

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21.02.2019, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία –Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Εισηγητής και Κυριακή Σιδηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 21.01.2019 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 176/11.02.2019 η οποία κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π. στις 11.02.2019 και χρεώθηκε στο 4ο Κλιμάκιο αυθημερόν, της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στο,, όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά τουκαι κατά όρων της υπ' αριθ. διακήρυξης και της υπ' αριθ. μελέτης, αναφορικά με τον ανοικτό, διεθνή, ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για την «.....».

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης, στρεφόμενη κατά όρων αυτής κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της.

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α 78 / 2019

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. διακήρυξη και την υπ' αριθ. μελέτη του προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, άνω των ορίων, διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την «.....», προϋπολογισμού 612.870,00€ πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 27.12.2018 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 27.12.2018, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α Πιο συγκεκριμένα η προμήθεια αφορά σε «.....», Τμήμα 1, «.....», Τμήμα 2, «.....», Τμήμα 3, «.....», Τμήμα 4, «.....», Τμήμα 5 και «....., Τμήμα 6 και η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκείται για το Τμήμα 3, «.....» της προαναφερόμενης διακήρυξης.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 903,75 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α. και για το τμήμα του διαγωνισμού για το οποίο ασκείται η παρούσα Προσφυγή, ήτοι για το Τμήμα 3, ύψους 180.750,00 χωρίς Φ.Π.Α. (180.750,00 X 0,5%). Το εν λόγω ποσό πληρώθηκε σύμφωνα με το προσκομιζόμενο e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης, το οποίο έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) και την προσκομιζόμενη απόδειξη πληρωμής και φέρει την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του (612.870,00€ χωρίς Φ.Π.Α.), σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση της Προκήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε. (21.12.2018),

Αριθμός απόφασης: Α 78 / 2019

σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 27.12.2018 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 21.01.2019, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας από την πλήρη γνώση αυτής, που ως η προσφεύγουσα δηλώνει (σελ. 3, σημείο Δ της Προσφυγής) έλαβε χώρα στις 11.01.2019, ήτοι εντός της δεκαπενθήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας από τη δημοσίευση της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: *«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 οποιασδήποτε 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*

Αριθμός απόφασης: Α 78 / 2019

περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

7. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: *«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, οίκοθεν προκύπτει ότι η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, 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, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης και ειδικότερα κατά των όρων: (α) της απαίτησης των τεχνικών προδιαγραφών της υπ' αριθ. Μελέτης (βλ. σελίδα 24 αυτής), σύμφωνα με την οποία *«[...] οι διαστάσεις των κάδων επί ποινή αποκλεισμού δεν θα πρέπει να ξεπερνούν σε πλάτος από πείρο σε πείρο ανάρτησης τα 1.45 μέτρα [...]»*, (β) της απαίτησης των τεχνικών προδιαγραφών της υπ' αριθ. Μελέτης (βλ. σελίδα 24 αυτής) σύμφωνα με την οποία *«[...] οι διατάσεις των κάδων επί ποινή αποκλεισμού δεν πρέπει να ξεπερνούν [...] το ύψος συνολικά τα 1,30 μέτρα[...]»*, ισχυριζόμενη, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της, ότι οι όροι αυτοί ευνοούν τη συμμετοχή συγκεκριμένου οικονομικού φορέα, αποκλείουν ή δυσχεραίνουν ουσιαδώς τη συμμετοχή της

Αριθμός απόφασης: Α 78 / 2019

στον υπό κρίση διαγωνισμό, παραβιάζουν την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και οδηγούν σε στρέβλωση του ανταγωνισμού, σωρεύοντας παράλληλα αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων επί της υπό κρίση διαγωνιστικής διαδικασίας.

10. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν, έχει άμεσο, ενεστώως και προσωπικό έννομο συμφέρον, όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη και οι προαναφερόμενοι όροι της Διακήρυξης, αφού υφίσταται ζημία και πλήττεται η συμμετοχής της στον διαγωνισμό αυτόν για τους αναφερόμενους στην Προσφυγής της λόγους.

11. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 86/2018, ΣτΕ Ολ 12-15/2018, πρβλ. ΣτΕ ΕΑ Ολ 146-148/2016, ΔΕφΑθ 26/2019).

12. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε δε περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, αφού, ως ισχυρίζεται, οι υπόψη όροι της διακήρυξης είναι παράνομοι και υφίσταται βλάβη στα συμφέροντά της εξ αυτών. Τούτων δοθέντων, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της

Αριθμός απόφασης: Α 78 / 2019

προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με τους προσβαλλόμενους όρους της υπό εξέταση διακήρυξης, χρήζει ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχει, δε, κρίση που δε 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).

13. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και σε περίπτωση τυχόν ακύρωσης της προσβαλλόμενης είναι πρόδηλη, αφού θα έχει ως αποτέλεσμα την ακύρωση των επόμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής για τον υπό κρίση διαγωνισμό και τελικώς την ματαίωση αυτού, οδηγώντας σε καθυστέρηση της υπόψη υπηρεσίας.

14. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας όσον αφορά το Τμήμα 3, για το οποίο ασκείται η υπό εξέταση Προσφυγή.

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (βλ. σκέψεις 8 και 9), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

16. Επειδή, με το υπ' αριθ. ΑΔΑ Απόσπασμα 3^{ου} Πρακτικού της Οικονομικής Επιτροπής του που αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, αποφασίστηκε, μεταξύ άλλων, η παράταση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών έως τις 22.02.2019, ημερομηνία, όμως, κατά την οποία δεν θα έχει λάβει χώρα η εξέταση επί του ακυρωτικού αιτήματος της προσφεύγουσας και δεν θα έχει εκδοθεί οριστική απόφαση επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 78 / 2019

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. διακήρυξης και της υπ' αριθ. μελέτης, αναφορικά με τον ανοικτό, διεθνή, ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για την «.....» και για το Τμήμα 3 αυτού, «.....», μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής και ορίζει ως κατάλληλο μέτρο για το Τμήμα 3 την μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών μετά την 18η Μαρτίου 2019, ήτοι μετά δέκα (10) ημερών από την ημερομηνία ορισμού εξέτασης (07.03.2019) της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 21 Φεβρουαρίου 2019, συντάχθηκε αυθημερόν από τον Εισηγητή και εκδόθηκε.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη

Ευαγγελία Ζαφειράτου