

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Αυγούστου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Σωτηρία Σταματοπούλου, Εισηγήτρια και Μαρία Βύρρα, Μέλη, δυνάμει της με αριθμ. 1585/2022 Πράξης Προέδρου Κλιμακίου.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 6.8.2022, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1122/8.8.2022, Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...» (*εφεξής η «προσφεύγουσα»*), που εδρεύει στην ... (... αριθμ. ...), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ..., που εδρεύει στο ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (*εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»*).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη του ... για την ανάθεση της προμήθειας με τίτλο «...», ενώ, επιπλέον αιτείται όπως ανασταλεί η συνέχιση της πληττόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας και η εκτέλεση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια, Σωτηρία Σταματοπούλου,

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, όπως προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο

παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την με ημερομηνία 5-8-2022 ηλεκτρονική απόδειξη πληρωμής της Τράπεζας ..., καθώς και την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ. με την ένδειξη «δεσμευμένο»), ποσού 3.983,04€, το οποίο υπολογίζεται ως ποσοστό 0,50% επί της προϋπολογισθείσας, άνευ Φ.Π.Α., αξίας της σύμβασης, ήτοι επί του ποσού των €796.608,00.

2. Επειδή με την υπ' αριθμ. πρωτ. ... Διακήρυξη, η Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάθεση της προμήθειας με τίτλο «...», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, προϋπολογισμού 796.608,00€ μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. και 987.794,00€, συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος Φ.Π.Α εκ 24%, ήτοι 191.186,00€.

3. Επειδή η προκήρυξη της σύμβασης εστάλη προς δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της ΕΕ στις 22-7-2022, ενώ το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 26-7-2022 και έλαβε μοναδικό ΑΔΑΜ ..., καθώς και στο ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό

4. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 1.3 της Διακήρυξης, αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια και εγκατάσταση ..., όπως αυτός περιγράφεται στο Παράρτημα ΙΙ της Διακήρυξης, η θέση σε λειτουργία του εξοπλισμού και η 3μηνη λειτουργία αυτού. Η σύμβαση υποδιαιρείται στα ειδικώς οριζόμενα στο άνω άρθρο 1.3 της Διακήρυξης δέκα τμήματα, ενώ ρητώς ορίζεται στο υπόψη άρθρο της Διακήρυξης ότι, προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο των τμημάτων, ενώ και η ανάθεση θα γίνει για το σύνολο των τμημάτων, διότι η Ε.Ε.Λ. λειτουργεί ως ένα ενιαίο σύνολο, όπου κάθε μια μονάδα αποτελεί απαραίτητο προστάδιο για το επόμενο, αλλά και το αντίστροφο και η πλημμελής ή ελλιπής λειτουργία κάθε μονάδας ή/και εξοπλισμού προκαλεί δυσλειτουργία, τόσο της επιμέρους μονάδας, όσο και του συνόλου και δημιουργεί κενά ή προβλήματα στην διεργασία, άρα και στην εκροή, για την οποία εγγυάται ο προσφέρων με την εγγύηση απόδοσης του επιμέρους εξοπλισμού και δεσμεύεται να λειτουργήσει επί 3μηνο, τηρώντας τους όρους της ΑΕΠΟ.

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 1.5 της Διακήρυξης, **ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 29-8-2022 και ώρα 15:00**, ενώ περαιτέρω σύμφωνα με το άρθρο 3.1.1 της Διακήρυξης ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης του υποφακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής –Τεχνική Προσφορά» ορίστηκε η 1-9-2022 και ώρα 11:00 π.μ.

6. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ (€796.608,00), της νομικής φύσης και της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής, καθώς και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε ΑΕΠΠ, και νυν Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή και υποβάλλεται το κρινόμενο αίτημα αναστολής είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

7. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, είναι δε και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ΄ του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α΄ και γ΄ του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 26-7-2022 και η προσφυγή ασκήθηκε, δια κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, στις 6-8-2022, η δε προσφεύγουσα επικαλείται γνώση της Διακήρυξης και των πληττόμενων όρων της, στις 29-7-2022 (ήτοι σε κάθε περίπτωση προ της οριζόμενης στο άρθρ. 361 παρ. 1 περ. γ΄ τεκμαιρόμενης γνώσης αυτής, δια της παρόδου 15νθήμερου από την ανάρτησή της στο ΚΗΜΔΗΣ), οπότε και υπέβαλε μέσω της «επικοινωνίας» του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ αίτημα για ορισμό ημερομηνίας από την αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να πραγματοποιήσει επί τόπου επίσκεψη και να λάβει γνώση των τοπικών συνθηκών της περιοχής του έργου, σύμφωνα με το άρθρο 2.4.7 της Διακήρυξης.

8. Επειδή, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στην προσφυγή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται, μεταξύ άλλων, ενεργά στο αντικείμενο του εν λόγω διαγωνισμού, ήτοι στην ..., ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία, πλην όμως, κατά τους ισχυρισμούς της, λόγω των μη νόμιμων όρων της Διακήρυξης, όπως εξειδικεύονται κατά περίπτωση στην προσφυγή της, και τους οποίους κατά

δήλωσή της δεν πληροί, αποκλείεται εκ της διαγωνιστικής διαδικασίας, άλλως καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή της σε αυτήν με εύλογες πιθανότητες επιτυχίας. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα διατείνεται ότι ο πληττόμενος όρος του άρθρ. 2.2.5 περ. 1 εδ. β΄ της Διακήρυξης περί υποχρεωτικής κερδοφορίας του διαγωνιζόμενου οικονομικού φορέα, καθ' εκάστη των τριών τελευταίων χρήσεων (2018, 2019 και 2020), τον οποίο όρο δεν πληροί ως διατυπώνεται στο άνω άρθρο [*«...επιπλέον, να μην έχουν για τις 3 τελευταίες δηλούμενες οικονομικές χρήσεις (έτη 2018 – 2019 – 2020), αρνητικό αποτέλεσμα του ισολογισμού (καθαρό αποτέλεσμα χρήσης προ φόρων)»*] αντίκειται στις θεμελιώδεις αρχές του υγιούς ανταγωνισμού, της ισότητας, της διαφάνειας και της αναλογικότητας, ενώ επιπλέον και προεχόντως, κατά τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας πάντοτε, παραβιάζει και κάθε κανόνα λογιστικής/οικονομικής και κοινής ακόμη λογικής, ιδίως, μάλιστα όταν δεν αιτιολογείται ειδικώς και με αναγωγή στα τυχόν ειδικά χαρακτηριστικά της υπό ανάθεση σύμβασης. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προσάπτει στην προσβαλλόμενη Διακήρυξη αοριστία και ασάφεια του Κριτηρίου Κ1 και τούτο διότι - κατά την προσφεύγουσα πάντοτε - η Διακήρυξη δεν ορίζει ποια ειδικά χαρακτηριστικά/ιδιότητες των προσφερόμενων ειδών είναι ικανά να υπερκαλύψουν τις απαιτήσεις της διακήρυξης προκειμένου η οικεία προσφορά να λάβει βαθμολογία ανώτερη των 100 βαθμών, ενώ επίσης αοριστία και ασάφεια προσάπτει η προσφεύγουσα και στις τεχνικές προδιαγραφές αναφορικά με το υλικό μεμβράνης της Μονάδας Απολύμανσης. Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα πιθανολογείται ότι θεμελιώνει έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, να βάλλει κατά της προσβαλλόμενης διακήρυξης και συγκεκριμένα κατά των άνω πληττόμενων όρων της, όπως ειδικώς προσδιορίζονται στην προσφυγή της.

9. 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 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».

10. 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).

11. Επειδή, στο πλαίσιο της διαδικασίας των προσωρινών μέτρων, η υπό εξέταση προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη. Σε κάθε περίπτωση, περιέχει συγκεκριμένους λόγους και αιτιάσεις, με τις οποίες αποδίδονται στην προσβαλλόμενη διακήρυξη πλημμέλειες που χρήζουν επισταμένης αξιολόγησης. Τα δε ειδικότερα ζητήματα τόσο επί του παραδεκτού της προσφυγής όσο και επί της ουσίας των σχετικών ισχυρισμών της προσφεύγουσας, θα εξεταστούν κατά την

εξέταση της προσφυγής. Περαιτέρω, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

12. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό κρίση προσφυγής από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. Εξάλλου, η λήξη προθεσμίας υποβολής προσφορών, που έχει κατά τα ανωτέρω οριστεί έως την Δευτέρα, **29-8-2022**, πριν την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, θα καταστήσει αλυσιτελή την προδικαστική προστασία της προσφεύγουσας, ως και θα διακινδυνεύσει σε περίπτωση αποδοχής των ισχυρισμών της την ίδια τη διαδικασία, τα συμφέροντα όσων τυχόν μετάσχουν, περαιτέρω δε και τα συμφέροντα της ίδιας της αναθέτουσας, αλλά και τυχόν τρίτων θιγόμενων και αποκλειόμενων εκ των ίδιων ως άνω όρων. Κατ' αποτέλεσμα, η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας εν γένει και η προθεσμία υποβολής προσφορών, θα πρέπει να ανασταλεί έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, ώστε να εκκαθαριστεί η νυν διαφορά πριν λήξει η ως άνω προθεσμία. Άλλωστε, η χορήγηση προσωρινού μέτρου που θα προστατεύσει τα συμφέροντα όλων των μερών δεν διατάσσεται με αόριστη διάρκεια, αλλά ως παράταση στον καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών, ως και την παρέλευση του αποκλειστικού κατ' άρ. 367 Ν. 4412/2016 διαστήματος προς έκδοση απόφασης από την ΕΑΔΗΣΥ, ήτοι ως και την παρέλευση της 5-10-2022 και σε οποιοδήποτε μετά από το σημείο αυτό χρόνο τυχόν ορίσει η αναθέτουσα, ενόψει της ήδη ορισθείσας ημερομηνίας εξέτασης της προσφυγής την 15-9-2022.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής - προσωρινών μέτρων, που σωρεύεται στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1122/8.8.2022 προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός Απόφασης: Α 643 /2022

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και ορίζει ως κατάλληλο μέτρο τη μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, σε οιονδήποτε χρόνο μετά την πάροδο εικοσαημέρου από την ορισθείσα ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής (15-9-2022), ήτοι σε οιονδήποτε χρόνο μετά την 5-10-2022 τυχόν ορίσει η Αναθέτουσα Αρχή. Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 18 Αυγούστου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ