

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Μαΐου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Αγγελική Πουλοπούλου και Μαργαρίτα Κανάβα (βάσει Πράξης Προέδρου 38/2020), Μέλη.

Για να εξετάσει το συνημμένο αίτημα προσωρινών μέτρων στην από 24-4-2020 κατατεθείσα με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 507/27-4-2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της με αρ. πρωτ. διακήρυξης για την «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ, ΕΠΙΣΚΕΥΗ ΚΑΙ ΣΥΝΤΗΡΗΣΗ ΑΘΛΗΤΙΚΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΤΟΥ» με εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία 600.000,00 ευρώ, και δη κατ' αμφότερα τα τμήματα αυτής, η οποία διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 7-4-2020 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 9-4-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α

Με το συνημμένο στην προσφυγή του αίτημα προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων ζητά την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και της λήξης προθεσμίας υποβολής προσφορών, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. και ποσού 3.000,00 ευρώ, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, το εξεταζόμενο αίτημα ερείδεται επί εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκούμενης την 24-4-2020 νομίμως υπογεγραμμένης προσφυγής, δημοσιευθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ την 9-4-2020 (και άρα η προσφυγή είναι εμπρόθεσμη τόσο ως ασκηθείσα εντός των 15 ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ, ΣΤΕ ΕΑ 109/2019, όσο και ως ασκηθείσα εντός 4 ημερών από την 20-4-2020 δηλούμενη γνώση της προσβαλλομένης, ΣΤΕ ΕΑ 56/2020) που ο προσφεύγων ασκεί αιτούμενος την ακύρωση διακήρυξης δημόσιας σύμβασης μικτής σύμβασης προκηρυσσόμενης ως προμήθειας, εμπίπτουσας λόγω χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ και εκτιμώμενης αξίας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, επικαλούμενος ότι παρά την ιδιότητα του ως ευλόγως ενδιαφερόμενου για την ανάθεση σε αυτόν οικονομικός φορέας, παρανόμως αποκλείεται και δυσχεραίνεται ουσιαδώς η συμμετοχή του, ως προς το τμήμα 1 ΑΝΑΚΑΤΑΣΚΕΥΗ-ΕΚΣΥΓΧΡΟΝΙΣΜΟΣ ΤΟΥ ΔΑΚ, της διακήρυξης, το ίδιο δε για το τμήμα 2 ΑΝΑΚΑΤΑΣΚΕΥΗ-ΕΚΣΥΓΧΡΟΝΙΣΜΟΣ ΓΗΠΕΔΟΥ ΠΟΔΟΣΦΑΙΡΟΥ 5Χ5 ΣΤΗΝ ΤΚ ΚΑΝΔΗΛΑΣ, για το οποίο επιπλέον επικαλείται και ότι υπάγεται η αξιολόγηση της προσφοράς του σε ασαφές καθεστώς.

Περί του τμήματος 1, ειδικότερα επικαλείται ότι πρώτον, μη νομίμως η διακήρυξη απαιτεί οι μετέχοντες να κατασκευάσουν, πιστοποιήσουν και εγκαταστήσουν σε άλλα στάδια επί τούτου νέο προϊόν βασιζόμενο στο ταρτάν που είναι ήδη εγκατεστημένο στην αναθέτουσα και τούτο, απλώς για να μετάσχουν και όσον αφορά το μέρος του τμήματος 1 που αφορά ανακατασκευή υπάρχοντος ταρτάν, ότι δεύτερον, απατούνται πιστοποιήσεις αφενός ακατάλληλες και αδικαιολόγητες σε σχέση με λοιπές απαιτήσεις της διακήρυξης,

Αριθμός Απόφασης :Α163/2020

αφετέρου άνευ δυνατότητας υποβολής ισοδυνάμου και τρίτον, ότι μη νομίμως απαιτείται να υποβάλει δείγματα επισφραγισμένα από εργαστήριο άνευ δυνατότητας υποβολής ισοδυνάμου αποδεικτικού μέσου και ενώ τούτο δυσχεραίνει υπέρμετρα και αδικαιολόγητα, έναντι μάλιστα εναλλακτικών λύσεων, την υποβολή προσφοράς, ενώ όσον αφορά το τμήμα 2 προβάλλει ότι πρώτον, υφίστανται δυσανάλογες και αδικαιολόγητες απαιτήσεις πιστοποίησης για τον παραγωγό χλοοτάπητα, τον παραγωγό άμμου και τον προσφέροντα, οι οποίες μάλιστα είναι και ασαφείς ως προς το πρόσωπο στο οποίο αναφέρονται, δεύτερον, απαιτούνται πιστοποιήσεις των υλικών αδικαιολόγητες και δυσανάλογες και δη σε σχέση με λοιπές ταυτόχρονες απαιτήσεις και τρίτον, ότι η προδιαγραφή κοκκομετρίας της άμμου έχει παρανόμως διατυπωθεί σε συγκεκριμένο αποκλειστικό μέγεθος, το ίδιο δε και η προδιαγραφή γραμμικής πυκνότητας νήματος τάπητα.

3. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται ακόμη και σε αυτεπάγγελη εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω Προσφυγής, βάσει της ρητής οικείας ευχέρειας που απονέμει το άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόν παρεμβαίνοντος ή της αναθέτουσας. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων, όπως κρίθηκε και στην Απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3/2017 (σκέψη 2), προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της Προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει adhoc τα όποια Προσωρινά Μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του Προσφεύγοντος ή οιοδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής. Επειδή δε, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 της ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017 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) εμπλεκομένων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την έννοια κατά την ως άνω μνημονευθείσα εξάλλου Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017, ότι το

Αριθμός Απόφασης :Α163/2020

αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, αναφέρεται 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, ήτοι πρώτον την κρίση περί τυχόν προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου της Προσφυγής, με την πιθανολόγηση επί του προδήλως αβασίμου να αφορά την έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία νομικού πλαισίου, δεύτερον την πιθανολόγηση συνδρομής μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των εμπλεκόμενων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, τρίτον τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την όποια ζημία που δύναται να προκληθεί από το προσωρινό μέτρο και τέταρτον την εξέταση του περιεχομένου των μέτρων με πρόκριση εκείνων που είναι κατάλληλα για την αποτροπή της ζημίας και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως με την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (βλ. και Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 3,6 και 8/2017).

4. Επειδή, συνεπεία όσων αναφέρθηκαν στη σκ. 2 και σε συνδυασμό με τα μνημονευθέντα στη σκ. 3, η προσφυγή δεν προκύπτει ως προδήλως अपαράδεκτη ούτε ως προδήλως αβάσιμη, δεδομένου εξάλλου ότι περιέχει καταρχήν στοιχειοθετημένους και ορισμένους λόγους που χρήζουν περαιτέρω εξέτασης ομού μετά των Ατόψεων και των τυχόν παρεμβάσεων και σε συνδυασμό με τα έγγραφα της διαδικασίας, εξέταση που δεν δύναται να λάβει χώρα στο όλως επιταχυμένο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας. Επομένως, δεν συντρέχει περίπτωση διάγνωσης λόγου προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου, τουλάχιστον στο όλως περιορισμένο πεδίο εξέτασης περί προδήλου λόγου απόρριψης που αφορά το στάδιο της διαδικασίας εξέτασης περί χορήγησης προσωρινών μέτρων από την ΑΕΠΠ. Ούτως, δεν χωρεί επί οιασδήποτε εξ αυτών άρση αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης κατ' άρ. 15 παρ. 3, αλλά αντίθετα χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017.

Αριθμός Απόφασης :Α163/2020

5. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη εκ της ολοκλήρωσης του σταδίου υποβολής προσφορών είναι πιθανή και οπωσδήποτε μη αμελητέα, καθώς η διατήρηση των προσβαλλόμενων δια της προσφυγής όρων, δεδομένου ότι ο προσφεύγων επικαλείται αποκλεισμού του εξ αυτών ή αδυναμία ή ουσιώδη δυσχέρεια σύνταξης προσφοράς, θα οδηγήσει ενδεχομένως είτε σε αποκλεισμό του είτε σε δυσχέρεια συμμετοχή του. Εξάλλου, οι προσβαλλόμενοι όροι δύνανται να θίγουν περισσότερους τυχόν ενδιαφερόμενους προς συμμετοχή στον διαγωνισμό οικονομικούς φορείς, οι οποίοι τυχόν αποθαρρυνθούν από τη συμμετοχή τους, με περαιτέρω εξάλλου αποτέλεσμα τη μείωση του ανταγωνισμού, προς βλάβη έτσι και των συμφερόντων του αναθέτοντος φορέα. Επιπλέον, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και οι επίμαχοι όροι κριθούν ως μη νόμιμοι, πλην όμως μετά την περάτωση του σταδίου υποβολής ή και αξιολόγησης προσφορών, εκτός του ότι η ως άνω μείωση ή νόθευση του ανταγωνισμού βάσει παραλείψεως νόμιμου όρου θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμους όρους, ως και περαιτέρω ανάγκης ματαιώσεως της όλης διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής μετά από περαιτέρω πρόοδό της και προώθηση σε επόμενα στάδια, θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την αναθέτουσα, όσο και για τους τυχόν συμμετέχοντες, ακόμη δε και για αυτούς που τυχόν πληρούν τους επίμαχους όρους, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του σταδίου υποβολής προσφορών. Συγχρόνως, η αμφιβολία περί της νομιμότητας και σαφήνειας των όρων και απαιτήσεων συμμετοχής του διαγωνισμού ενδέχεται να δημιουργήσει προβλήματα και αμφιβολίες τόσο στους μετέχοντες ως προς τη σύνταξη των ίδιων των προσφορών τους, όσο και στα όργανα αξιολόγησης του αναθέτοντος, τα συμφέροντα των οποίων θα εξασφαλιστούν με την αποσαφήνιση των κριτηρίων αυτών προ της ολοκλήρωσης των προσφορών. Εξάλλου, δεδομένων των αποκλειστικών προθεσμιών κατ' άρ. 365 παρ. 1 και 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, αντίστοιχα για την εξέταση και για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας για διάστημα που θα επαρκεί για την εκ μέρους του Κλιμακίου, μετά την εξέταση της υπόθεσης, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στον αναθέτοντα, τον παρεμβαίνοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η πρόοδος της διαδικασίας υποβολής προσφορών, αν περατωθεί πριν την έκδοση Απόφασης επί της προσφυγής, θα στερήσει πρακτικά και προκαταβολικά τον προσφεύγοντα από την ενώπιον της

Αριθμός Απόφασης :Α163/2020

Α.Ε.Π.Π. αιτούμενη προστασία, θα καταστήσει αλυστιτελή και άνευ αντικειμένου την κρίση της τελευταίας επί της προσφυγής και εν γένει κατά τα ως άνω θα ζημιώσει σημαντικά τόσο τον προσφεύγοντα, όσο και την αναθέτουσα αρχή, αλλά και τους έτερους τυχόν μετέχοντες και ευρύ κύκλο ενδιαφερόμενων τρίτων. Επειδή, εξάλλου, ασχέτως δε της ύπαρξης τυχόν ειδικότερου αιτήματος αναστολής του προσφεύγοντος και του περιεχομένου του, το οποίο εν προκειμένω δεν δεσμεύει το Κλιμάκιο και την αυτεπάγγελτη προς το πρώτον διαταγή και διαμόρφωση του καταλλήλου προσωρινού μέτρου αρμοδιότητα κατά τα άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/20173, εν προκειμένω προκύπτει ότι το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφέροντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα της περάτωσης της διαδικασίας υποβολής προσφορών. Το μέτρο αυτό ειδικότερα υλοποιείται με τη χορήγηση παράτασης στο στάδιο αυτό και δη του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών έως και την έκδοση Απόφασης του Κλιμακίου επί των Προσφυγών.

4. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτό το αίτημα χορήγησης προσωρινών μέτρων με το ανωτέρω περιεχόμενο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη διατάσσει την παράταση της κατάληξης του σταδίου υποβολής προσφορών έως και την έκδοση Απόφασης επί της προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 7-5-2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΙΣΟΚΕΦΑΛΟΥ ΕΛΕΝΗ