

Η

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

**1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Αυγούστου 2019 με την εξής σύνθεση:  
Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής,  
Πηνελόπη Ταμανίδα, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 12-8-2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1014/13-8-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 5-8-2019 με αρ. πρωτ. 4708/5-8-2019 και αρ. ....απόφασης του Προέδρου και Διευθύνοντος Συμβούλου του ως άνω αναθέτοντος, καθ' ο μέρος απεκλείσθη κατόπιν κρίσης περί μη επάρκειας των επανορθωτικών μέτρων του, από τον ανοικτό διανωνισμό για την ανάθεση της σύμβασης του έργου «.....», εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 144.000,00 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. ....διακήρυξη, η οποία και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..... την 24-4-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ..... την 24-4-2019.

Με το συνημμένο στην προσφυγή του αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων αιτείται την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως την έκδοση Απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα  
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ. ...., ποσού 720,00 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ». Η δε παρούσα εξέταση ερείδεται επί αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων, που επισυνάπτεται στην από 12-8-2019 εμπροθέσμως και μετά προδήλου εννόμου συμφέροντος ασκούμενη (κατ' άρ. 361 παρ. 1 περ. α' Ν.4412/2016) προσφυγή κατά της από 5-8-2019 κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα εκτελεστής πράξης απόφασης αποκλεισμού του προσφεύγοντος κατά το άρ. 73 παρ. 8 Ν. 4412/2016 περί ανεπάρκειας επανορθωτικών μέτρων του παρά τη συνδρομή λόγων αποκλεισμού του οικονομικού φορέα, κατόπιν σύμφωνης γνώμης της οικείας Γνωμοδοτικής Επιτροπής του άρ. 73 παρ. 8-9 Ν. 4412/2016, σε διαδικασία που κατά το ποσό εκτιμώμενης αξίας της και δημοσίευσής της στο ΚΗΜΔΗΣ υπάγεται καταρχήν στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Ο δε προσφεύγων επικαλείται ότι η εκ του νόμου επιφυλασσόμενη αρμοδιότητα περί κρίσεως επί μέτρων αυτοκάθαρσης ιδρύει υπερβολικά ευρεία διακριτική ευχέρεια χωρίς περιορισμό περί του πότε τα μέτρα μπορούν να θεωρηθούν επαρκή ή μη, περαιτέρω δε ότι η προσβαλλομένη είναι όλως ανατιολόγητη και ελλιπής και δεν έλαβε χώρα ad hoc αξιολόγηση τους, ενώ περαιτέρω ισχυρίζεται ότι το άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 περί συνδρομής αδιακρίτως σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος δια της επιβολής 3 κυρώσεων της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται ως υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας εντός της τελευταίας τριετίας χωρίς διαβάθμιση κατά το μέγεθος και τον αριθμό των απασχολουμένων στην επιχείρηση, αντίκειται στις θεμελιώδεις συνταγματικές αρχές της αναλογικότητας και της ίσης μεταχείρισης.

2. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται ακόμη και σε αυτεπάγγελτη εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του άρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω Προσφυγής, βάσει της ρητής οικείας ευχέρειας που απονέμει το άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόν παρεμβαίνοντος ή της αναθέτουσας. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων, όπως κρίθηκε και στην Απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3/2017 (σκέψη 2), προκύπτει 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 οιοδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής. Επειδή δε, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 της ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017 περί του σκοπού των “καταλλήλων” προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του άρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του άρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκόμενων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την έννοια κατά την ως άνω μνημονευθείσα εξάλλου Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017, ότι το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, αναφέρεται 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, ήτοι πρώτον την κρίση περί τυχόν προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου της Προσφυγής, με την πιθανολόγηση επί του προδήλως αβασίμου να αφορά την έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία νομικού πλαισίου, δεύτερον την πιθανολόγηση συνδρομής μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των εμπλεκόμενων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, τρίτον τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την όποια ζημία που δύναται να προκληθεί από το προσωρινό μέτρο

και τέταρτον την εξέταση του περιεχομένου των μέτρων με πρόκριση εκείνων που είναι κατάλληλα για την αποτροπή της ζημίας και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως με την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (βλ. και Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 3,6 και 8/2017). Περαιτέρω (Απόφαση ΑΕΠΠ 7μελούς Α299/2019) η εξέταση χορήγησης προσωρινών μέτρων επιτελεί ρόλο, αντίστοιχο με αυτόν της προσωρινής διαταγής στο πλαίσιο της προσωρινής δικαστικής προστασίας, όπως προκύπτει εκ του ιδιαίτερα περιορισμένου χρονικού διαστήματος για την έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων (10 ημέρες από την επομένη της χρέωσης στο Κλιμάκιο κατ' άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017) και την εκ του νόμου εξάρτηση της Απόφασης περί χορήγησης ή μη προσωρινών μέτρων από το στοιχείο της ζημίας των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Α77/2018). Σκοπεί δε στον συγκεκριισμό της ταχύτητας με την αποτελεσματικότητα, δια της αποτροπής δημιουργίας τετελεσμένων που θα καταστήσουν εν τέλει την προδικαστική προστασία αλυσιτελή για τον προσφεύγοντα (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016) ή και θα επιφέρουν βλάβη και καθυστερήσεις για την αναθέτουσα και τους έτερους ενδιαφερομένους δια της ακάθεκτης προόδου ενός διαγωνισμού, ο οποίος κινδυνεύει να ακυρωθεί εξ υπαρχής. Ως εκ τούτου, ο όποιος έλεγχος περί του παραδεκτού ή του βασίμου της προσφυγής επί αιτήματος χορήγησης προσωρινών μέτρων, λαμβάνει χώρα σε συνάρτηση με την κατ' άρ. 15 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, επαπειλούμενη βλάβη σε συμφέροντα τρίτων από την άσκηση προσφυγής ήδη προδήλως απορριπτέας. Τέτοια βλάβη όμως δεν δύναται ούτε ως ή άλλως να προκύψει όταν το προσωρινό μέτρο εκ του ιδίου του περιεχομένου του, δεν μπορεί να προξενήσει κίνδυνο στη διαδικασία ή σε συμφέροντα τρίτων. Περαιτέρω, και αυτός ακόμη ο ως άνω έλεγχος, όταν καταρχήν υφίσταται εκ του προσωρινού μέτρου μια καταρχήν βλάβη σε συμφέρον τρίτου, περιορίζεται, λόγω της κατά τα ως άνω φύσης και σκοπού της διαδικασίας προσωρινών μέτρων ενώπιον της ΑΕΠΠ, σε πρόδηλα διαδικαστικά σφάλματα ή έλλειψη οιασδήποτε νομικής ή ουσιαστικής βάσης, τέτοιου είδους ώστε να μην απαιτείται επιστάμενη και αναλυτική κρίση και αιτιολογία της Απόφασης της ΑΕΠΠ ούτε μια έστω καταρχήν ερμηνεία του συναφούς νομοθετικού πλαισίου.

**3.** Επειδή, κατά τα ανωτέρω και δεδομένων των ουσιαστικών και

κρίσιμων ζητημάτων παραδεκτού και βασίμου της ως άνω προσφυγής, τα οποία τίθενται συνεπεία της φύσης της προσβαλλομένης πράξης, της διαδικασίας που αφορά και εκ της οποίας παρήχθη ως και του αντικειμένου των προβλέψεων του άρ. 73 παρ. 7-9 Ν. 4412/2016, αλλά και των περί συνταγματικότητας των οικείων διατάξεων και αρμοδιοτήτων των οικείων κατά νόμο αρμοδίων οργάνων, ισχυρισμών του προσφεύγοντος, προκύπτει ότι τα ζητήματα αυτά, τα οποία εξάλλου εν πολλοίς δεν έχουν ποτέ κριθεί από την ΑΕΠΠ, χρήζουν διεξοδικής κρίσης στο πλαίσιο εξέτασης αυτής καθαυτής της προσφυγής (και όχι στο πλαίσιο της όλως κατά νόμο επιταχυμένης και σκοπούσας στην αποτροπή άμεσου κινδύνου, διαδικασίας εξέτασης του αιτήματος προσωρινών μέτρων), η οποία εκ του νόμου δεν είναι δυνατόν να λάβει χώρα εντός του απώτατου για την έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων διαστήματος δέκα ημερών από τη χρέωση της προσφυγής στον αρμόδιο σχηματισμό της ΑΕΠΠ, κατά το άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017 (Απόφαση ΑΕΠΠ 7μελούς 299/2019). Σε κάθε περίπτωση, δεν δύναται να διαγνωσθεί στα όλως περιορισμένα πλαίσια της προσωρινής προστασίας ενώπιον της ΑΕΠΠ και λόγω και της ως άνω φύσης των ζητημάτων που προκύπτουν εκ της προσφυγής, τυχόν προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο αυτής, με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατή η εφαρμογή του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017. Ενδιαμέσως δε, πρέπει να προστατευθούν τα συμφέροντα του προσφεύγοντος ως αποκλεισθέντος που διακινδυνεύεται από την περαιτέρω πρόοδο της διαδικασίας άνευ συμμετοχής του πριν την κρίση περί του νομίμου του αποκλεισμού του, αλλά και του αναθέτοντος και κάθε τρίτου, από οιονδήποτε άμεσο και κατεπείγοντα κίνδυνο προκύψει εκ της ίδιας της συνέχισης της διαδικασίας, ιδίως δε ενόψει του κινδύνου που προκύπτει αν τυχόν προχωρήσει η διαδικασία με τη συμμετοχή των λοιπών διαγωνιζομένων και εν τέλει κριθεί πως μη νομίμως απεκλείσθη ο προσφεύγων, με συνέπεια αφενός να είναι πιθανή η ενδιάμεση δημιουργία νέων διαφορών στα επόμενα στάδια (η οποία θα περιπλέξει υπέρμετρα την πρόοδο της διαδικασίας, μεσούσης της εξέτασης περί του νομίμου ή μη χαρακτήρα του αποκλεισμού του προσφεύγοντος), αφετέρου οι λοιποί μετέχοντες και τα όργανα του αναθέτοντος να διακινδυνεύουν να υποβληθούν άσκοπα και πρόωρα στον φόρτο και τις υποχρεώσεις, ως και τις διαδικασίες των επομένων σταδίων της διαδικασίας,

ενώ εξάλλου, επιπλέον υφίσταται και κίνδυνος από την ενδιάμεση αποσφράγιση και των οικονομικών προσφορών προ κρίσης περί του αποκλεισμού του προσφεύγοντος, συνθήκη, που αν εν τέλει η προσφυγή γίνει δεκτή, ενδέχεται να οδηγήσει τον διαγωνισμό σε ματαίωση.

4. Επειδή, εξάλλου, το μόνο πρόσφορο για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφέροντων του συνόλου των μερών από ενδεχόμενη ενδιάμεση βλάβη, μέτρο είναι η προσωρινή αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την έκδοση Απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προσφυγής και δη υπό την έννοια της ενδιάμεσης προσωρινής παύσης κάθε προόδου σε επόμενα στάδια και της αποχής του αναθέτοντος και των οργάνων του από κάθε σχετική περαιτέρω ενέργεια ως προς τη διαγωνιστική διαδικασία. Δια της δε χορήγησης των προσωρινών μέτρων με το ως άνω περιεχόμενο και ενόψει του όλως συντόμου χρόνου εξέτασης της Προσφυγής που ήδη έχει οριστεί με την Πράξη 1269/2019 για την 29-8-2019, αφενός προστατεύεται ο προσφεύγων από όποια τυχόν επικαλούμενη βλάβη ή κίνδυνό του ενδέχεται να απορρεύσει από την ενδιάμεση πρόοδο της διαδικασίας, αφετέρου εξυπηρετούνται τα εύλογα συμφέροντα του αναθέτοντος φορέα και των ενδιαφερομένων για συμμετοχή στην προσβαλλομένη διαδικασία προς την ταχύτερη δυνατή πρόοδό της και επίλυση της διαφοράς υπό καθεστώς ασφάλειας δικαίου, χωρίς να συντρέχει, κατ' άρ. 15 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, κανένας κίνδυνος ή ζημία για έτερο μέρος ή το ευρύτερο δημόσιο συμφέρον, αφού δεδομένου και του όλως σύντομου χρόνου για την περάτωση της εξέτασης προσφυγής, ούτως ή άλλως, δεν προκύπτει εκ μόνης της αποδοχής του αιτήματος προσωρινής προστασίας, οιαδήποτε καθυστέρηση ούτε βλάβη ή κίνδυνος προς το δημόσιο συμφέρον.

5. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η Αίτηση Λήψης Προσωρινών Μέτρων και να διαταχθούν Προσωρινά Μέτρα με το περιεχόμενο που αναφέρεται στην αμέσως προηγούμενη σκέψη.

**ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Δέχεται το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη επί κάθε επόμενου σταδίου της, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Διατάσσει τον αναθέτοντα φορέα και όλα τα σχετιζόμενα με τη διαγωνιστική διαδικασία όργανα αυτού, όπως άμεσα ανακαλέσουν και ματαιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφαση και εν γένει ενέργειά τους περί την καθ' οιονδήποτε τρόπο πρόοδο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14-8-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΑΓΓΕΛΙΚΗ ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ    ΑΣΗΜΑΚΟΠΟΥΛΟΣ ΚΩΝ/ΝΟΣ**