

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος, Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος (σε αναπλήρωση του Μέλους του 1^{ου} Κλιμακίου Ειρήνης Αψοκάρδου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 61/2022 Πράξης Προέδρου Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.) και Ελευθερία Καλαμιώτη, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνεται στην από 04-09-2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 1219/05-09-2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ... αρ. ...) και εκπροσωπείται νόμιμα

Κατά της ... (...) (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτ. 2082/25.08.2022 απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου του αναθέτοντος φορέα κατά το μέρος αυτής με το οποίο κρίθηκαν αποδεκτές οι Αιτήσεις Συμμετοχής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και αποφασίστηκε η εγγραφή του στον Πίνακα του ... για το Τμήμα 1 και Τμήμα 2 της Διακήρυξης καθώς και κάθε άλλη συναφής προγενέστερη ή μεταγενέστερη πράξη ή παράλειψη του αναθέτοντος φορέα. Η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε στο πλαίσιο του ανοικτού δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων μέσω Δυναμικού Συστήματος Αγορών (Δ.Σ.Α) του άρθρου 270 του Ν. 4412/2016, μέσω ΕΣΗΔΗΣ, που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. Διακήρυξη του αναθέτοντος φορέα (ΑΔΑΜ: ...) που αφορά στην «...», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνη 700.000,00€ πλέον Φ.Π.Α, με κριτήριο αξιολόγησης των προσφορών την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη βάσει μόνο τιμής, η ισχύς του οποίου (Δ.Σ.Α.) θα διαρκέσει τριάντα έξι μήνες. Ως προθεσμία παραλαβής των

Αριθμός Απόφασης: Α672/2022

αιτήσεων συμμετοχής (ΕΕΕΣ) ορίστηκε η 15-07-2022. Το ως άνω Δ.Σ.Α. υποδιαιρείται σε δύο (2) Τμήματα, ήτοι το Τμήμα 1 που περιλαμβάνει την προμήθεια ... προϋπολογισθείσας δαπάνης 500.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. και το Τμήμα 2 που περιλαμβάνει την προμήθεια ..., προϋπολογισθείσας δαπάνης 200.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. για την κάλυψη των αναγκών της ..., σύμφωνα με τα αναλυτικά αναφερόμενα στο Παράρτημα Ι της προκείμενης Διακήρυξης. Στο πλαίσιο της παρούσας διακήρυξης, κάθε αναφορά σε «αίτηση συμμετοχής» νοείται ως αναφορά στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (εφεξής ΕΕΕΣ). Οι παρεχόμενες προμήθειες κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): Αιτήσεις συμμετοχής για την εγγραφή στο παρόν ...μπορούν να υποβάλλονται είτε για το σύνολο του συμβατικού αντικειμένου, ήτοι και για τα δύο (2) ως άνω Τμήματα, είτε για ένα εκ των δύο τμημάτων, εφόσον ο οικονομικός φορέας πληροί τα απαιτούμενα κριτήρια επιλογής, ενώ οι επιμέρους συμβάσεις που θα συναφθούν στο πλαίσιο του παρόντος ... θα καθορισθούν αναλυτικά στις προσκλήσεις υποβολής προσφορών για τη σύναψη των επιμέρους συμβάσεων. Η τιμή αναφοράς ανέρχεται και για τα δύο (2) τμήματα στο ποσό των 3,2 Ευρώ/κιλό, ενώ η ακριβής τιμή μονάδος θα προσδιορίζεται στην πρόσκληση εκάστης εκτελεστικής σύμβασης. Αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου των επιμέρους τμημάτων δίδεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Ι της προκείμενης Διακήρυξης. Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατά της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος αυτής με το οποίο αποφασίστηκε η αποδοχή των Αιτήσεων Συμμετοχής του οικονομικού φορέα «...» και η εγγραφή του στον Πίνακα του ... για το Τμήμα 1 και Τμήμα 2 της σύμβασης. Η Προκήρυξη της σύμβασης για τη δημιουργία του παρόντος ... απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 06-06-2022 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Ο προκείμενος διαγωνισμός καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ), όπου έλαβε συστημικό αριθμό Α/Α Η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης απόφασης στις 26-08-2022.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελευθερία Καλαμιώτη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. 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 3.500,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία των Τμημάτων 1 και 2 της σύμβασης ποσού 700.000,00 ευρώ (500.000,00 ευρώ και 200.000,00 ευρώ αντίστοιχα) άνευ ΦΠΑ.

2. 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

Αριθμός Απόφασης: Α672/2022

χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

3. 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).

4. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: *«Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».*

5. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«1. Η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366. 2. Η παράγραφος 1 δεν εφαρμόζεται στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης, β) αν υποβλήθηκε μόνο μία (1) προσφορά και δεν υπάρχουν ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι και γ) εφόσον πρόκειται για εκτελεστική σύμβαση συμφωνίας - πλαίσιο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 39, ή για σύμβαση που συνάπτεται στο πλαίσιο Δυναμικού Συστήματος Αγορών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 33 και 270.».*

Αριθμός Απόφασης: Α672/2022

6. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη. Περαιτέρω, για την οριστική κρίση περί του παραδεκτού και της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής, αλλά και των ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη διακήρυξη και τους τιθέμενους όρους της διακήρυξης αυτής, απαιτείται ενδελεχής έρευνα που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων του αναθέτοντος φορέα, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

7. Επειδή, παγίως γίνεται δεκτό από τη νομολογία ότι η αναστολή χορηγείται μόνο αν με βάση συγκεκριμένους και ειδικούς λόγους που αποδεικνύονται, πιθανολογείται ότι σε περίπτωση άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης θα επέλθει στον αιτούντα βλάβη ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς δυνάμενη να επανορθωθεί (ΣτΕ ΕπΑν 88/1991, ΣτΕ ΕπΑν 103/1991, ΣτΕ ΕπΑν 197/1991, ΣτΕ ΕπΑν 209/1991, ΣτΕ ΕπΑν 548-550/1990, ΔΕφΑθ 9/2015, 6 ΔΕφΑθ 2/2015, ΔΕφΑθ 878/16).

8. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, δεν 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 κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

9. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, ο αναθέτων φορέας εκλήθη από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. να υποβάλλει τις απόψεις της επί του αιτήματος

Αριθμός Απόφασης: Α672/2022

λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας με την υπ' αρ. 1751/2022 Πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., που του κοινοποιήθηκε στις 06-09-2022, ενώ ο προκείμενος διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο κατά το οποίο με την προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντος φορέα αποφασίστηκε, μεταξύ άλλων, η αποδοχή των Αιτήσεων Συμμετοχής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και η εγγραφή του στον Πίνακα του Δυναμικού Συστήματος Αγορών για το Τμήμα 1 και Τμήμα 2 και προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής ότι βασίμως και νομίμως προβάλλει τις επίμαχες αιτιάσεις, παρίσταται πρόδηλη η αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

10.Επειδή, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου με την ταχεία διεξαγωγή και την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008), σε περίπτωση δε που η διαγωνιστική διαδικασία έχει προχωρήσει σε επόμενα στάδια, θα οδηγήσει σε ανεπανόρθωτες ή δυσχερώς αναστρέψιμες καταστάσεις (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, *ENV AG κ.λπ.*, Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκέψεις 92-95). Σύμφωνα δε με τα ανωτέρω, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι λιγότερες από τα οφέλη. Επομένως παρίσταται πρόδηλη η αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

11. Επειδή η αναστολή της εξέλιξης της εν θέματι διαγωνιστικής διαδικασίας έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα του αναθέτοντος φορέα για ταχεία περάτωση αυτής. Συναφώς πρέπει να διαταχθεί η αναστολή της

Αριθμός Απόφασης: Α672/2022

διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς και της υπογραφής της προκείμενης σύμβασης, η υπογραφή της οποίας σύμφωνα με την σκέψη 5 της παρούσας δεν κωλύεται αυτόματα με την κατάθεση της προσφυγής.

12. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της υπό εξέταση προσφυγής από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ..

13. Επειδή γίνεται δεκτή, εν συνόλω, η εισήγηση.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων της αιτούσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. επί της προδικαστικής προσφυγής και δη την υπογραφή της προκείμενης σύμβασης.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12 Σεπτεμβρίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ
Α/Α ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΛΙΖΙΔΗΣ