

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 12 Φεβρουαρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αρ. 159/2020 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 120/03-02-2020 προδικαστική προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην, επί της αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενη

Κατά του Υπουργείου, που εδρεύει στην, επί της οδού αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενου

Με την ως άνω προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί η με αριθμό πρωτοκόλλου (α.π.) 99/24-01-2020 Απόφαση του Υπουργού (κατά την προσφυγή) Επικρατείας (όπως εμφανίζεται στο σώμα της) με θέμα «Έγκριση Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας/Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του Διεθνούς Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τη διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου για την Ανάθεση Σύμβασης Σύμπραξης Δημοσίου και Ιδιωτικού Τομέα με τίτλο «Υποδομές Υπερυψηλής Ευρυζωνικότητας ULTRA-FAST BROADBAND», ως και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη της καθ' ης αρχής, κατά το μέρος αυτών με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας.

Αριθμός Απόφασης Α67 / 2020

Με την προσφυγή, επιπλέον, ζητείται και η αναστολή προόδου του διαγωνισμού και ειδικότερα η αναστολή της Β΄ φάσης του επίμαχου διαγωνισμού, άλλως η χορήγηση των κατά την κρίση της ΑΕΠΠ κατάλληλων προσωρινών μέτρων.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 15.000,00€, το οποίο ανέρχεται στο ανώτερο προβλεπόμενο ύψος, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι το αναλογικό ποσοστό (0,5%) επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης υπερβαίνει το πιο πάνω καταβληθέν ποσό.

2. Επειδή, η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 120/2020 προδικαστική προσφυγή, συναφώς και το κρινόμενο αίτημα προσωρινής προστασίας που σωρεύεται σε αυτήν, ανατέθηκε προς εξέταση παρόν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 03-02-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της.

3. Επειδή, το Υπουργείο και ήδη Υπουργείο (κατά την προσφυγή) / (εφεξής αναθέτουσα αρχή) με τη με αριθμό με τη με αριθμό διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με τη διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου για την επιλογή Ιδιωτικού Φορέα Σύμπραξης για την υλοποίηση του έργου «Υποδομές Υπερυψηλής Ευρυζωνικότητας – ULTRA - FAST BROADBAND» μέσω ΣΔΙΤ, συνολικής εκτιμώμενης προ ΦΠΑ αξίας Α΄ Φάσης 700.920.135,00€, της δημόσιας δαπάνης προς συγχρηματοδότηση ανερχομένης στο ποσό των

Αριθμός Απόφασης Α67 / 2020

300.000.000,00€ (εφεξής «διαγωνισμός»). Ο διαγωνισμός διεξάγεται σε δύο φάσεις, η πρώτη από τις οποίες (Α΄ Φάση) έχει σκοπό την προεπιλογή εκείνων των υποψηφίων που πληρούν τα τεθέντα κριτήρια ποιοτικής επιλογής για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό και την ανάθεση της Σύμβασης Σύμπραξης και η δεύτερη (Β΄ Φάση), η οποία έχει σκοπό, μετά από διάλογο με τους προεπιλεγέντες φορείς, την έγκριση από την αναθέτουσα αρχή του οριστικού Βασικού Σχεδιασμού του Έργου και των τευχών της Πρόσκλησης Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών και τελικά την υποβολή δεσμευτικών προσφορών από τους προεπιλεγέντες υποψηφίους και την ανάθεση της ή των συμβάσεων σε αυτούς. Για την Α΄ Φάση του διαγωνισμού εκδόθηκε και το Τεύχος Πρόσκλησης Υποβολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος (Α΄ Φάσης του Διαγωνισμού), το οποίο αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) με Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (ΑΔΑΜ) (εφεξής «πρόσκληση»), όπως έκτοτε τροποποιήθηκε α) με τη με αρ. πρωτ. 402-B/30.05.2019 Απόφαση Υπουργού, β) με τη με αρ. πρωτ. 661-B/19.08.2019 Απόφαση Υπουργού και γ) με τη με αρ. πρωτ. 790-Γ/18-10-2019 Απόφαση Υπουργού Η Α΄ Φάση του διαγωνισμού διεξάγεται ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) υπό το συστημικό αριθμό Καταληκτική ημερομηνία υποβολής φακέλων εκδήλωσης ενδιαφέροντος ορίστηκε αρχικά η 17^η Ιουλίου 2019 και ώρα 13:00 (Ωρα Ελλάδος, GMT+2), η οποία μετατέθηκε διαδοχικά με τις ως άνω αναφερόμενες υπουργικές αποφάσεις, με την τελευταία από τις οποίες τελικώς ορίστηκε η 5^η Νοεμβρίου 2019 και ώρα 13:00 (Ωρα Ελλάδος, GMT+2). Μετά το πέρας της τελευταίας ως άνω προθεσμίας η επιτροπή του διαγωνισμού διαπίστωσε ότι φακέλους εκδήλωσης ενδιαφέροντος υπέβαλαν ηλεκτρονικά δέκα (10) οικονομικοί φορείς και έγχαρτους εννέα (9), μεταξύ των οποίων και η εταιρεία «.....», ήδη προσφεύγουσα. Μετά την αποσφράγιση και αξιολόγηση του περιεχομένου των εν λόγω φακέλων και τις διευκρινίσεις που δόθηκαν, η επιτροπή του

Αριθμός Απόφασης Α67 / 2020

διαγωνισμού με το από 15-01-2020 πρακτικό αποσφράγισης/αξιολόγησης αποτελεσμάτων Α΄ Φάσης εισηγήθηκε α) τον αποκλεισμό από τη Β΄ Φάση του διαγωνισμού 1) του υποψηφίου «.....», με την αιτιολογία ότι ο φάκελος που υπέβαλε δεν συνιστά φάκελο εκδήλωσης ενδιαφέροντος κατά τα οριζόμενα στην παρ. 10 της πρόσκλησης και 2) της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι ο φάκελός της είναι ελλιπής ως προς τα δικαιολογητικά της παρ. 10.3.5.ii της πρόσκλησης, δεν πληροί τα κριτήρια προσωπικής κατάστασης, σύμφωνα με τις παραγράφους 7.2.5 και 10.4.3 της πρόσκλησης και ότι η μη εμπρόθεσμη ανταπόκριση της προσφεύγουσας στο αίτημα της επιτροπής για παροχή διευκρινίσεων επιφέρει την ποινή αποκλεισμού από το διαγωνισμό, σύμφωνα με την παράγραφο 13.5.1 της πρόσκλησης και β) την προεπιλογή των λοιπών οκτώ (8) υποψηφίων στη Β΄ Φάση του διαγωνισμού, με την αιτιολογία ότι οι φάκελοι εκδήλωσης ενδιαφέροντός τους είναι πλήρεις και οι υποψήφιοι πληρούν τις απαιτήσεις των παραγράφων 6 έως 10 της πρόσκλησης. Τέλος, με τη με αριθμό πρωτοκόλλου (α.π.) 99/24-01-2020 Απόφαση του Υπουργού (κατά την προσφυγή) (όπως εμφανίζεται στο σώμα της) (εφεξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη») α) εγκρίθηκε το από 15.01.20 πρακτικό της επιτροπής διενέργειας/αξιολόγησης αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, β) αποφασίστηκε ο αποκλεισμός των εταιρειών και από τη Β΄ φάση του Διαγωνισμού για τους αναφερόμενους στο από 15.01.20 πρακτικό της επιτροπής λόγους και γ) αποφασίστηκε η προεπιλογή και η συνέχιση στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού Β΄ Φάσης των διαγωνιζομένων: (1), (2), (3), (4), (5), (6), (7), (8) Κατά της απόφασης αυτής του Υπουργού στρέφεται η προσφεύγουσα, κατά το μέρος με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της, για τους λόγους και κατά τα ειδικά αιτήματα που αναπτύσσονται στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 120/03-02-2020 προδικαστική της προσφυγή της.

Αριθμός Απόφασης Α67 / 2020

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016), του αντικειμένου της (υλοποίηση έργου με σύμπραξη δημοσίου και ιδιωτικού τομέα) και της νομικής φύσης του Υπουργείου ως αναθέτουσας αρχής, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, εν όψει και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (αποστολή της πρόσκλησης για υποβολή φακέλου εκδήλωσης ενδιαφέροντος για τη σχετική σύμβαση για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στις 15-05-2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή και υποβάλλεται το κρινόμενο αίτημα αναστολής είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

5. Επειδή, από τα αναρτημένα στοιχεία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α) προκύπτει ότι η κρινόμενη προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α' και γ' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' και γ' του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι στις 24-01-2019 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού μήνυμα ότι έχει αναρτηθεί η προσβαλλόμενη απόφαση και το εγκριθέν με αυτήν πρακτικό αποτελεσμάτων Α' φάσης του διαγωνισμού, των οποίων η προσφεύγουσα συνομολογεί ότι έλαβε γνώση αυθημερόν και η προσφυγή ασκήθηκε στις 03-02-2019, ασκήθηκε δε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του π.δ. αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016.

6. Επειδή, περαιτέρω, από τη μελέτη του συνόλου των στοιχείων του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι η προσφεύγουσα υπέβαλε φάκελο

Αριθμός Απόφασης Α67 / 2020

εκδήλωσης ενδιαφέροντος, με την προσβαλλόμενη απόφαση, όμως, αποκλείστηκε από τη Β΄ Φάση του διαγωνισμού (δεν προεπελέγη). Κατά συνέπεια με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, στρέφεται κατά της απόφασης που την απέκλεισε, διότι μη νομίμως κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή στερείται της δυνατότητας να υποβάλει προσφορά και να αναδειχθεί ανάδοχος της σύμβασης.

7. Επειδή, ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: 1) Καταρχήν βάλλει κατά της νομιμότητας του αποκλεισμού της με την αιτιολογία ότι δεν υπέβαλε εγκαίρως τις ζητηθείσες διευκρινίσεις, διότι το από 20-12-2019 αίτημα παροχής διευκρινίσεων της Επιτροπής του Διαγωνισμού δεν κοινοποιήθηκε στον ορισθέντα αντίκλητό της, κατά παράβαση των όρων των παραγράφων 2.1.5 και 10.2.3 της πρόσκλησης. Τις υπέβαλε, άλλωστε, άμεσα και εντός του απολύτως εύλογου χρόνου, αφότου ο αντίκλητός της έλαβε γνώση της ύπαρξης του σχετικού αιτήματος τυχαία και μόλις το μεσημέρι της 13ης.1ου.2020, κατόπιν προφορικής του επικοινωνίας με την αναθέτουσα αρχή που αφορούσε άλλο ζήτημα. 2) Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι κατά κακή χρήση της διακριτικής της ευχέρειας η αναθέτουσα αρχή την απέκλεισε από τη Β΄ φάση του διαγωνισμού για τον λόγο αυτό, συνεκτιμώντας τα εξής: (α) το από 20.12.2019 αίτημα προς υποβολή διευκρινίσεων δεν κοινοποιήθηκε στον αντίκλητό της, (β) υπέβαλε τυπικό αίτημα παράτασης και το σύνολο των ζητηθέντων δικαιολογητικών άμεσα (εντός 24 ωρών) από τη στιγμή που ο αντίκλητός της έλαβε γνώση του αιτήματος και αυτά παρελήφθησαν από την επιτροπή του διαγωνισμού πριν τη συνεδρίασή της (γ) σε κάθε περίπτωση, τα ζητηθέντα δικαιολογητικά υποβλήθηκαν την 1η και 2η εργάσιμη ημέρα μετά την εκπνοή της (άγνωστης σε αυτήν) προθεσμίας, δηλαδή μόλις την 3η και 4η ημερολογιακή ημέρα από την εκπνοή της εικοσαήμερης προθεσμίας αυτής, δηλαδή η καθυστέρηση (εάν ήθελε θεωρηθεί τέτοια) ήταν επουσιώδης, (δ) τα

Αριθμός Απόφασης Α67 / 2020

ζητηθέντα και εν τέλει υποβληθέντα δικαιολογητικά ήταν όλως τυπικά και επουσιώδη, βρίσκονταν ήδη στην κατοχή της και μπορούσε και η ίδια η αναθέτουσα αρχή να τα αναζητήσει οίκοθεν, (ε) κατά το χρόνο συνεδρίασης της επιτροπής του διαγωνισμού (15.10.2020) οι διευκρινίσεις είχαν ήδη ληφθεί από την αναθέτουσα αρχή, και άρα ευχερώς μπορούσε να αξιολογηθεί η πληρότητα του φακέλου της, (στ) παραβιάζεται κατ' ουσία το άρθρο 102 του ν. 4412/2016, πολλώ δε μάλλον όταν ακόμα ο διαγωνισμός ευρίσκεται κατά την Α' φάση του, ήτοι κατά το στάδιο εκδήλωσης ενδιαφέροντος, το οποίο θα ακολουθήσει η φάση του ανταγωνιστικού διαλόγου, (ζ) ουδόλως από την αποδοχή των διευκρινίσεων της γεννάται ζήτημα παραβίασης της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και (η) το δημόσιο συμφέρον επιτάσσει τη μη περιστολή του αριθμού των συμμετεχόντων και άρα του ανταγωνισμού, για όλως τυπικά και επουσιώδη σφάλματα, όπως εν προκειμένω. 3) Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι στις 13.1.2020 υπέβαλε το εν ισχύ κατά το χρόνο υποβολής των φακέλων κωδικοποιημένο καταστατικό του νομικού της προσώπου με κωδικό αριθμό καταχώρησης ΓΕΜΗ και ημερομηνία καταχώρησης 14.12.2017 ψηφιακά υπογεγραμμένο από το ΓΕΜΗ στις 4.11.2019, το οποίον, άλλωστε προκύπτει από την υποβληθείσα βεβαίωση του Γ.Ε.ΜΗ, ήταν και παραμένει δημόσια προσβάσιμο στην εθνική βάση δεδομένων του Γ.Ε.ΜΗ. (<https://www.businessregistry.gr/publicity/show/.....>), συνεπώς μπορούσε η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει των διατάξεων του άρθρου 79 παρ. 6 να λάβει. 4) Ομοίως ισχυρίζεται ότι την ίδια ως άνω ημερομηνία υπέβαλε και τη σχετική εκτύπωση της καρτέλας «στοιχεία μητρώου/επιχείρησης» από την ΑΑΔΕ, την οποία μη νομίμως δεν έλαβε υπόψη της η αναθέτουσα αρχή. Τέλος και σε κάθε περίπτωση, ισχυρίζεται ότι η υποβολή της εν λόγω εκτύπωσης δεν απαιτείτο από τους όρους των παρ. 7.2.5 και 10.4.3 της πρόσκλησης, για το λόγο αυτό η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε να είχε αρκεστεί στο υποβληθέν με την προσφορά της υπ' αριθ. πρωτ., εκτυπωθέν από την ηλεκτρονική πλατφόρμα της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων (taxisnet) αποδεικτικό

Αριθμός Απόφασης Α67 / 2020

φορολογικής ενημερότητας για χρέη προς το Δημόσιο και πάντως να μην την αποκλείσει λόγω της ασάφειας των όρων της διακήρυξης, άλλως επικουρικός μπορούσε η αναθέτουσα αρχή να προβεί η ίδια στην εκτύπωση της εν λόγω καρτέλας με πρόσβαση στην ηλεκτρονική πλατφόρμα της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων με βάση τα υποβληθέντα από την προσφεύγουσα στοιχεία.

8. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής της.

9. Επειδή, εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή με το με αριθμό πρωτ. 151.067/07-02-2020 έγγραφο του Υπουργού κοινοποιεί της απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής που σωρεύεται στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 120/2020 προσφυγή, με τις οποίες, χωρίς να αντικρούει την προσφυγή ως τυπικά απαράδεκτη ή ως ουσιαστικά αβάσιμη, υποστηρίζει ότι η καθυστέρηση ανάληψης νομικών δεσμεύσεων από τη διαγωνιστική διαδικασία πέραν του Οκτωβρίου 2020 θα καταστήσει εξαιρετικά πιθανή την απώλεια μέρους της χρηματοδότησης του έργου από κοινοτικά κονδύλια και την αναίτια επιβάρυνση του εθνικού προϋπολογισμού, δοθέντος ότι το έργο επιβάλλεται για λόγους δημοσίου συμφέροντος να υλοποιηθεί. Επιπλέον, προβάλλεται ο ισχυρισμός ότι, εφόσον ευδοκιμήσει η προσφυγή, η προσφεύγουσα θα δύναται να συμμετάσχει στον ανταγωνιστικό διάλογο για όσο χρονικό διάστημα θα βρίσκεται αυτός σε εξέλιξη, αντιθέτως τυχόν καθυστέρηση στην εξέλιξη της διαδικασίας θα επιβαρύνει το ήδη πιεστικό χρονοδιάγραμμα για την περαίωσή της και για τον λόγο αυτόν αιτείται την απόρριψη του αιτήματος αναστολής.

10. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 120/2020 προδικαστική προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη, ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Σε κάθε περίπτωση δε, περιέχει συγκεκριμένους λόγους και αιτιάσεις, με τις οποίες αποδίδονται στην προσβαλλόμενη απόφαση πλημμέλειες που χρήζουν

Αριθμός Απόφασης Α67 / 2020

επισταμένης αξιολόγησης. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσο επί του παραδεκτού της προσφυγής όσο και επί της ουσίας των σχετικών ισχυρισμών της προσφεύγουσας δεν είναι δυνατόν να διαλάβει η ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9, 10, 20, 41, 46/2015), επιφυλασσόμενη να αποφανθεί περί τούτων με την οριστική απόφασή της.

11. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του ν. 4412/2016 και 15 του π.δ. 39/2017, η Α.Ε.Π.Π. με απόφασή της μπορεί να αποφασίζει τη λήψη προσωρινών μέτρων για να επανορθωθεί εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, κατά τρόπο, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, περίπτωση, που συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο, διότι ο διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο προ της έναρξης ανταγωνιστικού διαλόγου της αναθέτουσας αρχής με τους υποψηφίους (πρβλ. παρ. 4 της πρόσκλησης), που σκοπό έχει να οριστικοποιηθεί ο βασικός σχεδιασμός του έργου και να εγκριθούν τα τεύχη της Πρόσκλησης Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών από αυτούς (πρβλ. παρ. 4.4.8 της πρόσκλησης), κατά τη διάρκεια του οποίου οι υποψήφιοι δύνανται να υποβάλουν σχόλια, προτάσεις, μελέτες και λύσεις, η μερική ή ολική υιοθέτηση των οποίων από την αναθέτουσα αρχή μπορεί να φέρει σε πλεονεκτικότερη θέση τους υποψηφίους των οποίων οι προτάσεις θα επιλεγούν έναντι των λοιπών. Για την ίση μεταχείριση των προεπιλεγέντων στο διάλογο, συνεπώς, δεν αρκεί η προς όλους παροχή της ίδιας επακριβώς πληροφόρησης, ούτε και εκ των υστέρων κλήση της προσφεύγουσας και συμμετοχή της στο διάλογο, εφόσον ευδοκιμήσει η προσφυγή της. Απαιτείται, επιπλέον, όλοι όσοι συμμετάσχουν στο διάλογο για την υποβολή των προτάσεών τους να εκκινούν κάθε φορά από την ίδια χρονική αφετηρία, απαιτείται επομένως η πρόσκληση

Αριθμός Απόφασης Α67 / 2020

για διάλογο με όλες τις διαθέσιμες πληροφορίες για τη διεξαγωγή του να περιέλθει και στην προσφεύγουσα αν ήθελε γίνει δεκτή η προσφυγή της κατά την ίδια χρονική στιγμή, κατά την οποία θα περιέλθει και στους λοιπούς υποψηφίους. Ομοίως, κατά την ίδια χρονική στιγμή πρέπει να περιέρχονται σε γνώση όλων των συμμετεχόντων στο διάλογο, επομένως και της προσφεύγουσας αν ήθελε γίνει δεκτή προσφυγή της, οι προτάσεις κάποιου από αυτούς κατά τη διάρκεια διεξαγωγής του. Διαφορετικά, ελλοχεύει ο κίνδυνος να θεωρηθεί ότι ο διάλογος διεξήχθη πλημμελώς και για το λόγο αυτό να θεωρηθεί ότι είναι μη νόμιμα τα τεύχη της πρόσκλησης υποβολής δεσμευτικών προσφορών του επόμενου και τελικού σταδίου Β.ΙΙ της Β' Φάσης του διαγωνισμού, εκτός των τυχόν άλλων πλημμελειών από τις οποίες αυτά μπορεί να πάσχουν, ένεκα των οποίων θα μπορούσαν να προσβληθούν, στο πλαίσιο της καθιερούμενης στο βιβλίο IV του ν. 4412/2016 διαδικασίας παροχής έννομης προστασίας, οδηγώντας με τον τρόπο αυτό, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών και υποχρεώνοντας την αναθέτουσα αρχή να επαναλάβει τη διαδικασία από του σημείου, από το οποίο τυχόν θα έχει διαπιστωθεί πλημμέλεια, με συνέπεια περαιτέρω χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Οι παραπάνω κίνδυνοι, ωστόσο, δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της με αριθμό 159/2020 Πράξης του Προέδρου της Α.Ε.Π.Π. για τις 10-03-2020, η όποια επίπτωση από την αναστολή προόδου της διαδικασίας στην αναθέτουσα αρχή ή στους λοιπούς ήδη προεπιλεγέντες υποψηφίους κρίνεται ως αμελητέα. Αντίθετα, η χορήγηση αναστολής προόδου του διαγωνισμού θα εξασφαλίσει, κατά τα ως άνω, τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επόμενων σταδίων της διαδικασίας προ της έκδοσης απόφασης της ΑΕΠΠ επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Εξάλλου, η περιεχόμενη στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής δήλωση του Υπουργού Επικρατείας ότι αν γίνει δεκτή η προσφυγή της θα κληθεί και η προσφεύγουσα στο διάλογο,

Αριθμός Απόφασης Α67 / 2020

εφόσον δεν έχει μέχρι τότε περατωθεί, δεν παρέχει κανένα εχέγγυο ότι ο διάλογος αυτός δεν θα περαιωθεί, ούτε και πολύ περισσότερο συνιστά απόφαση περί αναστολής περαιώσής του, μέχρι την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της προσφυγής. Τέλος, από τη μελέτη του φακέλου της υπόθεσης δεν πιθανολογείται ότι ο επικαλούμενος στις απόψεις της αναθέτουσας αρχής κίνδυνος απώλειας κοινοτικής χρηματοδότησης για την εκτέλεση του έργου συνιστά λόγο επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος υπέρτερο των επίσης δημοσίου συμφέροντος λόγων που επιτάσσουν την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 840/2008).

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας. Το πλέον πρόσφορο δε μέτρο και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει στο επόμενο στάδιο και να μην κληθούν οι προεπιλεγέντες υποψήφιοι του διαγωνισμού να συμμετάσχουν σε διάλογο με την αναθέτουσα αρχή κατά τους όρους της παραγράφου 4.4. της πρόσκλησης, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής. Η αναστολή αυτή, προς το σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν έχει αόριστη, αλλά βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία. Το μέτρο αυτό, σε κάθε περίπτωση, αίρεται αυτοδίκαια με την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός Απόφασης Α67 / 2020

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 120/2020 προδικαστική προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του δημόσιου διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού, με τη διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου για την επιλογή Ιδιωτικού Φορέα Σύμπραξης για την υλοποίηση του έργου «Υποδομές Υπερυψηλής Ευρυζωνικότητας – ULTRA - FAST BROADBAND» μέσω ΣΔΙΤ, τον οποίο διενεργεί το Υπουργείο και ιδίως αναστέλλει την υποβολή κλήσης στους προεπιλεγέντες υποψηφίους για συμμετοχή στο διάλογο και τη διεξαγωγή του κατά τους όρους της παραγράφου 4.4. της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος για την Α΄ φάση του διαγωνισμού, μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της ως άνω προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 12 Φεβρουαρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 13 Φεβρουαρίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Γιάννακα