

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 18 Ιανουαρίου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη Πρόεδρο και Εισηγητή, δυνάμει της με αρ. Οικ/71/09-01-2018 με αρ. 7/2018 Πράξη του ίδιου, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, μέλος και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη, μέλος.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στην από 08-01-2018 με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 16/8-1-2018 και Ειδ. Αριθ. Κατ. 2ο/3/8-1-2018 Προδικαστική Προσφυγή του για την υπ' αριθ. 33248/2017 Διακήρυξη Σύμβασης, που αφορά στην παροχή υπηρεσιών συντήρησης, ελέγχου, εξαγωγής, μεταφοράς, αποσυναρμολόγησης, επισκευής, επανασυναρμολόγησης, επιστροφής, εγκατάστασης και ρύθμισης λειτουργίας του ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού των εγκαταστάσεων επεξεργασίας λυμάτων της Τοπικής Κοινότητας Ν. Ποτίδαιας, των Ν. Μουδανίων, της Τοπικής Κοινότητας Διονυσίου του Δήμου Ν. Προποντίδας και Ν. Καλλικράτειας, καθώς και την παροχή υπηρεσιών ελέγχου και καθαρισμού αγωγών Εγκατάστασης Επεξεργασίας Λυμάτων, υπηρεσίες που κατατάσσονται στον ακόλουθο κωδικό του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : 45259100-8, με εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανερχόμενη στο ποσό των 617.110,80 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: € 497.670,00, ΦΠΑ : 119.440,80€) και με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της τιμής, με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ: 42480 (εφεξής «διαγωνισμό»), Προσφυγή, κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ και χρεωθείσα

Αριθμός Απόφασης Α29/2018

στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 09.01.2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα της Γραμματείας του, ο οικονομικός φορέας, Ανώνυμη Εταιρεία με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, οδός αρ. .. και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής Προσφεύγων).

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «ΔΗΜΟΣ ΠΡΟΠΟΝΤΙΔΑΣ ΚΑΙ ΝΕΑΣ ΚΑΛΛΙΚΡΑΤΕΙΑΣ» που εδρεύει στα Νέα Μουδανιά Ν. Θεσσαλονίκης και επί της οδού Μεγάλου Αλεξάνδρου αρ. 26, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Δήμος» ή Αναθέτουσα Αρχή ή ΑΑ) και κατά της με αριθμό 481 από 27/12/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Α.Α δυνάμει της οποίας ειδικότερα, α) εγκρίθηκε καθ' ολοκληρία το από 20/12/2017 οικείο πρακτικό της Ε.Δ του τίτλου περί αποσφράγισης και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, με το οποίο η τελευταία εισηγείτο προς την Α.Α την κατακύρωση του διαγωνισμού, στα πλαίσια του οποίου ο προσφεύγων είχε καταθέσει προσφορά, στον έτερο οικονομικό φορέα, ο οποίος ομοίως είχε καταθέσει προσφορά, ήτοι στην εταιρία με την επωνυμία "....." και β) κατακυρώθηκε (προσωρινά) το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην ως άνω ανθυποψήφια του προσφεύγοντος εταιρία (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη»). Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης, διότι όπως ισχυρίζεται ο έτερος οικονομικός φορέας στον οποίο κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός, δεν κατέθεσε όλα τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά κατακύρωσης, συνεπώς η προσβαλλόμενη εσφαλμένα εφάρμοσε τις διατάξεις των άρθρων 2.2.6 2.2.9.2, 2.4.6 και 3.2 της διακήρυξης σε συνδυασμό με την με αριθμό πρωτοκόλλου 37782 από 9/10/2017 διευκρίνισή της, που αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, ενώ αντιθέτως έπρεπε να κηρύξει την προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα απαράδεκτη ένεκα απαράβατης ελλείψεως, να την απορρίψει και να κατακυρώσει στη συνέχεια το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στον

Αριθμός Απόφασης Α29/2018

προσφεύγοντα που υπέβαλλε πλήρη και παραδεκτή προσφορά, έτι περαιτέρω ζητεί την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης και προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και ιδίως η αναστολή συνάψεως και υπογραφής της σύμβασης μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της προδικαστικής προσφυγής του, δοθέντος ότι τυχόν μη αναστολή εκτέλεσης αυτής, μη ορισμός κατάλληλων προσωρινών μέτρων και συνέχιση της διαδικασίας δια της συνάψεως και υπογραφής της σύμβασης, ενόσω μάλιστα εκκρεμεί η εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, θα οδηγήσει αναπόφευκτα σε ιδιαιτέρως δυσμενείς συνέπειες, προεχόντως ως προς τη νομιμότητα της συμβάσεως, ιδίως σε περίπτωση παραδοχής της προσφυγής, ενώ όμως στο μεταξύ θα έχει συναφθεί ή υπογραφεί η σύμβαση.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά το εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί δυνάμει της με αρ. ΑΠ ΔΥ/08-01-2018 Βεβαίωσης ελέγχου και δέσμευσης ηλεκτρονικού παραβόλου της ΑΕΠΠ, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 183356192958 0309 0021, το οποίο πληρώθηκε εμπρόθεσμα την 08-01-2018, ποσού δύο χιλιάδων τετρακοσίων ενενήντα Ευρώ (2.490,00 €), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α΄ 64) δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 497.670,00 Ευρώ, χωρίς ΦΠΑ.

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι,

Αριθμός Απόφασης Α29/2018

σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, του αντικειμένου της (υπηρεσία) και της ημερομηνίας αποστολής της για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 06-09-2017, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ Ν. 4412/2016, δυνάμει του άρθρου 230 παρ. 2 β) Ν. 4412/16 και υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/25/ΕΕ και συνεπώς κατά τις οικείες διατάξεις του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 υπάγεται στην δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της (κατ' αρ. 345 παρ. 1 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, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα, μέσω της διαλειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. (Α/Α: 42480) την 28-12-2017 και ο προσφεύγων άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή με κατάθεσή της στον ίδιο ηλεκτρονικό τόπο, την 08-01-2018, ήτοι επομένως την επόμενη εργάσιμη της 07-01-2018 οπότε καταρχήν έληγε η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία, πλην όμως ήταν Κυριακή, επομένως μέρα εξαιρεσίμη και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ.

5. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 ο Προσφεύγων ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενος την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης κατά το

Αριθμός Απόφασης Α29/2018

σκέλος αυτής, με το οποίο κατακύρωσε τον διαγωνισμό σε έτερο οικονομικό φορέα, ενώ θα έπρεπε να απορρίψει την προσφορά του, επομένως ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη, εφόσον η προσφορά του έχει ήδη γίνει αποδεκτή και, σε περίπτωση απόρριψης της προσφοράς του έτερος οικονομικού φορέα, θα αποτελέσει τον μοναδικό οικονομικό φορέα, η προσφορά του οποίου έχει γίνει δεκτή και συνακόλουθα θα κατακυρωθεί σε αυτόν η υπό ανάθεση σύμβαση.

6. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, σε κάθε περίπτωση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή δεν παρίσταται ως προδήλως απαράδεκτη.

7. Επειδή στο άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας προβλέπεται ότι: *«Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: α) ... β) να διαθέτουν τουλάχιστον το παρακάτω εξειδικευμένο επιστημονικό και τεχνικό προσωπικό που θα είναι υπεύθυνο για την εκτέλεση της σύμβασης : ... Χημικό Μηχανικό Π.Ε. ή Χημικό Π.Ε., ως υπεύθυνο καλής λειτουργίας των βιολογικών, ελευθέρου ωραρίου, με τουλάχιστον ένα έτος εμπειρία, κατά την τελευταία τριετία (2014-2016), σε εγκαταστάσεις επεξεργασίας λυμάτων...»* Περαιτέρω, στο άρθρο 2.2.9.2 της διακήρυξης περί αποδεικτικών μέσων και συγκεκριμένα στην παρ. Β.4 προβλέπεται ότι: *«...Για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας της παραγράφου 2.2.6 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν, α) συμβάσεις παρόμοιων εργασιών που έχουν εκτελέσει κατά τη διάρκεια των (3) τριών τελευταίων ετών με άλλους φορείς του Δημοσίου και βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης – παραλαβής των συμβάσεων ή βεβαιώσεις καλής εκτέλεσης – παραλαβής από φορείς του ιδιωτικού τομέα. β) την ηλεκτρονικά υποβαλλόμενη προς την υπηρεσία Σ.ΕΠ.Ε. (επιθεώρηση εργασίας), με τον απαραίτητο ηλεκτρονικό αριθμό πρωτοκόλλου, κατάσταση προσωπικού για την απασχόληση του απαιτούμενου προσωπικού,*

Αριθμός Απόφασης Α29/2018

κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών για τις συμβάσεις που αναφέρονται στην προηγούμενη παράγραφο...». Συναφώς στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, μετά από ερώτημα του προσφεύγοντα, αναρτήθηκε διευκρίνιση της αναθέτουσας αρχής, δια του με αριθμό πρωτοκόλλου 37782 από 9/10/2017 εγγράφου της στο οποίο αναφέρονταν τα εξής: «...Στο έντυπο Ε4 της υπηρεσίας Σ.Ε.Π.Ε (επιθεώρηση εργασίας), στην κατάσταση του απασχολούμενου προσωπικού κάθε επιχείρησης, αναγράφεται ρητά η «Ειδικότητα, Ιδιότητα, σχέση και καθεστώς απασχόλησης» κάθε εργαζόμενου της επιχείρησης. Επομένως κάθε εργαζόμενος με σχέση μισθωτής εργασίας θα πρέπει να αναγράφεται στον έντυπο Ε4 με την ιδιότητά του. Σε οποιαδήποτε άλλη περίπτωση που η σχέση εργασίας δεν είναι μισθωτή, τότε υπάγεται στο άρθρο 2.2.8 της διακήρυξης «Στήριξη στις ικανότητες τρίτων» και θα πρέπει να υποβληθούν τα αναφερόμενα στην διακήρυξη αποδεικτικά στοιχεία. Η εμπειρία του επιστημονικού και τεχνικού προσωπικού θα αποδεικνύεται σύμφωνα με το άρθρο 2.2.9.2 παράγραφος Β4, υποπαράγραφος α), της διακήρυξης». Εξάλλου, η διακήρυξη προέβλεπε την δυνατότητα στήριξης του υποψηφίου σε τρίτους φορείς και ειδικότερα στο άρθρο 2.2.8 αυτής προβλέπεται ότι: «...Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους, τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται...». Συναφώς, στην δεύτερη παράγραφο του άρθρου 2.2.9.2 της διακήρυξης προβλέπεται ότι: «... Στην περίπτωση που προσφέρων οικονομικός φορέας ή ένωση αυτών στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με την παράγραφο 2.2.8. της παρούσας, οι φορείς στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται υποχρεούνται στην

Αριθμός Απόφασης Α29/2018

υποβολή των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4-2.2.8). ...». Τέλος, στο άρθρο 2.4.3.1 της διακήρυξης περί του περιεχομένου του Φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» προβλέπεται ότι: «...Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Ένας οικονομικός φορέας που συμμετέχει μόνος του και ο οποίος δεν στηρίζεται στις ικανότητες άλλων οντοτήτων προκειμένου να ανταποκριθεί στα κριτήρια επιλογής, πρέπει να συμπληρώνει ένα ΕΕΕΣ...». Συμπερασματικά, πιθανολογείται ότι σύμφωνα με τα έγγραφα της σύμβασης και τις πιο πάνω αναφερόμενες διατάξεις της διακήρυξης, στον υπό κρίση διαγωνισμό προβλεπόταν πως ο οικονομικός φορέας, προκειμένου να αξιολογηθεί από την εκάστοτε αρχή που διεξάγει τον διαγωνισμό, ότι πληροί τις απαιτήσεις του διαγωνισμού και τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής θα έπρεπε να αναφέρει στο διαθέσιμο από αυτόν προσωπικό, μεταξύ άλλων και Χημικό Μηχανικό Π.Ε. ή Χημικό Π.Ε., ως υπεύθυνο καλής λειτουργίας των βιολογικών, ελευθέρου ωραρίου, με τουλάχιστον ένα έτος εμπειρία, κατά την τελευταία τριετία (2014-2016), σε εγκαταστάσεις επεξεργασίας λυμάτων, ο οποίος είτε θα έπρεπε να περιλαμβάνεται στο έντυπο Ε4 της υπηρεσίας Σ.Ε.Π.Ε (επιθεώρηση εργασίας), στην κατάσταση του απασχολούμενου προσωπικού της προσφέρουσας, είτε θεωρούμενος ως τρίτος, στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων οικονομικός φορέας, υποχρεούτο να υποβάλει δικαιολογητικά που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρεί τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4-2.2.8), όφειλε δε έτι περαιτέρω, να υποβάλλει ξεχωριστό ΕΕΕΣ, σύμφωνα με ρητό όρο στο σχέδιο ΕΕΕΣ που συνόδευε ως παράρτημα την διακήρυξη, αλλά προκύπτει και από την συνδυασμένη ερμηνεία των

Αριθμός Απόφασης Α29/2018

διατάξεων των άρθρων 307, 308 παρ. 1 σε συνδυασμό με τις διατάξεις των άρθρων 78 και 79 Ν. 4412/16.

8. Επειδή, κατόπιν απλής επισκόπησης της διακήρυξης και της προσφοράς (.....) που υπέβαλε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Α/Α συστήματος 42480) ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....», μολονότι στο υποβληθέν ΕΕΕΣ του στη σελίδα 27 δήλωσε το προσωπικό που θα απασχοληθεί στις εγκαταστάσεις και μεταξύ άλλων δήλωσε τον, Χημικός Μηχανικός Π.Ε., ως υπεύθυνο καλής λειτουργίας των βιολογικών, πλην όμως δεν προκύπτει ότι περιλαμβάνεται στις καταστάσεις προσωπικού που υπέβαλε, ούτε, θεωρώντας τον ως τρίτο φορέα στην εμπειρία και τις ιδιότητες του οποίου στηρίζεται, υπέβαλε πλήρη την σειρά των δικαιολογητικών που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της παρούσας και ότι πληρεί τα σχετικά κριτήρια επιλογής κατά περίπτωση (παράγραφοι 2.2.4-2.2.8 της διακήρυξης), μεταξύ των οποίων και ξεχωριστό ΕΕΕΣ για αυτόν, επομένως πιθανολογείται ότι η προσβαλλόμενη ως προς τον οικονομικό φορέα στον οποίο κατακύρωσε την υπό ανάθεση σύμβαση εσφαλμένα εφάρμοσε τις διατάξεις των άρθρων 2.2.6 2.2.9.2, 2.4.6 και 3.2 της διακήρυξης.

9. Επειδή για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας των ισχυρισμών του προσφεύγοντα σχετικά με τον υπό εξέταση λόγο της προσφυγής του, οι οποίοι πάντως δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι, απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων από αρμόδιες Αρχές και Φορείς.

10. Επειδή, κατ' ακολουθία, σε κάθε περίπτωση η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή δεν παρίσταται ως προδήλως αβάσιμη.

Αριθμός Απόφασης Α29/2018

11. Επειδή, μετά ταύτα, ο Προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλομένης και την λήψη του μέτρου της αναστολής υπογραφής της υπό ανάθεση σύμβασης, δοθέντος ότι τυχόν μη αναστολή εκτέλεσης αυτής, μη ορισμός κατάλληλων προσωρινών μέτρων και συνέχιση της διαδικασίας δια της συνάψεως και υπογραφής της σύμβασης, ενόσω μάλιστα εκκρεμεί η εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, θα οδηγήσει αναπόφευκτα σε ιδιαιτέρως δυσμενείς συνέπειες, προεχόντως ως προς τη νομιμότητα της συμβάσεως, ιδίως σε περίπτωση παραδοχής της προσφυγής, ενώ όμως στο μεταξύ θα έχει συναφθεί ή υπογραφεί η σύμβαση.

12. Επειδή, περαιτέρω, 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»*

13. 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,*

Αριθμός Απόφασης Α29/2018

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»

14. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

15. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «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».

16. 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. Ετέρωθεν, δεν 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 κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας

Αριθμός Απόφασης Α29/2018

κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

17. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. λήψεως απόφασης παροχής προσωρινών μέτρων είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου- και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

18. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

19. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές, οι οποίες και έχουν ανοιχθεί, έχουν ορισθεί οι προσωρινοί μειοδότες για καθένα από τα επιμέρους τμήματα του διαγωνισμού και ελέγχονται τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού

Αριθμός Απόφασης Α29/2018

μειοδότη. Δεν υπάρχει επόμενο στάδιο στον διαγωνισμό, καθώς απομένει η προσβαλλόμενη να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της κατ' άρθρο 316 Ν. 4412/2016 και να υπογραφεί η υπό ανάθεση σύμβαση.

20. Επειδή, δεδομένου ότι ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η οποία ως προελέχθη δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη (βλ. σκ. 6 και 10 της παρούσας), απεναντίας ο με την προσφυγή προβαλλόμενος λόγος πιθανολογείται βάσιμος, σε κάθε περίπτωση η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017), ως προελέχθη, ούτε υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα όσα έχουν γίνει δεκτά έως τώρα, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει, ούτε αίτημα προς τον σκοπό αυτό υπέβαλε η αναθέτουσα αρχή ή τρίτος, ούτε σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον μπορεί εν προκειμένω να αρθεί η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη σύμβασης έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, σε βάρος της τήρησης της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008).

21. Επειδή, εξάλλου ο χρόνος για την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής δεν είναι ούτε αόριστος ούτε μακρύς. Επομένως, η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη της υπό ανάθεση σύμβασης έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία,

Αριθμός Απόφασης Α29/2018

ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα του Αναθέτοντα Φορέα για ταχεία περάτωση αυτής.

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία αυτής από την συνέχιση της διαδικασίας, γιατί μετά την άσκηση της προσφυγής, αυτή, στο στάδιο που ευρίσκεται δεν μπορεί να συνεχίσει, ούτε η επικαλούμενη ζημία της από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, γιατί δεν έχει καταστεί οριστική, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτής για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. (βλ. ΑΕΠΠ Α75/2017, Α97/2017, Α16/2018).

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και εφόσον ο διαγωνισμός έχει εκ των πραγμάτων προχωρήσει στο τελικό στάδιο, έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων, σε κάθε δε περίπτωση δεν δύναται να υπογραφεί η σύμβαση, το δικαίωμα της προσφεύγουσας και η εύλογη προσδοκία της περί συμμετοχής της στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και εν τέλει στην ανάδειξη αυτής ως αναδόχου της εν λόγω σύμβασης δεν θίγεται σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της προδικαστικής της προσφυγής.

24. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, με την ρητή επισήμανση ότι δεν αίρεται η απαγόρευση σύναψης της υπό ανάθεσης σύμβασης, η οποία

Αριθμός Απόφασης Α29/2018

εξακολουθεί να ισχύει κατά τις διατάξεις των άρθρων 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και του άρθρου 6 του Π.Δ. 39/2017, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντα πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 18-01-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΑΝΘΟΥΛΑ ΝΙΚΟΛΑΪΔΟΥ