

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12 Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Αγγελική Πουλοπούλου και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψεως προσωρινών μέτρων, επί της από 5.12.2019 κατατεθείσας και διαβιβάσει στο Κλιμάκιο την 10.12.2019 με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 1513/10.12.2019 Προδικαστικής Προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 27-11-2019, απόφασης με αρ. πρωτ. της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές των διαγωνιζομένων και ανέδειξε τον πρώτο εξ αυτών ως προσωρινό ανάδοχο, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την Παροχή Υπηρεσιών Καθαριότητας Κτιρίων της Κεντρικής Υπηρεσίας του, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 143.548,39 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. διακήρυξη, η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 27-8-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

Με το δε αίτημα προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων αιτείται την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως και την έκδοση Απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός Απόφασης: Α567/2019

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 718,00 ευρώ), πληρώθηκε δε δια του από 5-12-2019 εμβάσματος Τραπέζης Πειραιώς.

2. Επειδή, το υπό εξέταση αίτημα ερείδεται επί της από 5-12-2019 εμπρόθεσμης και νομότυπα υπογεγραμμένης προσφυγής, δια της οποίας ο προσφεύγων που κατέστη αποδεκτός και κατετάγη τέταρτος μειοδότης μετά τους ως άνω τρεις διαγωνιζόμενους κατά της αποδοχής των οποίων και ανάδειξης του πρώτου εξ αυτών, ως προσωρινού αναδόχου, στρέφεται μετ' εννόμου συμφέροντος, αιτούμενος την κατά το αντίστοιχο μέρος και σκέλη της, ακύρωση της από 27-11-2019 κοινοποιηθείσας σε αυτόν εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών ως και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας λόγω εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας και χρόνου δημοσίευσης στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, προβάλλοντας ειδικότερα ως προς και τους τρεις ανωτέρω μετέχοντες, ότι παρέλειψαν να υποβάλουν με τα δικαιολογητικά συμμετοχής τους και άρα, ήδη με την προσφορά τους σειρά δικαιολογητικών και περαιτέρω, ειδικά όσον αφορά τον δεύτερο εξ αυτών (...), ότι υπέβαλε ΤΕΥΔ και υπεύθυνες δηλώσεις υπογεγραμμένες μόνο από 1 μέλος του διοικητικού του συμβουλίου.

3. 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 αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 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

Αριθμός Απόφασης: Α567/2019

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, αλλά και όπως προβεί, ακόμη και αυτεπαγγέλτως και άνευ χρείας αιτήματος της αναθέτουσας αρχής ή τρίτου, σε κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 άρση κωλύματος σύναψης σύμβασης που καταρχήν γεννάται κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 δια της ασκήσεως της προδικαστικής προσφυγής.

4. 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 οιουδήποτε 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' άρ. 372 παρ. 4 εδ. ι' Ν. 4412/2016, και άρ. 5 παρ. 5 εδ. α' του προϊσχύσαντος Ν. 3886/2010) ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη του προσφεύγοντος (όπως κατ' άρ. 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 άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, ζήτημα που προηγείται προφανώς κάθε περαιτέρω κρίσης περί τυχόν επιβολής προσωρινών μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 και 2 ΠΔ 39/2017, ενώ εξάλλου η κατάγνωση συνδρομής των προϋποθέσεων του αναιρεί εκ των προτέρων τη συνδρομή των

Αριθμός Απόφασης: Α567/2019

προϋποθέσεων εφαρμογής των παρ. 1-2 του ως άνω άρθρου, αφού επί προδήλως απαράδεκτης ή προδήλως αβάσιμης προσφυγής δεν νοείται αξιοπροστατευτέα βλάβη του προσφεύγοντος. 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 άλλων μετεχόντων και ενδιαφερομένων για συμμετοχή στη διαδικασία, ανεξαρτήτως ενδιάμεσης εκ μέρους τους παρεμβάσεως. Τα δε συμφέροντα των τελευταίων ως και αυτά της αναθέτουσας δύνανται να θίγονται εκ της συνεχίσεως μιας αμφισβητούμενης νομιμότητας διαδικασίας ή από την τυχόν ακύρωση της διαδικασίας σε πιο προχωρημένο στάδιο. Τρίτον, σταθμίζεται η ως άνω συνολική ζημία που προκύπτει εκ της συνεχίσεως 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. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ'εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ'άρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μίγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (πρβλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 3,6,8/2017 και εξής).

5. Επειδή εν προκειμένω, ούτως ή άλλως, η Προδικαστική Προσφυγή εισήχθη προς εξέταση για την 11-12-2019 και άρα, δεδομένης της επικείμενης επί αυτής έκδοσης Απόφασης και του όλως συντόμου κατ'άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 αποκλειστικού προς έκδοση αυτής χρόνου, δεν δύναται να προκύψει οιαδήποτε βλάβη του προσφεύγοντος, δικαιολογούσα τη χορήγηση προσωρινών μέτρων.

6. Επειδή, συνεπεία της αμέσως προηγούμενης σκέψης, το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 12 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΙΩΤΗ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ