέρω τροποποιητική πράξη, συμπεριλήφθηκε το πρώτον στο παράρτημα Ι της ως άνω Διακήρυξης όρος, ο οποίος είναι περιοριστικός του ανταγωνισμού, με αποτέλεσμα η προσφεύγουσα, καίτοι διαθέτει όλα τα εχέγγυα και τα κατάλληλα μέσα για την άρτια εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης, εν τούτοις λόγω του όρου αυτού, αποκλείεται εξαρχής από τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό αυτόν. Περαιτέρω η προσφεύγουσα αυτολεξεί αναφέρει ότι: «...Κατά τη γραμματική δε ερμηνεία του

επίμαχου όρου, αξιώνεται από τον υποψήφιο, επί ποινή αποκλεισμού, να αποδείξει ταυτόχρονα με την υποβολή της προσφοράς του ότι η επιχείρηση της μονάδας επεξεργασίας των ΕΑΑΜ, η οποία πρόκειται να εκτελέσει το εν λόγω μέρος του έργου σε περίπτωση ανάδειξής του ως αναδόχου, υφίσταται τουλάχιστον επί τριετία και έχει εκτελέσει τουλάχιστον μία σύμβαση με ίσο ή μεγαλύτερο οικονομικό και ποσοτικό αντικείμενο.... Ο άνω όρος συνιστά περιττό και ως εκ τούτου μη νόμιμο εμπόδιο στην πρόσβαση νεοεισερχομένων φορέων στη δυνατότητα ανάθεσης της σύμβασης, αφού αυτοί δεν αρκεί μόνο να έχουν προηγούμενες συμβάσεις με μονάδες υγείας επί του εν γένει αντικειμένου της σύμβασης ήτοι την μεταφορά και επεξεργασία των αποβλήτων, αλλά θα πρέπει, και όσον αφορά την επιμέρους ειδικότερη πτυχή της επεξεργασίας, να διαθέτουν μονάδα, όχι απλώς πιστοποιημένη, αδειοδοτημένη και πληρούσα κάθε όρο νόμιμης λειτουργίας, αλλά λειτουργούσα επί υπερτριετές διάστημα...». Επομένως, καταρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η υπό εξέταση προσφυγή.

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσφεύγουσα έλαβε πλήρη γνώση του περιεχομένου της τροποποιητικής πράξης της άνω διακήρυξης την 24.11.2021.
6. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «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

Αριθμός απόφασης: Α 638 /2021

οποιοσδήποτε 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 δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

7. Επειδή, όπως προκύπτει και από την Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, 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.
8. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεύει να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανάρθωτων 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 ανεπανάρθωτης βλάβης ή ζημίας.
9. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α' 173) αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο

Αριθμός απόφασης: Α 638 /2021

αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

10. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας των ισχυρισμών-αιτιάσεων, όπως προβάλλεται από την αιτούσα, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε ενδικοφανές επίπεδο, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία.
11. Επειδή, α) η υπό κρίση Προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) ενδέχεται να υφίσταται βλάβη της αιτούσας από την Διακήρυξη, γ) οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.
12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία (αναστολή) δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη διάρκεια, δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής. Περαιτέρω, πέραν του γεγονότος ότι - ως προελέχθη - δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από την αναθέτουσα αρχή, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της, δηλαδή, σε σχέση με τη χορήγηση προσωρινών μέτρων, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο

Αριθμός απόφασης: Α 638 /2021

συμφέρον, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του σε περίπτωση χορήγησης προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη. Επομένως παρίσταται πρόδηλη η αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας. Προκύπτει επομένως, ως πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων των μερών, χωρίς οιαδήποτε βλάβη του αναθέτοντος και του δημοσίου συμφέροντος, το προσωρινό μέτρο της αναστολής λήξης χρόνου υποβολής προσφορών, ήτοι της παράτασης του καταληκτικού προς υποβολή τους διαστήματος, έως και τουλάχιστον το πέρας της 1-02-2022, ήτοι του κατ' άρ.367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 αποκλειστικού διαστήματος από την ορισθείσα.εξέταση (12-1-2022) έως και την έκδοση Απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής. Δια των ως άνω και δη δια της αποφυγής λήξης χρόνου υποβολής προσφορών προ της έκδοσης Απόφασης επί της προσφυγής, θα διασφαλιστεί περαιτέρω το δημόσιο συμφέρον ως και το συμφέρον των τυχόν διαγωνιζομένων και του αναθέτοντος, αφού αν τυχόν γίνει επιμέρους δεκτός ισχυρισμός της προσφυγής και ακυρωθεί ως εκ τούτου, επιμέρους όρος της διακήρυξης, δεν θα χρειαστεί να ακυρωθεί η διαδικασία, όπως αν τυχόν η υποβολή προσφορών έχει περατωθεί, αλλά η διαδικασία θα δύναται να συνεχιστεί με αντίστοιχη τροποποίηση των ακυρωθέντων όρων και συναφή χορήγηση προθεσμίας για επαρκή δημοσιότητα προς τους ενδιαφερόμενους για συμμετοχή. Το ανωτέρω μέτρο παράτασης σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την ενδιάμεση και εντός του χρόνου της χορηγούμενης παρατάσεως, έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Εξυπακούεται πως η παρούσα Απόφαση δεν επιβάλλει ρητή ημερομηνία καθορισμού του καταληκτικού χρόνου, αλλά αυτή μπορεί να τεθεί κατ' ελεύθερη κρίση και εκτίμηση του αναθέτοντος σε ημερομηνία από την 02-02-2022 και έπειτα

Αριθμός απόφασης: Α 638 /2021

οποτεδήποτε.

13.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να δίνει δεκτό με το ανωτέρω περιεχόμενο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

Διατάσσει την παράταση του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών, τουλάχιστον έως και το πέρας της 01-02-2022 κατά τα αναφερόμενα στην ανωτέρω σκ. 12

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΕΤΡΟΥ