

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26 Αυγούστου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού Πρόεδρος, Βικτωρία Πισμίρη – Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνεται στην από 16.08.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 1154/16.08.2022 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρίας «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στον ..., οδός ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθούν η υπ' αρ. 234/2022 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής (εφεξής η «προσβαλλομένη») με την οποία η αναθέτουσα αρχή α) κήρυξε έκπτωτη αυτήν και β) ματαίωσε τη διαγωνιστική διαδικασία με α/α ΕΣΗΔΗΣ ... για τον αναλυτή «...», η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της και κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη προγενέστερη ή μεταγενέστερη. Με το αίτημα αναστολής- χορήγησης προσωρινών μέτρων η προσφεύγουσα αιτείται να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλομένης, να απόσχει η αναθέτουσα αρχή από κάθε περαιτέρω συνέχιση των διαδικασιών του διαγωνισμού (επαναπροκήρυξη αυτού) και της υπογραφής της σύμβασης με άλλη εταιρία και να διαταχθεί κάθε άλλο πρόσφορο μέτρο για τη μη συνέχιση των διαδικασιών του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός Απόφασης: Α 644/2022

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης προσφυγής, έχει καταβληθεί το παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση την αξία του τμήματος της σύμβασης για το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, ειδικότερα για την ομάδα που αφορά τον αναλυτή «...» χωρίς ΦΠΑ ποσού 22.408,08 €.

2. Επειδή, η προσβαλλόμενη εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αρ. ... (υπ' αρ. πρωτ. ...) Διακήρυξης που η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε για την προμήθεια του είδους «...» CPV ... για τις ανάγκες του ... με ανοικτή διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ (α/α ..., ..., ..., ..., ..., ..., ...) με εκτιμώμενη αξία ποσού 177.419,35€ χωρίς ΦΠΑ. Σύμφωνα με το άρ. 1.3 της Διακήρυξης, προσφορές εδύναντο να υποβληθούν για Α) μία ή περισσότερες από τις ομάδες (με παραχώρηση συνοδού εξοπλισμού) 1,2,3,4,5,6 αλλά υποχρεωτικά για το σύνολο των ειδών και των ποσοτήτων αυτών ανά ομάδα, Β) την ομάδα Καλλιέργειες Μικροβιολογικού χωρίς συνοδό εξοπλισμό για το σύνολο ή για μέρος των ειδών της ομάδας αλλά υποχρεωτικά για το σύνολο της ζητούμενης ποσότητας ανά είδος, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας- τιμής, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρ. 2.3.1 της Διακήρυξης. Η ως άνω διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 05.03.2021, έλαβε ΑΔΑΜ ..., και στο ΕΣΗΔΗΣ, που το τμήμα που αφορά στον αναλυτή «...» έλαβε συστημικό α/α

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας που το «...» ασκεί και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, η δε ΕΑΔΗΣΥ, ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή και υποβάλλεται το σχετικό αίτημα αναστολής, είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

Αριθμός Απόφασης: Α 644/2022

4. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

5. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016, 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».

Αριθμός Απόφασης: Α 644/2022

6. Επειδή, 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 ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας. Εν προκειμένω, με την προσβαλλομένη το Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής ενέκρινε «*A) την κήρυξη της εταιρείας ... έκπτωτης βάσει των οριζόμενων στο άρθρο 105 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, λόγω άρνησης υπογραφής της σύμβασης και B) τη ματαίωση του με α/α συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ... και ... της Δ/ξης .. για την προμήθεια ..., δεδομένου ότι η εταιρεία ... αποτελούσε τον μοναδικό προσφέροντα στον συγκεκριμένο συστημικό ΕΣΗΔΗΣ.*». Δεδομένου ότι εν προκειμένω η διαγωνιστική διαδικασία ματαιώθηκε, δυνάμει των άρ. 105, παρ. 7 και 106, παρ. 1, περ. β' του Ν. 4412/2016, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της πράξης, γιατί η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στη διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει το διαγωνισμό και θα οδηγούσε έτσι στη δημιουργία νέας κατάστασης. Αν, όμως, η απόρριψη της προσφοράς διαγωνιζομένου χώρησε κατά παράβαση κανόνα του εθνικού ή του κοινοτικού δικαίου και, στη συνέχεια, ο διαγωνισμός ματαιώθηκε για αντικειμενικό λόγο (όπως η απόρριψη όλων των υποβληθεισών προσφορών), η δε σχετική απόφαση ματαίωσης η ΕΑΔΗΣΥ μπορεί, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του αιτούντος από την παράβαση, να διατάξει ως κατάλληλο μέτρο, είτε τη μη έκδοση νέας Διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο, είτε, αν χώρησε ήδη επαναπροκήρυξη, την αναστολή της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. ΕΑ ΣτΕ 604/09, 929, 221, 367/2007, 726/2005, 810, 543/ 2004, 668, 29/2002, 713/2001).

7. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας των ισχυρισμών-αιτιάσεων, όπως

Αριθμός Απόφασης: Α 644/2022

προβάλλεται από την προσφεύγουσα, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του φακέλου σε ενδικοφανές επίπεδο, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία.

8. Επειδή, α) η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή δεν πιθανολογείται προδήλως अपαράδεκτη, β) ενδέχεται να υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας από την προσβαλλομένη, γ) οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής δεν πιθανολογούνται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης, αναζήτηση τυχόν διευκρινήσεων και δ) δεν 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 Π.Δ. 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017)

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, είναι η μη έκδοση νέας Διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο της επίμαχης ομάδας που αφορά στον αναλυτή «...», είτε, αν χώρησε ήδη επαναπροκήρυξη, η αναστολή της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής από την ΕΑΔΗΣΥ (ΕΑ ΣτΕ 1261/2010, 4/2009, 1152/2008, 690/2007, 192/2006, 575/2005 και ΔΕφΑθηνών 125/2021 και σκ. 4 της παρούσας), η οποία (αναστολή) δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη διάρκεια, δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής. 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. Άλλωστε η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε απόψεις ώστε να επικαλείται υπέρτερους λόγους δημοσίου συμφέροντος, δυνάμενων να καταστήσουν απορριπτέο το

Αριθμός Απόφασης: Α 644/2022

αίτημα προσωρινής προστασίας. Επομένως παρίσταται η αναγκαιότητα χορήγησης μέτρων προσωρινής προστασίας.

10. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να διαταχθεί η μη έκδοση νέας Διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο της επίμαχης ομάδας που αφορά στον αναλυτή «...», αν εχώρησε ήδη επαναπροκήρυξη, η αναστολή της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση απόφασης επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής από την ΕΑΔΗΣΥ. Συναφώς, πρέπει να ανασταλούν στο σύνολο τους οι διαδικασίες που έχουν ως νόμιμη βάση τις διατάξεις του αρ. 105 παρ. 7 ν. 4412/2016, όπως ισχύει, ως αναγράφεται στο αιτιολογικό και διατακτικό της προσβαλλόμενης.

10. Επειδή γίνεται δεκτή η εισήγηση

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να δίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

Διατάσσει τη μη έκδοση νέας Διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο της επίμαχης ομάδας που αφορά στον αναλυτή «...», αν εχώρησε ήδη επαναπροκήρυξη, την αναστολή της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση απόφασης επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής από την ΕΑΔΗΣΥ και αναστέλλει την προσβαλλόμενη, κατά το σκεπτικό.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 26 Αυγούστου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός Απόφασης: Α 644/2022

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ