

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει αυτεπαγγέλτως το ζήτημα άρσης του κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 κωλύματος σύναψης σύμβασης που γεννήθηκε από την από 4-7-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/632/9-7-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...LTD», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά του αναθέτοντος φορέα «... Α.Ε.», νομίμως εκπροσωπούμενου

Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση του κοινοποιηθέντος σε αυτόν από 25-6-2018, όπως βεβαιώνει στο με αρ. πρωτ. 5896/6.7.2018 Διαβιβαστικό του ο αναθέτων ενώπιον του οποίου υπεβλήθη σε φυσική μορφή η προσφυγή, υπ' αρ. ΔΥΠΜ-5399/22.6.2018 Πρακτικού Αξιολόγησης Υποφακέλου «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ-ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ», καθ' ο μέρος απεκλείσθη η προσφορά του, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης προμήθειας τηλεχειριζόμενων διακοπών φορτίου (CPV: ...), που διακηρύχθηκε με τη διακήρυξη ..., με εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία 19.924.050,00 ευρώ χωρίς προαιρέσεις και 29.886.075,00 άνευ ΦΠΑ με προαιρέσεις, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 25-4-2018 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ...την 30-5-2018.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η κατατεθείσα εγγράφως ενώπιον του αναθέτοντος φορέα την 4-7-2018 Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών μη ηλεκτρονικά διενεργούμενης διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης προμήθειας αγαθών αναθέτοντος φορέα, διεπόμενης από το Βιβλίο ΙΙ Ν. 4412/2016. Η δε εξ αυτής γεννώμενη διαφορά υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, άνω των ορίων περί ανάθεσης σύμβασης προμήθειας του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016 και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

2. Επειδή, (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 3,6,8/2017) εκ των διατάξεων του άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 παρ. 1 και 3 ΠΔ 39/2017 προκύπτουν τα εξής. Πρώτον, εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, δεύτερον, της διατύπωσης του όρου *“κατάλληλα μέτρα”* όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την *“καταλληλότητά”* τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, τρίτον, της παρ. 2 τόσο του άρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του άρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της *“καταλληλότητας”*, την επανόρθωση της εικαζόμενης παραβάσεως και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και τέταρτον, του ότι το άρ. 366 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και το άρ. 15 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 αναφέρουν ότι τα *“μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται”* στην έννοια των *“καταλλήλων μέτρων”*, συμπεραίνεται ότι το αρμόδιο για την εξέταση της Προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια Προσωρινά Μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του Προσφεύγοντος ή οιουδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής.

3. Επειδή, τα αναφερόμενα στη σκ. 3 περί του σκοπού των “καταλλήλων” προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του αρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του αρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκόμενων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την ακόλουθη έννοια. Το Κλιμάκιο κατά την κρίση του, δεν λαμβάνει υπόψη του μόνο την τυχόν επαπειλούμενη βλάβη του προσφεύγοντος, αλλά τη συνεκτιμά ως προς τα συμφέροντα οιοδήποτε τρίτου, συμπεριλαμβανομένων εξάλλου των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης), όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων. Επομένως, όσον αφορά την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου (όπως κατ’ αρ. 372 παρ. 4 εδ. ι’ Ν. 4412/2016, και αρ. 5 παρ. 5 εδ. α’ του προΐσχύσαντος Ν. 3886/2010) ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη του προσφεύγοντος (όπως κατ’ αρ. 52 ΠΔ 18/1989), αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Α62/2017). Πρώτον, πιθανολογείται το τυχόν προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο της Προσφυγής και η εξ αυτού δικαιολόγηση εφαρμογής του αρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, ζήτημα που προηγείται προφανώς κάθε περαιτέρω κρίσης περί τυχόν επιβολής προσωρινών μέτρων του αρ. 15 παρ. 1 και 2 ΠΔ 39/2017. Και τούτο διότι το προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο της προσφυγής, αποκλείει συγχρόνως και οιαδήποτε βάση χορήγησης προσωρινών μέτρων, αφού η παρακώλυση της περαιτέρω προόδου της διαδικασίας ένεκα της αναμονής εκδόσεως απορριπτικής απόφασης επί μιας εξ αρχής και προδήλως απορριπτέας προσφυγής, είναι εξ ορισμού ζημιογόνος για τα συμφέροντα των λοιπών πλην του προσφεύγοντος μερών, χωρίς όμως να παρέχει και στον τελευταίο κάποια

έννομης φύσης προστασία (η οποία προϋποθέτει έστω και καταρχήν δυνατότητα τελεσφόρησης της προσφυγής του), δεδομένου ότι η διάγνωση του προδήλως απορριπτέου της προσφυγής του αποκλείει και την ύπαρξη στο πρόσωπό του αξιοπροστάτευτου δικονομικού του δικαιώματος, που τυχόν διακινδυνεύεται από την πρόοδο της διαδικασίας. Δεύτερον, πιθανολογείται η ύπαρξη μιας μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των συμφερόντων που εμπλέκονται στη διαδικασία ανάθεσης, συμπεριλαμβανομένου τόσο αυτών του προσφεύγοντος, όσο και ακόμη και των έτερων μετεχόντων και ενδιαφερομένων για συμμετοχή στη διαδικασία, ανεξαρτήτως ενδιάμεσης εκ μέρους τους παρεμβάσεως. Τρίτον, σταθμίζεται η ως άνω συνολική ζημία που προκύπτει εκ της συνεχίσσεως της διαδικασίας επί του όλου των θιγομένων συμφερόντων, με την αντίστοιχη ζημία που δύναται να προκληθεί εκ της αναστολής της διαδικασίας. Τέταρτον, εξετάζεται το δυνητικό περιεχόμενο των προσωρινών μέτρων.

4. Επειδή (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 70/2018), κατ' άρ. 8 παρ. 3-5 ΠΔ 39/2017, που, ως ερειδόμενο στο άρ. 362 Ν. 4412/2016, ρυθμίζει εξαντλητικά και αυστηρά το ζήτημα του παραδεκτού τρόπου άσκησης της προδικαστικής προσφυγής, ορίζεται ότι «3. Η προσφυγή κατατίθεται στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και κοινοποιείται με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία ηλεκτρονικής καταχώρισης αυτής στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού. 4. Σε περιπτώσεις τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), η οποία πιστοποιείται από τη Διεύθυνση Ανάπτυξης και Υποστήριξης του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. της Γενικής Γραμματείας Εμπορίου και Προστασίας Καταναλωτή του Υπουργείου Οικονομίας, Ανάπτυξης και Τουρισμού, ή σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (e-mail). Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής θεωρείται η ημερομηνία παραλαβής της από την ΑΕΠΠ μέσω του ηλεκτρονικού ταχυδρομείου. Το αργότερο την επόμενη εργάσιμη ημέρα από την παραλαβή της προσφυγής, η ΑΕΠΠ ειδοποιεί ηλεκτρονικά τον προσφεύγοντα για την παραλαβή της προσφυγής και τον αριθμό πρωτοκόλλου αυτής. 5. Μέχρι την έναρξη λειτουργίας του

Αριθμός απόφασης: Α314/2018

συστήματος κατάθεσης προσφυγών μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ σύμφωνα με την προηγούμενη παράγραφο, η προσφυγή κατατίθεται εγγράφως στο πρωτόκολλο της ΑΕΠΠ ή με ταχυδρομική αποστολή επί αποδείξει ή με τηλεομοιοτυπία προς την ΑΕΠΠ. Ως ημερομηνία υποβολής της προσφυγής λογίζεται αντίστοιχα η ημερομηνία πρωτοκόλλησης ή η ημερομηνία του αποδεικτικού ταχυδρομικής αποστολής ή της αποστολής με τηλεομοιοτυπία.».

Δηλαδή, κατά τα παραπάνω, ο μόνος προβλεπόμενος καταρχήν τρόπος άσκησης της προδικαστικής προσφυγής είναι η ηλεκτρονική κατάθεση και συγκεκριμένα η υποβολή στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, αποκλειστικά δε κατ' εξαίρεση πρώτον στην περίπτωση τεχνικής αδυναμίας λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ, και δη μόνο αν αυτή πιστοποιείται από την οικεία Διεύθυνση του Υπουργείου Οικονομίας, δεύτερον στην περίπτωση που ο διαγωνισμός δεν διενεργείται δια ΕΣΗΔΗΣ, οπότε και η προσφυγή ασκείται και πάλι ηλεκτρονικά, αλλά αυτή τη φορά με αποστολή της δια μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ. Φυσική δε κατάθεση, ήτοι κατάθεση έντυπης προσφυγής στην υπηρεσία αποκλείεται σε κάθε περίπτωση, καθώς η μόνη τέτοια περίπτωση, δηλαδή αυτή της παραπάνω παρ. 5, είχε περιορισμένη χρονική ισχύ για το όλως σύντομο και ολιγοήμερο χρονικό διάστημα που η ΑΕΠΠ δεν διέθετε διεύθυνση ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, κατά την έναρξη λειτουργίας της και εκ μέρους της παραλαβής προσφυγών, τον Ιούνιο-Ιούλιο 2017, περίπτωση η οποία πλέον δεν συντρέχει. Εξάλλου, ακόμη και σε αυτή τη λήξασα πλέον περίπτωση, η προσφυγή ασκείτο ενώπιον της ΑΕΠΠ με φυσική κατάθεση στη δική της υπηρεσία ή ταχυδρομική αποστολή προς την τελευταία και όχι με κατάθεση στο πρωτόκολλο και την εν γένει υπηρεσία της αναθέτουσας, η οποία ουδέποτε υπήρξε προβλεπόμενος τρόπος άσκησης της προσφυγής. Ούτως, κάθε άλλος τρόπος κατάθεσης της προσφυγής πέραν της ηλεκτρονικής κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού αποκλείεται (πλην των δύο όλως ειδικών περιπτώσεων του άρ. 8 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, όπου και πάλι απαιτείται ηλεκτρονική άσκηση και δη ενώπιον της ΑΕΠΠ δια αποστελλόμενου από τον προσφεύγοντα προς αυτήν μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, οι οποίες περιπτώσεις δεν συντρέχουν εν προκειμένω) και αν η προσφυγή δεν ασκηθεί δια του ως άνω προβλεπόμενου κατ' άρ. 8 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, στη δεύτερη περίπτωση του οποίου, ήτοι ότι η διαγωνιστική διαδικασία

Αριθμός απόφασης: Α314/2018

δεν διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ, υπάγεται η προκείμενη υπόθεση, σε κάθε δε περίπτωση αν ασκηθεί φυσικώς, είτε ενώπιον της ΑΕΠΠ είτε, πολύ περισσότερο με κατάθεση ενώπιον της αναθέτουσας, η άσκησή της είναι εξαρχής και άνευ ετέρου απαράδεκτη. Όμως, η ως άνω, καθ' ερμηνεία του δικογράφου λαμβανόμενη υπόψη ως Προδικαστική Προσφυγή, κατατέθηκε σε φυσική, δηλαδή έντυπη μορφή στην υπηρεσία του αναθέτοντος και έλαβε αρ. πρωτ. 5812/4-7-2018 και όχι ηλεκτρονικά μέσω αποστολής μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ. Επομένως η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε απαραδέκτως.

5. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής δεν κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο για την άσκηση και το καταρχήν παραδεκτό της προσφυγής παράβολο, άνευ του οποίου ουδεμία εξέταση δύναται να χωρεί. Τούτο, αφού η αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. ενημερώνει ότι δεν εντόπισε παράβολο προς δέσμευση, ενώ και ο αναθέτων φορέας, ουδέν παράβολο διαβίβασε μαζί με την ούτως ή άλλως απαραδέκτως κατατεθείσα ενώπιον του προσφυγή. Συνεπώς, η προσφυγή ασκήθηκε και για αυτόν τον αυτοτελή λόγο, επιπλέον του έτερου συντρέχοντος λόγου απαραδέκτου της σκ. 3, απαραδέκτως (βλ. ενδεικτικά Απόφαση ΑΕΠΠ 6, 433/2018), ασχέτως δε ότι επιπλέον η Προσφυγή δεν ασκήθηκε στο προδιατυπωμένο κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 προδιατυπωμένο έντυπο και απευθύνθηκε στον αναθέτοντα φορέα (ενώπιον του οποίου κατατέθηκε εξάλλου).

6. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η Προδικαστική Προσφυγή προκύπτει ως προδήλως απαράδεκτη αυτοτελώς και σωρευτικά για κάθε ένα από τους λόγους των σκ. 4 και 5, αλλά και για αμφότερους συνδυαστικά. Επομένως, πληρούνται οι όροι του αρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 και συνεπώς αποκλείεται εξαρχής η όποια περαιτέρω εξέταση περί χορήγησης προσωρινών μέτρων, περαιτέρω πρέπει να διαταχθεί η άρση της αυτοδίκαιης εκ του νόμου αναστολής σύναψης σύμβασης.

7. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των παραπάνω πρέπει να διαταχθεί κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, η άρση του κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Διατάσει την κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 άρση του κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης συμβάσεως στην προκείμενη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10-7-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΚΟΚΚΑΛΗΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ