

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Ιουνίου 2021 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος-Εισηγητής, Ευαγγελία Μιχολίτση – Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής που σωρεύεται στην από 04.06.2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1151/04.06.2021 της προσφεύγουσας εταιρείας «...», που εδρεύει στο ..., ..., νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής καλουμένη «προσφεύγουσα»).

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

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθούν, άλλως να τροποποιηθούν, οι προσβαλλόμενες με την παρούσα πράξη και παραλείψεις της Αναθέτουσας Αρχής και να της επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο. Ταυτόχρονα σωρεύει αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η ... (...) της ... (...), ως σχηματισμός των ... του ... (...) που εδρεύει στην ..., οδός ..., ... (στο εξής ...), δια της ... (...), προκήρυξε τον με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ: ... ανοικτό διαγωνισμό του άρθρου 27 του Ν. 4412/16, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, σε ευρώ ανά είδος, για την ανάδειξη αναδόχου για την ..., που αναλυτικά περιγράφονται στο Παράρτημα 1 (ΑΝΑΛΥΤΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ) [Κωδικός Κοινού Λεξιλογίου για τις Δημόσιες Συμβάσεις (cpvn/: ... για το είδος «Κρεβάτια»

και κωδικό cρν ... για το είδος «Στρώματα ύπνου»). Η υπ' αρ. ... Διακήρυξη τιτλοφορείται «...», και έλαβε αρ. ΚΗΜΔΗΣ Η προκήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 30/10/2020,. Σύμφωνα με τον όρο 1.3.5 της Διακήρυξης η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται σε 846.514,89 ευρώ, συμπεριλαμβανομένου του φόρου προστιθέμενης αξίας και κατανέμεται ανά είδος όπως αναφέρεται στο Παράρτημα 1 (ΠΙΝΑΚΑΣ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗΣ ΥΛΙΚΩΝ ΚΑΙ ΠΟΣΟΤΗΤΩΝ), ήτοι για το μεν Τμήμα 1 «Στρώματα» αξία 536.549,13 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, για το δε Τμήμα 2 «Κρεβάτια» αξίας 309.965,76 ευρώ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ . Αναφορικά με το όρο 1.3.6. και το δικαίωμα προαίρεσης της διαδικασίας σύναψης σύμβασης προμήθειας, η Επιτροπή Διενέργειας του διαγωνισμού, με αιτιολογημένη εισήγησή της, μπορεί να προτείνει την κατακύρωση της σύμβασης [ανά Τμήμα] για ολόκληρη ή μεγαλύτερη ποσότητα έως 15 % με την προϋπόθεση ότι η αύξηση αυτή είναι εντός της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης ή μικρότερης ποσότητας έως 50%. Κατά τις προβλέψεις του όρου 1.3.4. της Διακήρυξης, η Σύμβαση υποδιαιρείται σε δυο (2) είδη/τμήματα. Ειδικότερα, η παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης υποδιαιρείται στα ακόλουθα τμήματα: (α) Τμήμα 1: Προμήθεια Στρωμάτων, εκτιμώμενης (καθαρής) αξίας 458.589,00 € πλέον ΦΠΑ 17%. (β) Τμήμα 2: Προμήθεια Κρεβατιών, εκτιμώμενης (καθαρής) αξίας 264.928,00 € πλέον ΦΠΑ 17%. Οι προσφέροντες μπορούσαν να υποβάλουν προσφορά για κάθε τμήμα ξεχωριστά και μέχρι δυο (2) τμήματα συνολικά και να αναδειχθούν προμηθευτές και για τα δυο (2) εφόσον μειοδότησαν. Η προσφεύγουσα έλαβε γνώση του από 21.05.2021 πληροφοριακού εγγράφου της ... «...» της ... του ... με θέμα «...» στις 25.05.2021, οπότε αυτό αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ. Την ίδια ημέρα η προσφεύγουσα έλαβε γνώση και των Πρακτικών 1,2 και 3 της αρμόδιας Επιτροπής Διεξαγωγής του Διαγωνισμού, τα οποία εγκρίθηκαν με την ως άνω απόφαση.

2. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή προβάλλεται η με α.π. Φ.600.1/50/415218/Σ. 1460/21.05.2021 απόφαση της ... «...» της ... του ..., κατά το μέρος αυτής με το αποφασίστηκε η αποδοχή των 28.12.2020, 17.03.2021 και 6.4.2021 πρακτικών της αρμόδιας επιτροπής ελέγχου -

αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς και οικονομικής προσφοράς για το Τμήμα 1 (και μόνο για το τμήμα αυτό) και συγκεκριμένα τόσο ως προς την μη αποδοχή της τεχνικής προσφοράς της Εταιρείας για το τμήμα αυτό όσο και ως προς τη συνολική αποδοχή της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας «...» και την ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου για την Προμήθεια των υλικών του ως άνω Τμήματος 1.

3. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί νόμιμο e-παράβολο σύμφωνα με το άρθρο 363 του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017, με κωδικό ... e-Παράβολο αξίας 2.295.0€ και το από 3.6.2021 αποδεικτικό για την πληρωμή του ως άνω e-παραβόλου, αξίας 2.295.0 €, ομού με το e-Παράβολο με την ένδειξη αυτόματης δέσμευσης γ) εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ όπου αναφέρεται ως κατάσταση παραβόλου «δεσμευμένο» και φέρεται ως «αυτόματης δέσμευσης»].

4. Επειδή, η προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 25/5/2021, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 04.06.2021, κοινοποιήθηκε, δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα αυθημερόν.

6. Επειδή, καταρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί η προσφεύγουσα την προδικαστική προσφυγή, καθώς, επιδιώκει την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, επί τω τέλει ανάληψης της εν θέματι σύμβασης.

7. Επειδή, στις 04.06.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, με το έγγραφο απόψεων της, που διαβιβάστηκε τόσο στην Α.Ε.Π.Π. με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 09.06.2021, υπέβαλε τις απόψεις της μεταξύ άλλων, επί του σωρευομένου στην προσφυγή αιτήματος αναστολής. Με τις ως άνω απόψεις της η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι «η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας του θέματος δεν θα προκαλέσει βλάβη τόσο στην Υπηρεσία όσο και στο δημόσιο συμφέρον».

9. 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.».

10. 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. 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.

11. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

12. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το μη προδήλως απαράδεκτο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων

Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.), γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του 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.

13. Επειδή, με την προσφυγή της, η προσφεύγουσα, όπως αναλυτικότερα αναπτύσσει σε αυτήν, προβάλλει συγκεκριμένους ισχυρισμούς ως προς τη μη νόμιμη, κατ' αυτήν, προσβαλλόμενη, ήτοι ότι «τόσο διότι η τεχνική προσφορά της Εταιρείας μας κρίθηκε ως μη αποδεκτή αντίθετα προς τους όρους της Διακήρυξης, όσο και διότι η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας «...» δεν απορρίφθηκε παρότι συνέτρεχαν στο πρόσωπό της λόγοι αποκλεισμού και η προσφορά της παραβίαζε απαράβατους όρους της Διακήρυξης».

14. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε, δε, περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται, κατά τα προαναφερόμενα, συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, θεμελιώνοντας έτσι –καταρχήν - το έννομο συμφέρον της ως στοιχείο του παραδεκτού της υπό εξέταση αίτησης, το οποίο σε κάθε περίπτωση θα αποτελέσει αντικείμενο εξέτασης εκ νέου κατά την εξέταση της προσφυγής για την έκδοση οριστικής απόφασης. Ενόψει, δε, των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή, καθίσταται προφανές ότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 46/2015, 41/2015, 35/2015, 10/2015, 9/2015).

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 παρ. 1 του ν. 4412/2016 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.». Τούτο άλλωστε επαναλαμβάνεται στην σελίδα 11 της Περίληψης Διακήρυξης όπου ορίζεται ρητώς ότι «10.7. 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 του ν. 4412/2016. Κατ' εξαίρεση, δεν κωλύεται η σύναψη της σύμβασης εάν υποβλήθηκε μόνο μία (1) προσφορά και δεν υπάρχουν ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι».

16. Επειδή, τα ανωτέρω στοιχούν και στην υπό κρίση περίπτωση, στο μέτρο που με την προσβαλλόμενη απόφαση αποφασίστηκε η κήρυξη προσωρινού αναδόχου. Συνεπώς δεδομένου του εκ του νόμου 4412/2016 κωλύματος υπογραφής της σύμβασης άμα την κατάθεση προδικαστικής προσφυγής, ουδέν προστατευτέο δικαίωμα υφίσταται προς διασφάλισης στο στάδιο της προσωρινής έννομης προστασίας.

17. Επειδή, συνακόλουθα, δεν πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση του κατάλληλου προσωρινού μέτρου, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων, λόγω της προτιθέμενης επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής-λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής.

Αριθμός Απόφασης: Α96/2021

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 10 Ιουνίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ Οικονόμου

Ηλίας Στρεπέλιος