

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 1 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 24.01.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 123/27.01.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...» και διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στ... .., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, εφεξής ο «προσφεύγων».

Κατά του «ΔΗΜΟΥ ...» και κατά της με αρ. Πρωτ... και ΑΔΑΜ ... διακήρυξης της αναθέτουσας αρχής για την επιλογή αναδόχου της σύμβασης με τίτλο «ΑΝΑΘΕΣΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΜΕΤΑΦΟΡΤΩΣΗΣ ΚΑΙ ΜΕΤΑΦΟΡΑΣ 20.000 ΤΟΝΩΝ Α.Σ.Α. ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ... ΣΤΟΝ Χ.Υ.Τ. ...», εφεξής «η προσβαλλομένη».

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων, αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 10.804,31 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό

Αριθμός Απόφασης: Α 86/2022

παράβολο με κωδικό με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης). Το παράβολο υπολογίστηκε βάσει του προυπολογιζόμενου ποσού της σύμβασης μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, ποσού 2.160.860,48 ευρώ.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την με αρ. Πρωτ. ... διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με αντικείμενο την μεταφόρτωση και μεταφορά των αστικών στερεών αποβλήτων (Α.Σ.Α.) του Δήμου ... και τελική διάθεση στον Χ.Υ.Τ. ..., καθ' υπόδειξιν της αναθέτουσας αρχής με μέσα και προσωπικό του αναδόχου, και φυσικά με χρήση θαλάσσιου μέσου μεταφοράς. Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : Προσφορές υποβάλλονται για την τιμή του τόνου των Α.Σ.Α. συμπεριλαμβανομένου την μεταφόρτωση και την μεταφορά οδική και θαλάσσια στην Χ.Υ.Τ. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 2.160.860,48 € μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24 % (εκτιμώμενη αξία συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ: € 2.679.467,00 €). Η διάρκεια της σύμβασης ορίζεται μέχρι 01-05-2024 ή μέχρι εξαντλήσεως των συμβατικών ποσοτήτων (τη Α.Σ.Α.) Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής και εφόσον πληρούνται τα απαραίτητα των τεχνικών προδιαγραφών και των απαιτούμενων στην παράγραφο 7α της Συγγραφής Υποχρεώσεων της μελέτης, και στο ομώνυμο παράρτημα της παρούσης. Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής/υποβολής των προσφορών είναι η 08/02/2022 και ώρα 15:00. Η διαδικασία θα διενεργηθεί με χρήση του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) Προμήθειες και Υπηρεσίες του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ (Διαδικτυακή Πύλη www.promitheus.gov.gr).

3. Επειδή, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 30-12-2021 (ΑΔΑΜ ...). Τα έγγραφα της παρούσας διαδικασίας δημόσιας σύμβασης καταχωρήθηκαν στο σχετικό ηλεκτρονικό χώρο του ΕΣΗΔΗΣ-προμήθειες/υπηρεσίες και αναρτήθηκαν στη Διαδικτυακή Πύλη(www.promitheus.gov.gr) του ΟΠΣ ΕΣΗΔΗΣ με αρ. ... Επίσης, περίληψη

Αριθμός Απόφασης: Α 86/2022

της παρούσας απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα στην επίσημη εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 30-12-2021.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 24-01-2022, δεδομένου ότι ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 14-01-2022 (δεδομένης της καταχώρισης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ στις 30-12-2021). Επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση προσφυγή καθώς, ως ισχυρίζεται, συστάθηκε με το υπ' αριθ. ... συμβόλαιο της συμβολαιογράφου ..., ... (βλ. ΦΕΚ 2123/5.3.2014 τ. Α.Ε. - Ε.Π.Ε. - Γε.Μ.Η.), από μετατροπή της «...», που είχε συσταθεί με την υπ' αριθ. ... πράξη σύστασης και καταστατικού εταιρίας και δραστηριοποιείται, σύμφωνα με τους κατά το άρθρο 4 του Καταστατικού σκοπούς του, μεταξύ άλλων, στους τομείς της διαχείρισης αποβλήτων (Αποκομιδή, Συλλογή, Μεταφορά, Προσωρινή αποθήκευση, Επεξεργασία, Διάθεση και Ανακύκλωση Αστικών-Βιομηχανικών-Εμπορικών αποβλήτων, οργανικών υλών, ακατάλληλων προς κατανάλωση τροφίμων, αποβλήτων από εγκαταστάσεις επεξεργασίας υγρών αποβλήτων, γεωργικών και κτηνοτροφικών αποβλήτων, Επικίνδυνων Αποβλήτων, Επικίνδυνων Αποβλήτων Υγειονομικών Μονάδων, Αδρανών υλικών και Ογκωδών Αντικειμένων), ήτοι σε αντικείμενο συναφές με αυτό της διακήρυξης και επιθυμεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό. Ωστόσο, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, στη διακήρυξη προβλέπονται όροι που αποκλείουν την συμμετοχή του και έχουν τεθεί κατά παράβαση του εθνικού και ενωσιακού δικαίου και ειδικότερα των αρχών της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού, της ισότιμης μεταχείρισης, της διαφάνειας, της αναλογικότητας

Αριθμός Απόφασης: Α 86/2022

και του Ν.4412/2016. Ειδικότερα, η υπό κρίση προσφυγή στρέφεται κατά των ακόλουθων όρων της διακήρυξης: α) του άρθρου 2.2.6 υπό στοιχείο 1) και υπό στοιχείο 4) της διακήρυξης, καθ' ό μέρος απαιτεί την κατοχή σχετικής άδειας για τη συλλογή και μεταφορά των μη επικίνδυνων στερεών αποβλήτων β) του άρθρου 3α της Τεχνικής Έκθεσης της Μελέτης 45/2021, του άρθρου 7α της Συγγραφής Υποχρεώσεων της Μελέτης και του άρθρου 2.2.6 υπό στοιχείο 5 της διακήρυξης γ) των άρθρων 1α , 2 α και 2.1 της Τεχνικής έκθεσης της Μελέτης.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 27-01-2022 προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής δια μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 144/2022 Πράξη του Προέδρου του 4ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής, αντίστοιχα και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε ακόμη στην ΑΕΠΠ τις απόψεις της επί της προσφυγής και του σωρευόμενου σε αυτήν αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

11. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. 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[...].».

Αριθμός Απόφασης: Α 86/2022

12. 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». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής -λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, 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.

13. 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).

14.Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας των ισχυρισμών-αιτιάσεων όπως προβάλλεται από τον αιτούντα, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε ενδικοφανές επίπεδο, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία.

15. Επειδή, α) η υπό κρίση Προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) ενδέχεται να υφίσταται βλάβη του αιτούντος από την προσβαλλόμενη πράξη, γ) οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής δεν

Αριθμός Απόφασης: Α 86/2022

παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία (αναστολή) δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη διάρκεια, δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής. Περαιτέρω, πέραν του γεγονότος ότι - ως προελέχθη - δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από την αναθέτουσα αρχή, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της, δηλαδή, σε σχέση με τη χορήγηση προσωρινών μέτρων, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του σε περίπτωση χορήγησης προσωρινών μέτρων. 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. Επομένως παρίσταται πρόδηλη η αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

Διατάσσει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

