

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 20 Απριλίου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη Πρόεδρο και Εισηγητή και τα μέλη, Μαρία Μανδράκη, που, δυνάμει της με αρ. 23/2018 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, αναπληρώνει την Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 358/17-4-2018 Προδικαστική Προσφυγή της η Ανώνυμη Εταιρεία με την επωνυμία «.....» και δ.τ. «..... ΑΤΕ», που εδρεύει επί των οδών αρ. .. και στο Αττικής και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής προσφεύγων) κατά όρων της με ΑΔΑΜ 18PROC002856124 και α.α. ΕΣΗΔΗΣ 71698 διακήρυξης με τίτλο «Αποκατάσταση βλαβών & επεμβάσεις τοπικού χαρακτήρα στο Πρωτεύον Αστικό Οδικό Δίκτυο Περιφέρειας Αττικής» συνολικού προϋπολογισμού 4.838.709,70 Ευρώ (χωρίς ΦΠΑ) και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, μόνον βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) (εφεξής προσβαλλόμενη ή διακήρυξη), της ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ΑΤΤΙΚΗΣ, ΔΙΕΥΘΥΝΣΗ ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΗΣ ΜΗΤΡΟΠΟΛΙΤΙΚΩΝ ΥΠΟΔΟΜΩΝ, προσφυγή κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ και χρεωθείσα στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 17.04.2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής.

Αριθμός Απόφασης Α195 / 2018

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ ΑΤΤΙΚΗΣ» που εδρεύει επί της οδού Π. Τσαλδάρη αρ. 15 – τ.κ. 17676, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ»).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα, κατ' ορθή επισκόπηση του δικογράφου, επιδιώκει να ακυρωθούν οι όροι των άρθρων 22 Γ' β, 22 Δ' (ii), 22 Δ (iii), 24 γ' – ε' και 23 β' και ειδικότερα: 1) οι διατάξεις του άρθρου 22 Γ β περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, γιατί α) θέτουν επιπρόσθετη προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό στις εργοληπτικές επιχειρήσεις, καταταγμένες στις αντίστοιχες (πρώην καλούμενες) τάξεις και κατηγορίες του Μ.Ε.Ε.Π., κατά παράβαση του αμάχητου τεκμηρίου τεχνικής και οικονομικής καταλληλότητας για συμμετοχή στους διαγωνισμούς δημοσίων έργων που εμπίπτουν στα όρια συμμετοχής τους με βάση το εργοληπτικό πτυχίο, που τους παρείχαν οι διατάξεις των άρθρων 80 – 110 του ΚΔΕ, η ισχύς των οποίων έχει παραταθεί, σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 76 παρ.3 και 83 παρ. 4 και 5 του Ν. 4412/2016, β) λόγω του ύψους του ελάχιστου απαιτούμενου κύκλου εργασιών (12.000.000,00 €) παραβιάζουν τις αρχές της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού, της αναλογικότητας και εν τέλει της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων, γ) ως πρόσθετος όρος, τέθηκε χωρίς να έχει εγκριθεί προηγουμένως με Απόφαση του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων, μετά από γνώμη του Τμήματος Κατασκευών του Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της Γενικής Γραμματείας Υποδομών, κατά παράβαση των διατάξεων των άρθρων 76 παρ. 2 και 53 παρ. 7 β' του Ν. 4412/2016, 2) οι διατάξεις του άρθρου 22 Δ' (ii), περί Τεχνικής & Επαγγελματικής Ικανότητας, α) για τους ίδιους λόγους ως και υπό 1 α) ανωτέρω προβάλλονται για τις πρόσθετες απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, β) γιατί ως πρόσθετος όρος, τέθηκε χωρίς να έχει τηρηθεί ο ουσιώδης τύπος που καθιερώνεται από τις διατάξεις των άρθρων

Αριθμός Απόφασης Α195 / 2018

76 παρ. 2 και 53 παρ. 7 β' του Ν. 4412/2016, ως και υπό 1 γ) ανωτέρω προβάλλεται, γ) γιατί η πρόσθετη απαίτηση προσκόμισης ισουψούς προϋπολογισμού με την αξία της σύμβασης καταλόγου έργων, εκ των οποίων μάλιστα έργα προϋπολογισμού ύψους 3.000.000,00 € να αφορούν εργασίες συντήρησης οδών, παραβιάζει τις αρχές της προστασίας του ελεύθερου ανταγωνισμού, της αναλογικότητας και εν τέλει της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων, δ) γιατί ως πρόσθετοι όροι, δεν αιτιολογήθηκε ειδικώς η συμπερίληψή τους στους όρους της σύμβασης, λόγος που συνέχεται και με τις αιτιάσεις του προσφεύγοντα κατά των όρων του άρθρου 22 Γ β', 3) οι διατάξεις του άρθρου 24 γ' – ε', γιατί στο περιεχόμενο του φακέλου προσφοράς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού η υποβολή επιπλέον εγγράφων από αυτά που προβλέπουν οι διατάξεις του άρθρου 93 του Ν. 4412/2016 και το ισχύον Πρότυπο τεύχος διακήρυξης ανοιχτής διαδικασίας για την σύναψη δημοσίων συμβάσεων έργου άνω και κάτω των ορίων με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή, 4) οι διατάξεις του άρθρου 23 β' περί του ΤΕΥΔ, γιατί η επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση υπογραφής του από όλα τα φυσικά πρόσωπα που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου ενός οικονομικού φορέα ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό, παραβιάζει τις διατάξεις του άρθρου 79^Α του Ν. 4412/2016, 5) τέλος, οι διατάξεις του άρθρου 22 Δ (iii), γιατί παραβιάζουν την διαφάνεια της διαδικασίας και την προστασία του ελεύθερου ανταγωνισμού.

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ζητεί την αναστολή διενέργειας του διαγωνισμού έως την έκδοση της απόφασης επί της προσφυγής της, δεδομένου ότι, οι προσβαλλόμενοι παράνομοι όροι της διακήρυξης θίγουν ευθέως το δικαίωμα συμμετοχής της ίδιας, αλλά και μεγάλου αριθμού εργοληπτικών επιχειρήσεων, τυχόν δε πρόοδος στην διεξαγωγή του διαγωνισμού με τους μη σύνομους όρους ενδέχεται να οδηγήσει σε μη αναστρέψιμες νομικά

Αριθμός Απόφασης Α195 / 2018

καταστάσεις, θα θέσει σε κίνδυνο την δημοπράτηση του έργου και ενδεχομένως και την κατασκευή του.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, ποσού 15.000,00 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου 200803718958 0611 0033), που αντιστοιχεί στο ανώτερο ποσό καταβαλλόμενου παραβόλου, σύμφωνα με το δεύτερο εδάφιο των διατάξεων του άρθρου 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017, δεδομένου ότι το αντιστοιχούν ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 4.838.709,70 Ευρώ, μη συμπ/νου ΦΠΑ, ανέρχεται σε ποσό πλέον των 15.000,00 €, ποσό το οποίο πληρώθηκε σύμφωνα με το με τον πιο πάνω κωδικό e-παραβόλο αυτόματης δέσμευσης, του οποίου προσκομίστηκε εκτυπωμένη σελίδα με κατάσταση «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)».

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 16-4-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1γ του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο

Αριθμός Απόφασης Α195 / 2018

361 παρ. 1 γ του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προθεσμία άσκησης αυτής έληγε 10 ημέρες από την γνώση της προσβαλλομένης διακήρυξης, η οποία τεκμαίρεται ότι έλαβε χώρα 15 ημέρες από την ανάρτησή της στο ΚΗΜΔΗΣ. Ειδικότερα, εν προκειμένω, η προσβαλλόμενη διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 26.03.2018. Επομένως, η προθεσμία για την άσκηση της παρούσας προσφυγής εκκίνησε την 10-4-2018 (μετά την πάροδο του 15νθημέρου) και εξέπνεε την 20-04-2018. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 16-4-2018 και κοινοποιήθηκε αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης (345 παρ. 1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (έργο) και της ημερομηνίας δημοσίευσής της στο ΚΗΜΔΗΣ, την 26-03-2017, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι του Ν. 4412/2016 και με συνολική εκτιμώμενη αξία 4.838.709,70 Ευρώ, χωρίς ΦΠΑ, δεν υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 γ) του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 η Προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωση όρων της προσβαλλομένης διακήρυξης, επικαλούμενη ότι ενώ είναι εργοληπτική επιχείρηση καταταγμένη στην 5^η τάξη του ΜΕΕΠ στην κατηγορία οδοποιίας και ως εκ τούτου πληροί τις εκ του νόμου προϋποθέσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής ικανότητας για την

Αριθμός Απόφασης Α195 / 2018

συμμετοχή στον ελεγχόμενο διαγωνισμό, ωστόσο ένεκα των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης στερείται του δικαιώματός της για συμμετοχή σε αυτόν, γιατί δεν πληροί τους παράνομους όρους πρόσθετης χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής καταλληλότητας, περαιτέρω επικαλείται ότι οι λοιποί προσβαλλόμενοι όροι θέτουν παράνομες τυπικές και διαδικαστικές προϋποθέσεις που συνιστούν άμεσα και έμμεσα κωλύματα συμμετοχής της στον ελεγχόμενο διαγωνισμό. Συνακόλουθα, η προσφεύγουσα ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη διακήρυξη, καθόσον η συμμετοχή της στον υπό κρίση διαγωνισμό καθίσταται δυσχερής, αν όχι αδύνατη και η προσφορά της, αν πράγματι κατέθεσε προσφορά, όπως ισχυρίζεται στην προσφυγή της, κινδυνεύει να απορριφθεί.

6. Επειδή, μετά ταύτα, η Προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή διενέργειας του διαγωνισμού μέχρι εκδόσεως Απόφασης επί της προσφυγής της, προκειμένου να διασφαλιστεί ότι θα δυνηθεί να συμμετάσχει στην διαδικασία, περαιτέρω διότι τυχόν πρόοδος στην διεξαγωγή του διαγωνισμού με τους μη σύνομους όρους ενδέχεται να οδηγήσει σε μη αναστρέψιμες νομικά καταστάσεις, θα θέσει σε κίνδυνο την δημοπράτηση του έργου και ενδεχομένως και την κατασκευή του.

7. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή*

Αριθμός Απόφασης Α195 / 2018

παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368»

8. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «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 περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων»

9. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

10. 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

Αριθμός Απόφασης Α195 / 2018

αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

11. Επειδή, συνακόλουθα, 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.

12. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, 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.

13. Επειδή, εν προκειμένω, επί του τέταρτου λόγου της υπό εξέταση προσφυγής, από μίαν απλή επισκόπηση της διακήρυξης του υπό κρίση

Αριθμός Απόφασης Α195 / 2018

διαγωνισμού, προκύπτουν τα εξής: Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 23.1 περί αποδεικτικών μέσων κριτηρίων επιλογής προβλέπεται ότι: «23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) του άρθρου 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α'75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις του άρθρου 22 Α της παρούσας, β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής τα οποία έχουν καθοριστεί, σύμφωνα με το άρθρο 22 Β-Ε της παρούσας. Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, μπορεί να ζητηθεί από τους προσφέροντες να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά της επόμενης παραγράφου, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας. Σε όλες τις περιπτώσεις, όπου περισσότερα από ένα φυσικά πρόσωπα είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου ενός οικονομικού φορέα ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτό, υποβάλλεται ένα Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ), το οποίο υπογράφεται, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, από κάθε ένα από τα ως άνω πρόσωπα. Η υποχρέωση υπογραφής αφορά όλα τα φυσικά πρόσωπα που αναφέρονται στο τελευταίο εδάφιο της παρ. 1 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016, ανά περίπτωση.»

14. Επειδή, κατά την έννοια των όσων προβλέπουν οι διατάξεις του άρθρου 79^Α του Ν. 4412/2016, ήτοι «1. Κατά την υποβολή του Ευρωπαϊκού Ενιαίου Εγγράφου Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του άρθρου 79, είναι δυνατή, με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία

Αριθμός Απόφασης Α195 / 2018

εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν. 2. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα για την εφαρμογή του παρόντος άρθρου, νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησης του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής ή το αρμοδίως εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης. 3. Το παρόν άρθρο εφαρμόζεται και για την υπογραφή του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) το οποίο εκδίδει η Ενιαία Ανεξάρτητη Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.).», λαμβανομένων υπόψη και των ισχυρισμών της προσφεύγουσας που δεν αντικρούστηκαν από την αναθέτουσα αρχή, η οποία δεν έστειλε Απόψεις επί του αιτήματος αναστολής της προσφεύγουσας, πιθανολογείται σοβαρά ότι ο εν λόγω όρος της διακήρυξης που απαιτεί επί ποινή αποκλεισμού να υπογράφεται το ΤΕΥΔ στο παράδειγμα της Ανώνυμης εταιρείας, όπως εν προκειμένω της προσφεύγουσας, από όλα τα μέλη του ΔΣ αυτής, παραβιάζει την διάταξη του άρθρου 79^Α του Ν. 4412/2016, προς βλάβη της προσφεύγουσας, για την οποία η πλήρωση της απαίτησης αυτής της διακήρυξης συνιστά κώλυμα συμμετοχής της στον ελεγχόμενο διαγωνισμό.

15. Επειδή, εφόσον εικάζεται ζημία της προσφεύγουσας από την εφαρμογή ενός όρου της διακήρυξης κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή εθνικού δικαίου και των αρχών που πρέπει να διέπουν τους διαγωνισμούς των δημοσίων συμβάσεων κατά τα άνω, σύμφωνα με τον τέταρτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής που εξετάζεται ανωτέρω, παρέλκει στο παρόν στάδιο η εξέταση για την πιθανολόγηση των λοιπών λόγων της προδικαστικής προσφυγής, οι οποίοι πάντως δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι.

16. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας τόσο του πιο πάνω εξετασθέντος λόγου της υπό κρίση προσφυγής, όσο και των λοιπών

Αριθμός Απόφασης Α195 / 2018

ισχυρισμών της προσφεύγουσας, απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, η οποία πάντως δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασής τους για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής - ενόψει και του μεγέθους του φακέλου της υπόθεσης. Σε κάθε δε περίπτωση για την αρτιότερη επί της ουσίας εξέταση της υπόθεσης αναμένεται και η αποστολή των επί της ουσίας απόψεων της αναθέτουσας αρχής, προκειμένου αυτές να συνεκτιμηθούν με τα λοιπά στοιχεία του φακέλου.

17. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η επίκληση βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως 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. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας σε βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

18. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε απόψεις, ούτε προκύπτουν ειδικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος για την αποφυγή έστω μικρής καθυστέρησης στην πρόοδο του διαγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου με την ταχεία διεξαγωγή και την

Αριθμός Απόφασης Α195 / 2018

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). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, πρέπει, για όλους τους πιο πάνω λόγους, να διαταχθεί η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής.

19. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής, λόγω διενέργειας της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της Προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι μη νόμιμα η Αναθέτουσα Αρχή διενεργεί τον υπό κρίση διαγωνισμό με μη σύννομους όρους, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας.

20. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας και, ιδίως, η αναστολή της αποσφράγισης των προσφορών, δεδομένου ότι η καταληκτική προθεσμία για την υποβολή τους παρήλθε, έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό εξέταση προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

24. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Αριθμός Απόφασης Α195 / 2018

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού και δη την αποσφράγιση προσφορών/αιτήσεων συμμετοχής του διαγωνισμού με α.α. ΕΣΗΔΗΣ 71698 για την ανάθεση του έργου «Αποκατάσταση βλαβών & επεμβάσεις τοπικού χαρακτήρα στο Πρωτεύον Αστικό Οδικό Δίκτυο Περιφέρειας Αττικής» συνολικού προϋπολογισμού 4.838.709,70 Ευρώ (χωρίς ΦΠΑ) και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, μόνον βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ ΑΤΤΙΚΗΣ» που εδρεύει επί της οδού Π. Τσαλδάρη αρ. 15 – τ.κ. 17676, όπως εκπροσωπείται νόμιμα

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 20-04-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ