

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ
(ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ)

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ελευθερία Καλαμιώτη, Πρόεδρος, Ειρήνη Αποκάρδου, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος και εισηγήτρια.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνεται στην από 13/12/2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 2314/14-12-2021 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο, οδός και εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της από 1/12/2021 υπ' αριθ. πρωτ. 343408 /Φ. Έργο πρόσκλησης τηςμε θέμα «....'», καθώς επίσης και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής.

Επιπροσθέτως, η προσφεύγουσα αιτείται την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, άλλως της προσβαλλόμενης πρόσκλησης, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Αθηνά Μπουζιούρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, με Διακήρυξη του Ιουλίου 2021 η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό διεθνές ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης κατασκευής του δημοσίου έργου «.....» εκτιμώμενης αξίας 69.110.000,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ 24:%, με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής

Αριθμός απόφασης: Α655/2021

(χαμηλότερη τιμή). Ο διαγωνισμός έλαβε Α/Α ΕΣΗΔΗΣ Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 21/9/2021 και ως ημερομηνία αποσφράγισης τους η 24/9/2021. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά επτά οικονομικοί φορείς, εκ των οποίων ένας αποκλείστηκε λόγω μη προσκόμισης εγγυητικής επιστολής, με την υπ' αριθ. 265690 /Φ. Έργο/30-9-2021 απόφαση του που εκδόθηκε κατά τη διαδικασία του άρθρου 72 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Εν συνεχεία, η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη στο έλεγχο των φακέλων δικαιολογητικών – τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών των λοιπών έξι διαγωνιζομένων. Πριν η Επιτροπή Διαγωνισμού καταρτίσει το σχετικό πρακτικό, η έκδοση του οποίου εξακολουθεί να εκκρεμεί, ο Πρόεδρος της απέστειλε προς την αναθέτουσα αρχή το από 25/11/2021 έγγραφο, όπου διατυπωνόταν μία σειρά από παρατηρήσεις της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με την εκ μέρους της προσφεύγουσας πλήρωση των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας καθώς και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας με στήριξη στις ικανότητες τρίτων φορέων. Ειδικότερα, αναφερόταν ότι, όσον αφορά την απαιτούμενη εμπειρία σε υδραυλικά έργα, η προσφεύγουσα επικαλείτο για την πλήρωση του σχετικού κριτηρίου συνδυαστικά και σωρευτικά ίδια εμπειρία και στήριξη στην εμπειρία πέντε άλλων οικονομικών φορέων. Σε συνέχεια του ανωτέρω εγγράφου, την 1/12/2021 κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα η προσβαλλόμενη, με την οποία αυτός εκλήθη να αντικαταστήσει τους δανείζοντες την ειδική εμπειρία στην κατηγορία «.....» με έναν μόνο οικονομικό φορέα, εντός της νόμιμης και προβλεπόμενης από τη Διακήρυξη τριακονθήμερης προθεσμίας. Κατά της εν λόγω πρόσκλησης αντικατάστασης των τρίτων έχει ασκηθεί η προκείμενη προδικαστική προσφυγή, στην οποία περιλαμβάνεται το κρινόμενο αίτημα αναστολής.

2. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 13/12/2021 πληρωμή στην Εθνική Τράπεζα Ελλάδος και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το

Αριθμός απόφασης: Α655/2021

οποίο καταβλήθηκε με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης 69.110.000,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ.

3. 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».

4. Επειδή η χορήγηση αναστολής – προσωρινών μέτρων σκοπεί στην αποτροπή καταστάσεων ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού, προκειμένου, περαιτέρω να μην καταστεί αλυσιτελής τυχόν αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής.

5. Επειδή, προϋποθέσεις για τη χορήγηση προσωρινών μέτρων 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 προσωρινού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη

Αριθμός απόφασης: Α655/2021

προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων 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).

6. Επειδή η προκείμενη προσφυγή, στην οποία περιλαμβάνεται το υπό κρίση αίτημα αναστολής, δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη. Περαιτέρω, για την οριστική κρίση αφενός περί του παραδεκτού, στο πλαίσιο του οποίου διερευνάται μεταξύ άλλων και η εκτελεστότητα της προσβαλλόμενης πράξης, και αφετέρου περί του βάσιμου των λόγων της προσφυγής, απαιτείται ενδελεχής έρευνα και εκτίμηση των στοιχείων του φακέλου του διαγωνισμού και των προσφορών στη βάση των οικείων όρων της διακήρυξης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας, οι οποίες δεν μπορούν να ολοκληρωθούν στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας, ιδίως ενόψει των στενών χρονικών ορίων που τάσσει ο νόμος για την έκδοση απόφασης (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

7. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι ο υπόψη μειοδοτικός διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο ελέγχου και έγκρισης των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, το οποίο δεν έχει ακόμη ολοκληρωθεί με την έκδοση του οικείου πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού και την επικύρωσή αυτού από την αναθέτουσα αρχή, ενώ έχει ταχθεί στην προσφεύγουσα τριακονθήμερη προθεσμία για αντικατάσταση των δανειζόντων ειδική εμπειρία οικονομικών φορέων.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ το υπ' αριθ. πρωτ. 367611 /Φ. Έργο/20-12-2021 έγγραφο απόψεων, με το οποίο αναφέρεται και παραπέμπει στο από 16/12/2021 έγγραφο της Επιτροπής Διαγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο η Επιτροπή Διαγωνισμού «θα καταθέσει το Πρακτικό II ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και των οικονομικών προσφορών που υποβλήθηκαν στο πλαίσιο της ανοικτής διαδικασίας μέσω ΕΣΗΔΗΣ για το έργο του θέματος, αφού ολοκληρωθεί η διαδικασία εξέτασης της Προδικαστικής Προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. και εκδοθεί η σχετική

Αριθμός απόφασης: Α655/2021

Απόφαση». Παρόλα αυτά, εξακολουθεί να τρέχει η ταχθείσα στην προσφεύγουσα τριακονθήμερη προθεσμία για αντικατάσταση των τρίτων οικονομικών φορέων.

9. Επειδή ο διαγωνισμός, ο οποίος διενεργείται με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή, βρίσκεται στο στάδιο ελέγχου αφενός των φακέλων δικαιολογητικών – τεχνικών προσφορών και αφετέρου των ήδη αποσφραγισθεισών οικονομικών προσφορών, ενώ η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής αναστέλλει την υπογραφή της σύμβασης κατ' άρθρο 364 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, ωστόσο, πιθανολογείται σοβαρά ότι η μη αναστολή της διαδικασίας αντικατάστασης τρίτων δανειζόντων φορέων, στην οποία καλείται να προβεί η προσφεύγουσα κατά τα ειδικότερα οριζόμενα στην προσβαλλόμενη πρόσκληση, θα προκαλέσει βλάβη στην αιτούσα, διότι αυτή καλείται να συμμορφωθεί προς την πρόσκληση εντός της ταχθείσας τριακονθήμερης προθεσμίας, η οποία έχει ήδη παρέλθει κατά τα δύο τρίτα περίπου, πράγμα το οποίο θα καταστήσει αλυσιτελή τυχόν αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής.

11. Σε κάθε δε περίπτωση, ενόψει των προθεσμιών των άρθρων 365 παρ. 4 και 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, η λήψη προσωρινών μέτρων, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής, θα αποτρέψει βλάβη της αιτούσας, χωρίς να καθυστερήσει υπέρμετρα τον διαγωνισμό, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία περάτωση αυτού. Άλλωστε, και με δεδομένη την πρόθεση της Επιτροπής Διαγωνισμού να αναμείνει την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής, πριν καταθέσει το πρακτικό του σε εξέλιξη σταδίου του διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή ουδόλως επικαλείται λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος για την απόρριψη του υπό κρίση αιτήματος. Επομένως, από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη αυτής.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα χορήγησης αναστολής - προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων της αιτούσας.
Διατάσσει ως προσωρινό μέτρο την αναστολή της διαδικασίας αντικατάστασης τρίτων δανειζόντων φορέων, στην οποία καλείται να προβεί η προσφεύγουσα κατά τα οριζόμενα στην προσβαλλόμενη υπ' αριθ. πρωτ. 343408 /Φ./1-12-2021 πρόσκληση τηςμε θέμα «.....», μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23 Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε στις 24 Δεκεμβρίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Ελευθερία Καλαμιώτη

Η Γραμματέας

**Φωτεινή Μαραντίδου
α/α Παναγιώτα Καλαντζή**