

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 10.10.2019 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 30.09.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1186/01.10.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου Βόλου [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

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. 457/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. 26507/29.03.2019 (ΑΔΑΜ:19PROC004697297) Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Προμήθεια γευμάτων για την σίτιση απόρων, του ξενώνα κακοποιημένων γυναικών της Διεύθυνσης Κοινωνικής Προστασίας, ΚΑΠΗ & Δημόσιας Υγείας και των μαθητών του Μουσικού Σχολείου Βόλου, διάρκειας ενός έτους». Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα 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 υπ' αριθμ. 26507/29.03.2019 (ΑΔΑΜ:19PROC004697297) Διακήρυξη, προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, με αντικείμενο την «Προμήθεια γευμάτων για την σίτιση απόρων, του ξενώνα κακοποιημένων γυναικών της Διεύθυνσης Κοινωνικής Προστασίας, ΚΑΠΗ & Δημόσιας Υγείας και των μαθητών του Μουσικού Σχολείου Βόλου, διάρκειας ενός έτους», συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 480.691,46€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής για τη συνολική ποσότητα της αναφερόμενης προμήθειας. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 29.03.2019 με ΑΔΑΜ: 19PROC004697297 και στο ΕΣΗΔΗΣ με Α/Α 71648. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 08.05.2019 και ώρα 15.00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 14.05.2019 και ώρα 10.30 π.μ. Στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν 2 οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα: «.....» και «.....». Με την υπ' αριθμ. 320/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής η προσφεύγουσα αποκλείστηκε από το διαγωνισμό, κατ' αποδοχή του από 14.05.2019 Πρακτικού της Α' Φάσης (αποσφράγιση προσφορών-έλεγχος δικαιολογητικών συμμετοχής & τεχνικών προσφορών) της αρμόδιας για την αξιολόγηση προσφορών Επιτροπής του Διαγωνισμού. Στη συνέχεια, η προσφεύγουσα άσκησε την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 810/2019 Προδικαστική Προσφυγή, επί της οποίας εκδόθηκε η ΑΕΠΠ 961/2019, η οποία έκανε δεκτή την Προσφυγή της. Αν και η Επιτροπή του Διαγωνισμού με το 76927/12.09.2019 Πρακτικό της εισηγήθηκε τη συμμόρφωση με την απόφαση ΑΕΠΠ 961/2019, ήτοι την αποδοχή της προσφοράς της προσφεύγουσας και την αποσφράγιση αμφοτέρων των οικονομικών προσφορών, η Οικονομική Επιτροπή με την υπ' αριθμ. 457/2019 απόφασή της (προσβαλλόμενη πράξη), αποφάσισε την *«απόσυρση του θέματος και τη ματαίωση του διαγωνισμού [...], προκειμένου να γίνει διόρθωση της μελέτης λόγω σημαντικών ελλείψεων σε αυτή και στη συνέχεια να γίνει νέα*

επαναπροκήρυξη του ανωτέρου ανοικτού διεθνούς ηλεκτρονικού μειοδοτικού διαγωνισμού».

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 298979740959 1125 0098, ποσού ευρώ χιλίων εννιακοσίων σαράντα (€1.940,00), 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 480.691,46€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%), 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), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά την 26.06.2017.

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 18.09.2019.

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 προμήθειας και έχει υποβάλει προσφορά, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και μάλιστα στο στάδιο κατά το οποίο είχε ευδοκιμήσει η υπό ΓΑΚ ΑΕΠΠ 810/2019 Προσφυγή της και ανέμενε ότι η αναθέτουσα αρχή, σε συμμόρφωση με την υπ' αριθμ. 961/2019 ΑΕΠΠ, θα έκανε αποδεκτή την προσφορά της.

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 ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη πρέπει να ακυρωθεί για τους εξής λόγους: «1. Από την αιτιολογία της προσβαλλόμενης προκύπτει ότι η απόφαση ματαίωσης λήφθηκε επειδή η μελέτη στην οποία βασίστηκε η διακήρυξη περιείχε «σημαντικές ελλείψεις», ήτοι κατ' εφαρμογή του εδαφίου α) της παραγράφου 2 του άρθρου 106 του ν. 4412/2016 (παρατυπη διεξαγωγή της διαδικασίας ανάθεσης). Ναι μεν η ματαίωση του διαγωνισμού δικαιολογείται όταν αυτή διεξήχθη κατά τρόπο αντίθετο στην κείμενη νομοθεσία, όμως, η παρατυπία αυτή, σε κάθε περίπτωση, πρέπει να είναι ουσιώδης και να μη δύναται να θεραπευτεί με ηπιότερο μέσο, παρά μόνο με την ακύρωση της διαδικασίας. Παρόλο που το γράμμα της ερμηνευόμενης διάταξης δεν το ορίζει ρητά, όπως η προϊσχύσασα διάταξη του άρθρου 27 του Ν 3669/2008, η ματαίωση αποτελεί έσχατη λύση σε περίπτωση διαπίστωσης παρατυπίας, δηλαδή επιτρέπεται μόνο όταν διαπιστώνεται ουσιώδης νομική πλημμέλεια, που δεν μπορεί να αποκατασταθεί παρά μόνο με τη ματαίωση της διαδικασίας. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή υποχρεούται να αναζητά διαφορετικούς τρόπους θεραπείας των παρατυπιών, όταν αυτές είναι επουσιώδεις, δοθέντος ότι ο ανόθευτος και ελεύθερος ανταγωνισμός δεν απειλείται από τέτοιες παρατυπίες με ισχνό μάλιστα αντίκτυπο στην αγορά (βλ. Συλλογικό Έργο, Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016 «ΝΟΜΟΛΟΓΙΑΚΗ ΠΡΟΣΕΓΓΙΣΗ ΚΑΙ ΠΡΑΚΤΙΚΗ ΕΦΑΡΜΟΓΗ», σελ. 401 (Δ. Δημητρέλλη), Νομική Βιβλιοθήκη). Ειδικά δε επί τυχόν ασαφειών-ελλείψεων της διακήρυξης, έχει κριθεί ότι η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι όλως αποδοκιμαστέα επειδή «Κάθε τυχόν ασάφεια της διακήρυξης μπορεί να επιλυθεί με ερμηνεία του όρου κατά την εφαρμογή του και δεν δικαιολογεί επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού» (βλ. ΣΤΕ 1803/2008 σκ.5 με παραπομπή και στην ΣΤΕ 2642/2005). Η ως άνω νομολογιακή πρακτική και θέση της θεωρίας δεν

εξυπηρετεί μόνο τα συμφέροντα των οικονομικών φορέων και την αρχή του ελεύθερου ανταγωνισμού αλλά και τα υπό στενή εννοία συμφέροντα των αναθετουσών αρχών καθώς «κατά γενική αρχή του διοικητικού δικαίου, οι διοικητικές συμβάσεις δεν πρέπει να λύνονται με ευκολία, καθώς μέσω της εκτέλεσής τους, εκπληρούται το δημόσιο συμφέρον» (βλ. ΑΕΠΠ 741/2018 σκ. 21). Εξάλλου, τα παραπάνω αφορούν και κάθε περίπτωση ματαιώσεως από τις αναφερόμενες στην παράγραφο 2 του άρθρου 106. Τέλος, η τυχόν χορήγηση ευρύτατης διακριτικής ευχέρειας προς τις Αναθέτουσες Αρχές να ματαιώνουν διαγωνιστικές διαδικασίες επικαλούμενες ελλείψεις της διακήρυξης θα έδινε στις τελευταίες τη δυνατότητα να καταστρατηγούν το αποτέλεσμα της διαγωνιστικής διαδικασίας και, σε τελική ανάλυση, να αποκλείουν από την κατακύρωση της σύμβαση οικονομικούς φορείς με κριτήρια όλως αυθαίρετα. Σε κάθε περίπτωση, θεμελιώδη επιδίωξη του κράτους δικαίου αποτελεί ο περιορισμός της διακριτικής ευχέρειας της Διοικήσεως στο αυστηρώς αναγκαίο μέτρο (βλ. σχετικά την εμβληματική ΣΤΕ ΟΛΟΜ 3037/2008 σκ.8 «υπόθεση ΠΡΑΚΤΙΚΕΡ»). Σε κάθε δε περίπτωση, στην προκειμένη περίπτωση ο διαγωνισμός δεν ματαιώθηκε λόγω υποτιθέμενων παρατυπιών κατά τη διεξαγωγή του, αλλά λόγω φερόμενων ως ελλείψεων της οικείας μελέτης, οι οποίες αναφέρονται όλως αορίστως, και χωρίς να εξειδικεύεται αν και με ποιο τρόπο επηρέασαν τη διαγωνιστική διαδικασία. 2. Εξάλλου, η προσβαλλόμενη πράξη είναι και πλήρως αναιτιολόγητη, καθώς δεν προσδιορίζει ούτε κατά ψήγμα ποιες είναι οι σημαντικές ελλείψεις που πρόκειται να θεραπευθούν με την επαναπροκήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας και, πολύ περισσότερο, δεν προκύπτουν από αυτήν οι αξιολογήσεις και οι σταθμίσεις στις οποίες η Αναθέτουσα Αρχή προχώρησε ώστε να καταλήξει ότι η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού συνιστά την μοναδική και ύστατη λύση για τη θεραπεία των σχετικών πλημμελειών της. Εξάλλου, είναι πάγια η νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, σύμφωνα με την οποία η αναθέτουσα αρχή πρέπει να αιτιολογεί πλήρως και επαρκώς την απόφασή της για ματαίωση του διαγωνισμού. Έτσι, σύμφωνα με την ΕΑ ΣτΕ 667/2008, «κατά γενική αρχή, που διέπει όλους τους δημόσιους διαγωνισμούς και ισχύει όταν η οικεία διακήρυξη δεν περιέχει ρητή διάταξη ρυθμίζουσα άλλως το ζήτημα, η αναθέτουσα αρχή

έχει πάντοτε την ευχέρεια να ακυρώσει τη διαγωνιστική διαδικασία και να προβεί σε επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού εάν διαπιστώσει είτε ότι δεν επετεύχθη ικανοποιητικό επίπεδο ανταγωνισμού είτε ότι, παρά τον αναπτυσσόμενο ανταγωνισμό, η τελική προσφορά δεν κρίνεται ικανοποιητική. Σε κάθε, πάντως, περίπτωση υποχρεούται να αιτιολογήσει νομίμως και επαρκώς την κρίση της (Ε.Α. 1137/2006 κ.ά.)». 3. Σε κάθε περίπτωση, στην προκειμένη περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να παράσχει ειδική αιτιολογία στην απόφασή της περί ματαίωσης του διαγωνισμού, δεδομένου ότι η Επιτροπή Διαγωνισμού με το επισυναπτόμενο στην προσβαλλόμενη πρακτικό της γνωμοδότησε υπέρ της συνέχειας της διαγωνιστικής διαδικασίας, η δε προσβαλλόμενη δεν αντέκρουσε με ειδικούς ισχυρισμούς την παραπάνω γνώμη (βλ. ΣτΕ 2450, 1303/2012, 3975, 625/2011, 2397, 1422/2010, 4154, 2792, 817/2009, 3897/2004). Πράγματι,, η γενικόλογη αναφορά σε «σημαντικές ελλείψεις» της οικείας μελέτης, χωρίς αυτές να μνημονεύονται στην ίδια την πράξη ή να προκύπτουν από την οικεία εισήγηση, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνιστά ειδική αιτιολογία (βλ. ad hoc ΑΕΠΠ 741/2018 σκ.21). Πολύ περισσότερο τη στιγμή που η ανάκληση της διακήρυξης δεν έλαβε χώρα σε χρόνο ανύποπτο αλλά κατόπιν της αποδοχής της προσφοράς μας από την απόφαση της ΑΕΠΠ. Εξάλλου, από τις διατάξεις του άρθρου 106 παρ. 2 (βλέπε και άρθρο 22 παρ. 2 της διακήρυξης), και συγκεκριμένα από την πρόνοια του νομοθέτη όπως απαιτήσει η απόφαση ματαίωσης να αιτιολογείται ειδικά, προκύπτει ότι ο ακυρωτικός έλεγχος που ασκείται επί της σχετικής διακριτικής ευχέρειας της Διοίκησης δεν συνιστά έλεγχο υπερβάσεως των ακραίων αλλά είναι έλεγχος εις βάθος που αποσκοπεί στο να διαγνωσθεί εάν η απόφαση ματαίωσης συνιστά την πλέον προσήκουσα και ενδεδειγμένη λύση και όχι απλώς λύση εύλογη. Όπως έχει κριθεί (ΕΑ 1137/2006 σκ. 7) δεν θα ήταν δυνατόν να γίνει δεκτό ότι η αναθέτουσα αρχή, κατ' επίκληση των αυτών ακριβώς πραγματικών δεδομένων και χωρίς την επίκληση οποιουδήποτε επί πλέον στοιχείου, έχει την ευχέρεια, είτε να ακυρώσει τη διαδικασία είτε, εξ ίσου νομίμως, να την συνεχίσει και να την ολοκληρώσει, διότι τούτο θα ισοδυναμούσε με ανέλεγκτη άσκηση διακριτικής ευχέρειας, αφού αφεύκτως θα οδηγούσε σε πλήρη αδυναμία ασκήσεως ακυρωτικού ελέγχου επί

της εν λόγω, κατά διακριτική ευχέρεια, εκδομένης διοικητικής πράξεως. 4. Πέραν των ανωτέρω, η προσβαλλόμενη παραβιάζει την εκ του νόμου υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής να συμμορφωθεί με την, εκδοθείσα στο πλαίσιο της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας, ΑΕΠΠ 961/2019. Με την παραπάνω απόφαση (βλ. ιδίως σκέψη 61) κρίθηκε ότι η προσφορά μας συμμορφώνεται πλήρως με τους ρητούς όρους της διακήρυξης καθώς και με τους *de facto* ουσιώδεις όρους της διακήρυξης, ήτοι από την προσφορά μας δεν προέκυπτε κάποια «έλλειψη ιδιότητας του προσφερομένου, προς προμήθεια, είδους, η οποία του στερεί την καταλληλότητα που απαιτείται για χρήση σύμφωνη με τον προορισμό του και που αποτελεί εξυπακουόμενη, ουσιώδη απαίτηση της εκάστοτε Διακηρύξεως (ΕΑ 720/2006, 725/2006, 1052/2008, 61/2011 κλπ)» και, συνεπώς, η προσφορά μας εγγυάται την απρόσκοπτη εκτέλεση του έργου, η δε Αναθέτουσα Αρχή δεν στράφηκε κατά της παραπάνω απόφασης με αίτηση αναστολής ενώπιον του καθ' ύλην και κατά τόπον αρμόδιου Διοικητικού Εφετείου και, ως εκ τούτου, δεσμεύεται από αυτήν (βλ. *ad hoc* ΑΕΠΠ 741/2018 σκ. 21). 5. Τέλος, θα θέλαμε να αναφέρουμε προληπτικά τα κάτωθι: Εξ όσων γνωρίζουμε μέχρι σήμερα δεν έχει δημιουργηθεί ένα συνεκτικό και παγίως εφαρμοζόμενο νομολογιακό *corpus* αναφορικά με τη δυνατότητα θεραπείας ουσιωδών πλημμελειών των προσβαλλόμενων πράξεων μέσω της συμπληρωματικής αιτιολογίας του νέου άρθρου 365 παρ. 1 και παρατηρείται το φαινόμενο πλήθος αναθετουσών αρχών να αξιοποιούν το τελευταίο εδάφιο του επιδιώκοντας να αιτιολογήσουν το πρώτον τις αποφάσεις τους δια της παραθέσεως κατ' ουσίαν αρχικής αιτιολογίας μέσω των κατατιθέμενων μόλις 10 ημέρες πριν τη συζήτηση της υποθέσεων απόψεων τους. Η παραπάνω διοικητική πρακτική είναι παράνομη για τους ακόλουθους λόγους: Δεν συμβιβάζεται με το γράμμα της οικείας διατάξεως καθώς αιτιολογία με την οποία το πρώτον παρατίθενται οι σταθμίσεις της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να θεωρηθεί αρχική και όχι συμπληρωματική. Παραβιάζει την αρχή της ισότητας των όπλων καθώς συνιστά ουσιώδες δικονομικό πλεονέκτημα υπέρ της αναθέτουσας αρχής αφού ο προσφεύγων περιορίζεται να αναπτύξει το σύνολο των λόγων ακυρώσεως του με την υποβολή της προσφυγής χωρίς να έχει

δικαίωμα να προβάλει μετέπειτα πρόσθετους λόγους. Επίσης, παρέχει αθέμιτο πλεονέκτημα υπέρ των οικονομικών φορέων που έχουν συμφέρον από την απόρριψη της προσφυγής.

Είναι *contra* στο άρθρο 2γ της δικονομικής οδηγίας (2007/66/ΕΚ) κατά το μέρος που ορίζει ότι η προθεσμία για την άσκηση προσφυγή δεν μπορεί να είναι μικρότερη των δέκα ημερών. Πράγματι, ενδεχομένως, η αντίκρουση αιτιολογίας με την οποία παρουσιάζονται το πρώτον σταθμίσεις της αναθέτουσας αρχής -ή και εισάγονται νέοι λόγοι που στηρίζουν την απόφαση της- εντός του ασφυκτικού πλαισίου των 5 πλήρων ημερών πριν τη συζήτηση δεν συμβιβάζεται με την επιταγή της παροχής πλήρους και αποτελεσματικής δικαστικής προστασίας. Εν όψει των παραπάνω ο όρος «συμπληρωματική αιτιολογία» πρέπει να ερμηνεύεται στενά και να μην υπάγονται σε αυτόν περιπτώσεις αιτιολογίας που είναι αντικειμενικώς ικανές να αιφνιδιάσουν τον προσφεύγοντα».

9. 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».

10. 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».

11. 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.

12. 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.

13. 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.

14. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας 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.

15. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, 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 της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης.

16. 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.).

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

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 10.10.2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σιδέρη Μαρία-Ελένη

Τσουλούφα Αργυρώ