

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 30.01.2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Σταυρούλα Κουρή και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 20.01.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/54/21.01.2020 της κοινοπραξίας με την επωνυμία «*****», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της ΔΗΜΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ ***** [εφεξής αναθέτων φορέας].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 629/07.12.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του αναθέτοντος φορέα, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο της από 22.03.2019 και με ΑΔΑΜ: ***** Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Αναβάθμιση Η/Μ έργων αντλιοστασίων ακαθάρτων Δ.Ε. Ιαλυσού». Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα κοινοπραξία επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής, ήτοι την αναστολή της επαναπροκήρυξης του εν λόγω Διαγωνισμού.

2. Επειδή, με την από 22.03.2019, με ΑΔΑΜ:***** και Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ***** Διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός, με αντικείμενο την «Αναβάθμιση Η/Μ έργων αντλιοστασίων ακαθάρτων Δ.Ε. Ιαλυσού», συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 4.193.900,00€ πλέον ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας - τιμής. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 03.05.2019 και ώρα 15.00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 09.05.2019 και ώρα 09.00 π.μ. Στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν 3 οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα η προσφεύγουσα κοινοπραξία και οι οικονομικοί φορείς «*****» και «*****». Με την υπ' αριθμ. 409/16.07.2019 απόφαση του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα εγκρίθηκε το από 11.06.2019 Πρακτικό της Γνωμοδοτικής Επιτροπής, απορρίφθηκαν οι προσφορές των οικονομικών φορέων «*****» και «*****» και έγινε δεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας. Με την υπ' αριθμ. 460/30.07.2019 απόφαση του Δ.Σ. του αναθέτοντος φορέα η προσφεύγουσα αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος και κλήθηκε να υποβάλει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Με την υπ' αριθμ. 470/01.08.2019 όμοια απόφαση, η προσφεύγουσα αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος. Με την υπ' αριθμ. 914/21.10.2019 πράξη του Ε' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου ο έλεγχος νομιμότητας του αποσταλέντος σχεδίου σύμβασης απέβη θετικός. Ωστόσο ο αναθέτων φορέας με την υπ' αριθμ. 629/07.12.2019 απόφασή του (προσβαλλόμενη πράξη), αποφάσισε κατά πλειοψηφία τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας, εγκρίνοντας την εξής Εισήγηση του Γενικού Διευθυντή: *«Με βάση το παραπάνω ιστορικό του εν θέματι έργου, έχοντας υπόψη τις διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας και ιδία εκείνες του άρθρου 317 του ν.4412/2016 ως ισχύει και λαμβάνοντας υπόψη ότι: 1/. Δεν έχει κοινοποιηθεί στον υποψήφιο Ανάδοχο το Πρακτικό Ελέγχου Δικαιολογητικών Κατακύρωσης και Κατακύρωσης του Διαγωνισμού και άρα δεν έχουν αναληφθεί νομικές δεσμεύσεις έναντι αυτού. 2/. Η νέα Διοίκηση της ***** που ανέλαβε τα καθήκοντά της στις 09.10.2019 μελετώντας τον φάκελο του έργου, θεωρεί ότι υπάρχουν βάσιμοι λόγοι αλλαγής του τεχνικού σχεδιασμού*

του έργου αλλά και της διαδικασίας υλοποίησής του. Ειδικότερα ως προς τον τεχνικό σχεδιασμό, με την προταθείσα τεχνική λύση επιδιώκεται απλά η αναβάθμιση του εξοπλισμού αλλά και ορισμένων δομικών στοιχείων των υφιστάμενων αντλιοστασίων λυμάτων, χωρίς όμως να θίγεται η βασική φιλοσοφία σχεδιασμού τους, το ότι δηλαδή αποτελούν αντλιοστάσια υγρών θαλάμων, εντός του των οποίων είναι τοποθετημένο το σύνολο των αντλιών, των υδραυλικών στηλών τους και των κολλεκτέρ συμβολής. Το πρόβλημα της εξοιουδήποτε λόγου αστοχίας λειτουργίας των αντλιοστασίων (βλάβες ΔΕΗ, βλάβες Η/Ζ, βλάβες αντλιών, ηλεκτρικών πινάκων, κλπ) προκαλεί τον πλημμύρα του συνόλου των χώρων του αντλιοστασίου και την υπερχειλίση των λυμάτων στο περιβάλλον, με όλες τις σχετικές συνέπειες (περιβαλλοντικές, νομικές, κλπ) χωρίς τη δυνατότητα ταχείας και εύκολης αντιμετώπισης της αστοχίας, πράγμα που θα συνέβαινε αν για παράδειγμα με την τεχνική λύση προβλέπονταν ξηρός θάλαμος τοποθέτησης των φυγοκεντρικών αντλιών λυμάτων και των υδραυλικών στοιχείων τους που θα μπορούσαν να επισκευασθούν/αντικατασταθούν ανεξάρτητα της πλημμύρας και τυχόν υπερχειλίσης του υγρού θαλάμου. Παράλληλα ο νέος σχεδιασμός οφείλει να εκμηδενίζει τον κίνδυνο υπερχειλίσης λυμάτων στο περιβάλλον σε περίπτωση μερικής ή καθολικής αστοχίας ενός οποιουδήποτε αντλιοστασίου, λαμβανομένου μάλιστα υπόψη του έντονου τουριστικού χαρακτήρα της περιοχής και της ευαισθησίας του αποδέκτη που δεν είναι άλλος από τον κλειστό κόλπο της Ιξιάς. Αυτό μπορεί να διασφαλισθεί σε μεγάλο βαθμό με την κατασκευή μόνιμων δικτύων παράκαμψης (by-pass) κάθε αντλιοστασίου και επανυπολογισμού του μεγέθους (παροχή, ισχύς, μανομετρικό) του σετ εφεδρικών αντλιών (εφεδρεία στο 100%), ώστε να μπορούν να οδηγηθούν τα λύματα απευθείας στο επόμενο από το βλαβέν αντλιοστάσιο, αποκλείοντας έτσι την υπερχειλίση του και επιτρέποντας την άνετη αποκατάσταση της βλάβης ή ακόμα και της αναγκαίας συντήρησης, η οποία με την εγκριθείσα λύση θα πρέπει να γίνεται σε συνθήκες λειτουργίας του αντλιοστασίου. Τέλος ο νέος σχεδιασμός προβλέπει ριζική αλλαγή της φιλοσοφίας λειτουργίας του έργου. Πιο συγκεκριμένα τα λύματα που καταλήγουν στα αντλιοστάσια Α/Σ1 και Α/Σ2 κατ' ελάχιστον, σήμερα οδηγούνται

μέσω μιας διαδρομής δικτύων μήκους 15km περίπου στην ΕΕΛ Ρόδου, επιβαρύνοντας το όλο σύστημα με μεγάλη ενεργειακή δαπάνη λειτουργίας και προκαλώντας αύξηση του ποσοστού αστοχίας του συστήματος, ενώ μπορούν να οδηγηθούν με μικρής δαπάνης έργο δικτύου σε απόσταση 3,5km περίπου στην υφιστάμενη ΕΕΛ Κρεμαστής και με πολύ μικρότερα μανομετρικά ύψη λειτουργίας. Η αλλαγή αυτή θα αποσυμφορήσει το υφιστάμενο σύστημα μεταφοράς, την ΕΕΛ Ρόδου και επιπλέον θα επιφέρει σοβαρή εξοικονόμηση λειτουργικών δαπανών στη *****.

Ως προς τη διαδικασία υλοποίησης του έργου, θεωρούμε ότι ο χρόνος ολοκλήρωσης του έργου (24 μήνες) σε σχέση με την ανάγκη επείγουσας αποκατάστασης της λειτουργικής ικανότητας των αντλιοστασίων, έστω κι αν αυτή δεν γίνει με την «πολυτέλεια» της δημοπρατηθείσας μελέτης, είναι υπερβολικά μεγάλος. Τα συγκεκριμένα αντλιοστάσια λειτουργικά βρίσκονται σε οριακό σημείο και πρέπει να καταστούν πλήρως λειτουργικά αν είναι δυνατόν πριν την έναρξη της νέας τουριστικής περιόδου (Μάιος του 2020). Επίσης ως προς τη διαδικασία υλοποίησης του έργου, θεωρούμε ως άστοχη την αλλαγή του κριτηρίου ανάθεσης που για το συγκεκριμένο έργο είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής, ενώ για το σχεδόν ταυτόσημο έργο «ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ Η/Μ ΕΡΓΩΝ ΑΝΤΛΙΟΣΤΑΣΙΩΝ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ Δ.Ε. ΚΑΛΛΙΘΕΑΣ» που ήδη εκτελείται με ευρωπαϊκούς και όχι εξ' ιδίων πόρους, κριτήριο ανάθεσης ήταν η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Επιπλέον για το εν θέματι έργο, το οποίο είναι κατεπείγον και χρηματοδοτείται από ίδιους πόρους της*****, θα περίμενε κανείς το αντικείμενο του έργου να είχε περιορισθεί στο ελάχιστο αναγκαίο ώστε να είναι εφικτή η κάλυψη των δαπανών του από ίδιους πόρους της ***** (ζήτημα στο οποίο θα επανέλθουμε στη συνέχεια). Συνεπώς θεωρούμε ότι δεν υπάρχει η αναγκαιότητα των προαιρέσεων που έχουν συμπεριληφθεί στους όρους του διαγωνισμού και οι οποίες μάλιστα σύμφωνα με την 470/01.08.2019 Απόφαση του ΔΣ ασκήθηκαν α ρισορί, πριν δηλαδή ολοκληρωθεί το έργο και πριν ολοκληρωθεί η προβλεφθείσα στη συνέχεια 24μηνια λειτουργία του. 3/. Το προσφερθέν μέσο ποσοστό έκπτωσης 22,08% για

το έργο, 12,29% για τις υπηρεσίες και 6,37% για τις προαιρέσεις, δεν θεωρείται συμφέρουσα προσφορά για τη *****, από οικονομική άποψη. Οι συνθήκες ανταγωνισμού στο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατά την κρίση μας ήταν μειωμένες, δεδομένου ότι κατ' ουσία ανοίχτηκε μόνο μια οικονομική προσφορά λόγω αποκλεισμού των άλλων δύο εταιρειών που συμμετείχαν στο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής. Στο σχεδόν ταυτόσημο έργο «ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ Η/Μ ΕΡΓΩΝ ΑΝΤΛΙΟΣΤΑΣΙΩΝ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ Δ.Ε. ΚΑΛΛΙΘΕΑΣ» που εκτελείται από την ίδια εταιρεία, η έκπτωση που προσφέρθηκε ήταν της τάξης του 54,91%. 4/. Στα προηγούμενα θέματα της σημερινής ημερήσιας διάταξης (Τεχνικό Πρόγραμμα 2020 και Προϋπολογισμός 2020), αναλύθηκε η πραγματική οικονομική κατάσταση της επιχείρησης και οι προοπτικές της, που είναι επιεικώς δυσοίωτες. Κύριος λόγος οι λογιστικές εγγραφές εξωπραγματικών εσόδων που η πορεία υλοποίησης του προϋπολογισμού του 2019 αλλά και των προηγούμενων ετών κατέδειξε ότι είναι πρακτικά αδύνατο να εισπραχθούν. Αν η ταμιακή ρευστότητα της επιχείρησης δεν έχει καταρρεύσει μέχρι σήμερα, αυτό οφείλεται κυρίως σε δύο παράγοντες. Ο πρώτος είναι ότι το μαξιμαλιστικό τεχνικό πρόγραμμα του 2019 (κυρίως εξ ιδίων πόρων) ύψους εγκρίσεων 37.003.594,61€, υλοποιήθηκε σε ποσοστό 11,13% (πληρωμές 3.061.880,61€ μέχρι 28/11/2019). Ο δεύτερος είναι, ότι πολλές υποχρεώσεις προς τρίτους, απλώς δεν πληρώθηκαν. Παρά ταύτα εκτιμάται ότι η Επιχείρηση θα παρουσιάσει ταμιακό «άνοιγμα» στο τέλος του χρόνου άνω των 3.000.000,00€. Τα παραπάνω συνθέτουν μια πλασματική εικόνα ικανοποιητικής ταμιακής ρευστότητας της Επιχείρησης που στην πράξη θα βρεθεί σε πλήρη αδυναμία εξυπηρέτησης των απαιτήσεων έργων χρηματοδοτούμενων εξ' ιδίων πόρων. Αυτός είναι και ο λόγος που υπεβλήθη για ψήφιση ένα σχετικά λιτό τεχνικό πρόγραμμα για το 2020 κι ένας εξ' ίσου λιτός προϋπολογισμός που ωστόσο κατά την κρίση μας εξακολουθεί να περιγράφει μια εικονική πραγματικότητα, τουλάχιστον ως προς το σκέλος των εσόδων, μόνο και μόνο για να παρουσιασθεί ο προϋπολογισμός ισοσκελισμένος. Είναι λοιπόν προφανές ότι στην πράξη η ***** θα βρεθεί σε προφανή αδυναμία να υποστηρίξει την υλοποίηση του έργου με ίδιους πόρους, ενώ εναλλακτικά θα

είναι πιο εφικτό να αποκαταστήσει τη λειτουργική ικανότητα των αντλιοστασίων με πολύ λιγότερους πόρους, κερδίζοντας ταυτόχρονα τον αναγκαίο χρόνο για τη μελέτη των νέων τεχνικών σχεδιασμών και την εξεύρεση χρηματοδοτικών εργαλείων για την υλοποίησή τους. 5/. Για όλους τους παραπάνω κατ' ελάχιστον λόγους, εισηγούμαι την ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας που βρίσκεται σε εξέλιξη και αφορά στην ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης του έργου «ΑΝΑΒΑΘΜΙΣΗ Η/Μ ΕΡΓΩΝ ΑΝΤΛΙΟΣΤΑΣΙΩΝ ΑΚΑΘΑΡΤΩΝ Δ.Ε. ΙΑΛΥΣΟΥ»».

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό*****, ποσού ευρώ δεκαπέντε χιλιάδων (€15.000,00), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 4.193.900,00€ πλέον ΦΠΑ), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 08.01.2020.

6. Επειδή, η αιτούσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, έχει υποβάλει προσφορά και έχει αναδειχθεί οριστική ανάδοχος, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από

τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και μάλιστα στο στάδιο κατά το οποίο επρόκειτο να συναφθεί η σύμβαση.

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα κοινοπραξία ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί για τους εξής λόγους: 1) Λόγω μη τήρησης ουσιώδους τύπου, επειδή δεν προηγήθηκε γνωμοδότηση του αρμόδιου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού συλλογικού οργάνου. 2) Λόγω του χρόνου έκδοσης της απόφασης οριστικής κατακύρωσης και της επικύρωσής της από το Ε' Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η εν λόγω απόφαση ήταν δεσμευτική για τον αναθέτοντα φορέα και, ότι λόγω μη συνδρομής απρόβλεπτων και αιφνίδιων περιστατικών, η αμφισβήτηση της σκοπιμότητας των όρων της υπό ανάθεση σύμβασης δεν λαμβάνει χώρα επικαίρως. 3) Ότι, κατ' αναλογική εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 103 παρ. 6 του Ν. 4412/2016 για το Βιβλίο ΙΙ, στο συγκεκριμένο στάδιο δεν προκύπτουν άλλοι λόγοι ματαίωσης, πλην των περιοριστικώς απαριθμούμενων στο συγκεκριμένο άρθρο και ότι δεν τυγχάνει εφαρμογής το άρθρο 317, επειδή η σύνθετη διοικητική ενέργεια του διαγωνισμού έχει ήδη ολοκληρωθεί με την οριστική κατακύρωση. 4) Ότι παραβιάστηκε η αρχή της εμπιστοσύνης του διοικουμένου, γιατί οι οικονομικοί φορείς αναλώνουν χρόνο και πόρους για τη συμμετοχή τους σε διαγωνιστικές διαδικασίες, η ματαίωσή τους δεν μπορεί να είναι καταχρηστική και οι λόγοι που προβλήθηκαν για την αστοχία της μελέτης δεν εμφιλοχώρησαν μετά την 19.11.2019, κατά την οποία έλαβε χώρα η τελευταία θετική πράξη που κατατείνει στη σύναψη της σύμβασης. 5) Ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι αναιτιολόγητη. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα επιχειρεί να αποδομήσει τις αναφορές της προσβαλλόμενης πράξης στη μεταβολή του τεχνικού σχεδιασμού, στην αλλαγή της φιλοσοφίας, στον χρόνο υλοποίησης του έργου,

στην αναγκαιότητα των προαιρέσεων, στο ποσοστό έκπτωσης, στην επικαλούμενη έλλειψη ανταγωνισμού, στη σύγκριση με άλλα παρεμφερή έργα και στην τεχνική αδυναμία του αναθέτοντος φορέα να εισπράξει τις απαιτήσεις του. Οι αναλυτικοί ισχυρισμοί με τους οποίους επιχειρείται η στοιχειοθέτηση των προαναφερόμενων λόγων θα αναπτυχθούν κατά την εξέταση της υπό κρίση Προσφυγής.

9. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τις υπ' αριθμ. 667/29.01.2020 Απόψεις ισχυρίζεται ότι η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της, αντικρούοντας του προβαλλόμενους λόγους ως εξής: 1) Ο αναθέτων φορέας ισχυρίζεται ότι εν προκειμένω έχει γνωμοδοτήσει το αρμόδιο κατά νόμο όργανο. 2) Ότι ο δεύτερος λόγος προβάλλεται απαραδέκτως, επειδή οι πράξεις του ΔΣ της ΔΕΥΑ δεν αποτελούν εκτελεστές διοικητικές πράξεις και ομοίως οι πράξεις του Κλιμακίου του Ε.Σ. στο πλαίσιο του προσυμβατικού ελέγχου δεν αποτελούν δικαστικές αποφάσεις. Επίσης, ότι προβάλλεται αλυσιτελώς και είναι αβάσιμος, επειδή εδράζεται στην προϋπόθεση ότι η ματαίωση του διαγωνισμού μπορεί να λάβει χώρα μόνο σε περίπτωση παράτυπης διεξαγωγής, μη λαμβανομένων υπόψη των λοιπών λόγων του άρθρου 317 του Ν. 4412/2016. 3) Ότι η προσφεύγουσα επιχειρεί *contra legem* ερμηνεία του άρθρου 103 παρ. 6, ότι οι λοιποί λόγοι ματαίωσης του διαγωνισμού του άρθρου 317 εφαρμόζονται και στο παρόν στάδιο και ότι μόνη χρονική προϋπόθεση για την εφαρμογή τους είναι να μην έχει συναφθεί η σύμβαση, παραπέμποντας στις προϋποθέσεις του άρθρου 316 παρ. 3. 4) Ότι ο ισχυρισμός περί παραβίασης της αρχής της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης είναι αβάσιμος, καθώς ο αναθέτων φορέας μπορεί να ματαιώσει έως την κοινοποίηση της κατακυρωτικής απόφασης, ακόμη και στις περιπτώσεις που μόνο ένας υποψήφιος αναδεικνύεται ικανός να αναλάβει τη σύμβαση. Ότι εν προκειμένω η προσφεύγουσα δεν ανέλαβε κινδύνους πέραν των εγγενών στις σχετικές δραστηριότητες και ότι η μεταβολή του τεχνικού και οικονομικού σχεδιασμού του έργου έχει αιτιολογηθεί. 5) Ότι η διακριτική ευχέρεια του αναθέτοντος φορέα να ματαιώσει τη διαγωνιστική διαδικασία ελέγχεται μόνο στα ακραία όριά της. Οι αναλυτικοί ισχυρισμοί με τους οποίους επιχειρείται η

αντίκρουση των προβαλλόμενων λόγων θα αναπτυχθούν κατά την εξέταση της υπό κρίση Προσφυγής.

10 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».

11. 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».

12. Επειδή, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, 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.

13. 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. Ωστόσο, δε 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 την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

14. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, 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.

15. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας κοινοπραξίας κατά της προσβαλλόμενης πράξης, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία καθώς και, ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων.

16. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της αιτούσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και από την εκκίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά του αναθέτοντος φορέα επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης. Σε κάθε περίπτωση λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με τις απαιτήσεις του νόμου. Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη

17. Επειδή, περαιτέρω, η αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης επιτρέπεται, κατ' αρχήν, μόνον για την διατήρηση υφισταμένης πραγματικής κατάστασης και όχι για την δημιουργία νέας. Κατά συνέπεια, επί άσκησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης με την οποία ματαιώνεται η διαδικασία διεξαγομένου διαγωνισμού, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της πράξης αυτής, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στην Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει τον διαγωνισμό και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στην δημιουργία νέας κατάστασης. Εάν όμως πιθανολογείται σοβαρά ότι η ματαίωση του διαγωνισμού εχώρησε κατά παράβαση κανόνα του κοινοτικού ή εθνικού δικαίου, το Δικαστήριο μπορεί, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του αιτούντος από την εν λόγω παράβαση, να διατάξει, ως ασφαλιστικό μέτρο, την μη έκδοση νέας Διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο (ΔΕφΑθ 198/2017, Ε.Α. ΣΤΕ 368/2016, 154/2016, 127/2016 κ.α.).

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων της προσφεύγουσας κοινοπραξίας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας κοινοπραξίας.

Αναστέλλει την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και την εκκίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση κύριας απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30.01.2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σιδέρη Μαρία-Ελένη

Τσουλούφα Αργυρώ