

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 3 Αυγούστου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη, Πρόεδρο και Εισηγητή, δυνάμει της με αριθμό 916/2018 Πράξης του ιδίου, 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 701/24-07-2018 Προδικαστική Προσφυγή της η Ανώνυμη Εταιρεία με την επωνυμία «...» και διακριτικό τίτλο «... ΑΕ», που εδρεύει στην ..., επί της οδού ... αρ. ..., και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα») στα πλαίσια της με ΑΔΑΜ: ... 2018-04-04 και α.α. ΕΣΗΔΗΣ ... διακήρυξης του Δήμου ... (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή») για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΔΥΤΙΚΗΣ ΧΕΡΣΑΙΑΣ ΖΩΝΗΣ ΛΙΜΕΝΑ ...», εκτιμώμενης αξίας 1.881.281,96 Ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) (εφεξής «διακήρυξη»), και κατά της υπ' αριθμ. 207/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του άνω Δήμου (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη») κατά το μέρος που απέκλεισε από τον διαγωνισμό την προσφορά του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα για τους λόγους που αναφέρονται στην ως άνω προσφυγή, προσφυγή κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ και χρεωθείσα στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 24.07.2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής

Αριθμός Απόφασης Α 347 / 2018

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «Δήμος ...» που εδρεύει στην ..., επί της ... αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ»).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα, επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 207/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του άνω Δήμου κατά το μέρος που την απέκλεισε από τον διαγωνισμό, 1) διότι η μη συμπλήρωση του ορίου ανεκτέλεστου στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε οφείλεται στην η ίδια την αναθέτουσα αρχή, η οποία στο ΕΕΕΣ που είχε αναρτήσει είχε απαλείψει το πεδίο της ενότητας Β παρ. 6 στο οποίο προβλέπεται σύμφωνα με την κατευθυντήρια οδηγία 23/13.2.2018 της ΕΑΑΔΗΣΥ να δηλώνουν οι ημεδαποί διαγωνιζόμενοι την μη υπέρβαση του ανεκτέλεστου 2) και μολονότι, εξαιτίας της έλλειψης αυτής, για να καλύψει την συγκεκριμένη απαίτηση, συνέταξε και υπέγραψε ψηφιακά δια του νόμιμου εκπροσώπου της στις 22.5.2018 και ώρα 10:10:58, ήτοι πριν την λήξη του χρόνου υποβολής των προσφορών, την από 22.5.2018 υπεύθυνη δήλωση στην οποία δήλωνε τα υπό εκτέλεση έργα που είχε το χρόνο διεξαγωγής του διαγωνισμού και το ανεκτέλεστο για καθένα από αυτά και ότι το ανεκτέλεστο υπόλοιπο δεν υπερβαίνει τα όρια ανεκτέλεστου που τίθενται στο άρθρο 20§4 του Ν. 3669/2008 (ΚΔΕ), προκειμένου εάν αναδεικνύετο προσωρινός ανάδοχος να την προσκόμιζε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης για να αποδείξει ότι πληρούσε το κριτήριο επιλογής του άρθρου 22.Γ της διακήρυξης. Επομένως η αναθέτουσα αρχή, λόγω της ασάφειας των εγγράφων της σύμβασης και συγκεκριμένα λόγω της απάλειψης του πεδίου Β του μέρους IV στο ΕΕΕΣ στο οποίο οι διαγωνιζόμενοι θα έπρεπε να δηλώσουν την μην υπέρβαση του ανώτατου ορίου του ανεκτέλεστου κατ' άρθρο 20§4 του Ν. 3669/2008, δεν θα έπρεπε να απορρίψει την προσφορά της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι η ερμηνεία των εγγράφων της σύμβασης δεν μπορεί να γίνεται εις βάρος καλόπιστου διαγωνιζόμενου, εφόσον η διοίκηση ήταν αυτή που όφειλε να

Αριθμός Απόφασης Α 347 / 2018

εκφραστεί σαφέστερα και εν προκειμένω όφειλε να μην είχε απολείψει την παράγραφο Β του μέρους IV στο ΕΕΕΣ, αλλά ώφειλε πριν τον αποκλεισμό της, αλλά και των λοιπών διαγωνιζομένων που αποκλείσθηκαν για τον ίδιο λόγο, να τους καλέσει κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016 να διευκρινίσουν ή να συμπληρώσουν την προσφορά τους, δεδομένου, άλλωστε, ότι η προσφεύγουσα είχε δηλώσει στο ΕΕΕΣ ότι πληροί το σύνολο των τασσόμενων κριτηρίων επιλογής.

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ζητεί την αναστολή εκτελέσεως της προσβαλλόμενης απόφασης έως την έκδοση της απόφασης επί της προσφυγής της, και να απαγορευτεί η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας.

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. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ποσού 9.406,40 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου 225563249958 0918 0028), που αντιστοιχεί στο αντιστοιχούν ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό του 1.881.281,96 € (χωρίς ΦΠΑ), 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

Αριθμός Απόφασης Α 347 / 2018

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 20-07-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1α του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 α του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προθεσμία άσκησης αυτής έληγε 10 ημέρες από την κοινοποίηση στην προσφεύγουσα της προσβαλλομένης πράξης, η οποία έλαβε χώρα, μέσω της διαλειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 12-07-2018 και ο προσφεύγων άσκησε την υπό εξέταση Προσφυγή με κατάθεσή της στον ίδιο ηλεκτρονικό τόπο, την 20-07-2018, ήτοι επομένως εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ.

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 δημοσίευσης της διακήρυξης της σχετικής σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ, που έλαβε χώρα στις 04-04-2018, 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 της προσβαλλόμενης πράξης, επικαλούμενη ότι μη νομίμως αποκλείστηκε από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία, ενώ η προσφορά της έπρεπε να γίνει δεκτή ή έστω να ζητηθούν διευκρινίσεις προτού η αναθέτουσα αρχή την απορρίψει, επομένως ασκεί την

Αριθμός Απόφασης Α 347 / 2018

Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη, εφόσον έχει υποβάλει προσφορά και, αν ήθελε γίνει δεκτή η προσφορά της, η προσφεύγουσα ως αναδειχθείσα πρώτη μειοδότης θα ανακηρυχθεί αυτή προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης.

6. Επειδή, μετά ταύτα, η Προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης που την απέκλεισε από τον διαγωνισμό και την απαγόρευση προόδου του μέχρις εκδόσεως Απόφασης επί της προσφυγής της.

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 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*

Αριθμός Απόφασης Α 347 / 2018

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 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

Αριθμός Απόφασης Α 347 / 2018

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, από μίαν απλή επισκόπηση της διακήρυξης, προκύπτουν τα εξής: Στις διατάξεις του άρθρου 2.1 της διακήρυξης με τίτλο: Έγγραφο της σύμβασης και τεύχη προβλέπεται ότι: *«2.1 Τα έγγραφα της σύμβασης, κατά την έννοια της περιπτ. 14 της παρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, για τον παρόντα ηλεκτρονικό διαγωνισμό, είναι τα ακόλουθα : α) η 18PROC002913401 2018-04-04 προκήρυξη σύμβασης όπως δημοσιεύθηκε στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΕΕΕΕ), ... γ) η παρούσα διακήρυξη, δ) το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) ...»*. Περαιτέρω, στις διατάξεις του άρθρου 22. Γ της διακήρυξης με τίτλο Οικονομική και Χρηματοοικονομική επάρκεια, μεταξύ άλλων, προβλέπεται: *«...Ειδικά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις που είναι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ, δεν θα πρέπει να υπερβαίνουν τα ανώτατα επιτρεπτά όρια ανεκτέλεστου υπολοίπου εργολαβικών συμβάσεων, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 20*

Αριθμός Απόφασης Α 347 / 2018

παρ. 4 του ν. 3669/2008, όπως ισχύει.». Έτι, περαιτέρω, στις διατάξεις του άρθρου 23.1 της διακήρυξης με τίτλο: αποδεικτικά μέσα κριτηρίων ποιοτικής επιλογής προβλέπεται ότι: «23.1 Κατά την υποβολή προσφορών οι οικονομικοί φορείς υποβάλλουν το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 79 παρ. 1 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.». Τέλος, στο αναρτημένο στο σύστημα σε μορφή αρχείων τύπου XML και PDF και αποτελούσε αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης σχέδιο ΕΕΕΣ, το οποίο σύμφωνα με τα ανωτέρω ώφειλαν οι διαγωνιζόμενοι να συμπληρώσουν και να υποβάλουν με την προσφορά τους, δεν φαίνεται να υπάρχει πεδίο για την συμπλήρωση δήλωσης περί μη υπέρβασης ορίου ανεκτελέστου, σύμφωνα με τα ανωτέρω.

14. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, πιθανολογείται ότι μετά την εισαγωγή του επίμαχου αρχείου του ΕΕΕΣ στην αντίστοιχη διαδικτυακή υπηρεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης δεν θα άνοιγε επιλογή για την συμπλήρωση δήλωσης περί μη υπέρβασης ορίου ανεκτελέστου υπό μορφή απάντησης σε προδιατυπωμένη ερώτηση σε κάποιο τμήμα/μέρος του ΕΕΕΣ. Επομένως δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι ο οικονομικός φορέας δεν θα μπορούσε να υποβάλει ΕΕΕΣ με την πιο πάνω διαδικασία, με την προσθήκη της επίμαχης δήλωσης και ότι για την παράλειψη αυτή δεν ευθύνεται ο ίδιος. Περαιτέρω, έχει κριθεί (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 196/2018 ότι αν η αναθέτουσα αρχή δεν έχει προηγουμένως επεξεργαστεί, σχεδιάσει, και προσαρμόσει το προσαρτηθέν πρότυπο ΕΕΕΣ κατά τρόπο ώστε, να περιέχει την ζητούμενη δήλωση, και μετά την εισαγωγή του στην

Αριθμός Απόφασης Α 347 / 2018

αντίστοιχη διαδικτυακή υπηρεσία της Ευρωπαϊκής Ένωσης, είτε να ανοίγει επιλογή για την συμπλήρωση της ζητούμενης δήλωσης υπό μορφή απάντησης σε προδιατυπωμένη ερώτηση σε κάποιο τμήμα/μέρος του ΕΕΕΣ είτε να ανοίγει ελεύθερη επιλογή για συμπλήρωση του ΕΕΕΣ με οποιαδήποτε επιπλέον δήλωση επιθυμεί ο υποβάλλον οικονομικός φορέας σε κάποιο τμήμα/μέρος του, η αναθέτουσα αρχή ώφειλε να παρέχει στους προσφέροντες που βλάπτονται από την πλημμέλεια αυτή, τη δυνατότητα να συμπληρώσουν την τυχόν ελαττωματική προσφορά τους. Συνεπώς, απαιτείται ενδελεχής εξέταση, η οποία πάντως δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

15. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, οι προβαλλόμενοι λόγοι της υπό εξέταση προσφυγής δεν παρίστανται ούτε προδήλως απαράδεκτοι ούτε προδήλως αβάσιμοι, μάλιστα συνομολογούνται και από την αναθέτουσα αρχή στις επί της προδικαστικής προσφυγής απόψεις της (βλ. αρ. παρψτ. 22202/30-07-2018 έγγραφο).

16. 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 προσφυγής 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.

Αριθμός Απόφασης Α 347 / 2018

17. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της που απέστειλε δεν προβάλλει αντίρρηση στην αναστολή του διαγωνισμού μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής, απεναντίας συνομολογεί την άνευ ευθύνης των διαγωνιζόμενων πλημμέλεια στον σχεδιασμό του σχεδίου ΕΕΕΣ, από το οποίο πράγματι έλλειπε το σχετικό πεδίο για την συμπλήρωση της επίμαχης δήλωσης περί μη υπέρβασης ανεκτέλεστου, υπολαμβάνει δε την με την προσφορά του προσφεύγοντος συνυποβληθείσα υπεύθυνη δήλωση περί μη υπέρβασης ανεκτελέστου ορίου, ως συννόμως υποβληθείσα διευκρίνιση, δυνάμει των διατάξεων του άρθρου 9 της διακήρυξης. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου με την ταχεία διεξαγωγή και την 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.

18. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος και της αναθέτουσας εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι της οριστικής κατακύρωσης, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α19/2017). Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της απόρριψης του πρώτου μειοδότη, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου κατακύρωσης σε έτερο διαγωνιζόμενο, τίθενται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της πρώτης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης σε έτερο διαγωνιζόμενο, προξενείται έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, εκθέτοντας εξάλλου αυτήν σε κίνδυνο άσκησης εκ μέρους του

Αριθμός Απόφασης Α 347 / 2018

τελευταίου και αποζημιωτικών αιτημάτων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 16/2017). Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της απόρριψης της προσφοράς του πρώτου μειοδότη, βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α55/2018). Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει η προσφυγή, ο νυν ανακηρυχθείς προσωρινός ανάδοχος θα έχει υποβληθεί ασκόπως στον φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή του αυτή πιθανόν να ακυρωθεί δια της εκδοθησόμενης Αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π., καθώς σε τέτοια περίπτωση θα έχει προβεί σε αφιέρωση πόρων και πιθανώς απώλεια επιχειρηματικών ευκαιριών προς τον σκοπό και με την εύλογη προσδοκία της υπό σύναψη συμβάσεώς του με την τελευταία, η οποία όμως θα ήταν εξαρχής αδύνατη εάν τελικώς γίνει δεκτή η προσφυγή, και απλώς παρέστη ως πιθανή και λίαν υλοποιήσιμη, ακριβώς λόγω των μη νομίμων πράξεων της αναθέτουσας που μεσολάβησαν μεταξύ των προσβαλλομένων και την έκδοση της απόφασης, ιδίως δε της σπουδής της για πρόοδο της διαδικασίας παρά το ενδεχόμενο ακυρώσεώς της σε προηγούμενο στάδιο. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 916/2018 Πράξεως του Προέδρου 2ου Κλιμακίου για την 21-8-2018, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα, στον νυν προσωρινό ανάδοχο, τον προσφεύγοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Εξάλλου, βάσει και των

Αριθμός Απόφασης Α 347 / 2018

ανωτέρω, ασχέτως του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο έχει αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

19. Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η διαδικασία και ο προσωρινός ανάδοχος να μην κληθεί και να μην προσκομίσει τα απαιτούμενα δικαιολογητικά και να μην χωρήσει η οριστική κατακύρωση της σύμβασης σε αυτόν. 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.

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

Για τους λόγους αυτούς

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

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού και δη την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο του διαγωνισμού με α.α. ΕΣΗΔΗΣ ... του Δήμου ... για την ανάδειξη αναδόχου του έργου

Αριθμός Απόφασης Α 347 / 2018

«ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΔΥΤΙΚΗΣ ΧΕΡΣΑΙΑΣ ΖΩΝΗΣ ΛΙΜΕΝΑ ...», εκτιμώμενης αξίας 1.881.281,96 Ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και την αποχή από την οριστική κατακύρωση της σύμβασης σε αυτόν, μέχρις εκδόσεως Απόφασης από την Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση Προσφυγής, μέσα στην αποκλειστική προθεσμία του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 03-08-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΟΛΓΑ ΘΑΝΟΥ