

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**1<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Μαΐου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Αγγελική Πουλοπούλου και Χρήστος Σώκος (βάσει Πράξης Προέδρου 38/2020), Μέλη.

Για να εξετάσει το συνημμένο αίτημα προσωρινών μέτρων στην από 8-5-2020 κατατεθείσα με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 556/27-4-2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία « ..... » .....» και τα κατ' ιδίαν ως άνω μέλη αυτής, , νομίμως εκπροσωπούμενων.

Κατά του αναθέτοντος φορέα « .....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της με αρ. πρωτ. .... διακήρυξης για την ανάθεση του έργου «ΕΣΩΤΕΡΙΚΑ ΔΙΚΤΥΑ ΑΠΟΧΕΤΕΥΣΗΣ ΛΥΜΑΤΩΝ ΠΑΡΑΛΙΑΚΩΝ ΟΙΚΙΣΜΩΝ .....» με εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία 33.740.000,00 ευρώ, η οποία διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 7-4-2020 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..... την 13-4-2020 και στο ΕΣΗΔΗΣ ΕΡΓΩΝ 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 και δη τα παράβολα με αρ. .... και ποσού 7.500,00 ευρώ του πρώτου ως άνω μέλους της ένωσης, που πληρώθηκε δια του από 7-5-2020 εμβάσματος ..... και με αρ. ....και ποσού 7.500,00 ευρώ του δεύτερου ως άνω μέλους της ένωσης, που φέρει την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, το εξεταζόμενο αίτημα ερείδεται επί εμπροθέσμως ασκούμενης την 8-5-2020 νομίμως υπογεγραμμένης προσφυγής, δημοσιευθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ την 13-4-2020 (και άρα η προσφυγή είναι εμπρόθεσμη ως ασκηθείσα εντός της δεκαήμερου προθεσμίας από την 28-4-2020, ήτοι το σημείο παρέλευσης των 15 ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ, ΣΤΕ ΕΑ 56/2020) που ο προσφεύγων ασκεί αιτούμενος την ακύρωση διακήρυξης δημόσιας σύμβασης έργου, 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, λόγω του κριτηρίου επιλογής 22.Δ.γ της διακήρυξης.

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 αυτεπάγγελτη 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.

## Αριθμός Απόφασης :Α170/2020

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) εμπλεκόμενων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την έννοια κατά την ως άνω μνημονευθείσα εξάλλου Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017, ότι το 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

## Αριθμός Απόφασης :Α170/2020

καταρχήν στοιχειοθετημένους και ορισμένους λόγους που χρήζουν περαιτέρω εξέτασης ομού μετά των Απόψεων 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 και ενώ το ζήτημα του ειδικότερου επί των οικείων ισχυρισμών του, εννόμου συμφέροντος θα κριθεί στο πλαίσιο αναλυτικής εξέτασης της ουσίας αυτών, η οποία δεν υπάγεται στην παρούσα περί προσωρινών μέτρων εξέταση και του όλως περιορισμένου αντικειμένου της. 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.

5. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας ένωσης εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη εκ της ολοκλήρωσης του σταδίου υποβολής προσφορών, ως και περαιτέρω αποσφράγισης και αξιολόγησης τους, 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

## **Αριθμός Απόφασης :Α170/2020**

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' άρθρ. 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 και η περαιτέρω αποσφράγιση και αξιολόγηση τους, αν περατωθεί πριν την έκδοση Απόφασης επί της προσφυγής, θα στερήσει πρακτικά και προκαταβολικά τον προσφεύγοντα από την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. αιτούμενη προστασία, θα καταστήσει αλυσιτελή 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, ενώ άλλωστε, η αποσφράγιση θα επιφέρει την αποκάλυψη των οικονομικών στοιχείων των προσφερόντων με κίνδυνο αλυσιτέλειας αυτής, αφού ενδέχεται να ακυρωθεί η διαδικασία, η δε περαιτέρω αξιολόγηση θα οδηγήσει τυχόν σε νέες εκτελεστές πράξεις με πιθανές νέες διαφορές και συνακόλουθη περιπλοκή της διαδικασίας και ενώ θα τελεί σε αμφιβολία η ίδια η υπόστασή της. Επειδή, εξάλλου, ασχέτως δε της ύπαρξης τυχόν ειδικότερου αιτήματος αναστολής του προσφεύγοντος και

## **Αριθμός Απόφασης :Α170/2020**

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 εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, 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 της Προσφυγής. Περαιτέρω, και εφόσον ο χρόνος αυτός τυχόν έχει ήδη λήξει, το ως άνω προσωρινό μέτρο επεκτείνεται στην αναστολή της αποσφράγισης ως και αξιολόγησης προσφορών, έως και την έκδοση της ως άνω Απόφασης επί της Προσφυγής.

6. 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, σε κάθε δε περίπτωση αναστέλλει την αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών, έως και την έκδοση Απόφασης επί της προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 18-5-2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΜΙΣΟΚΕΦΑΛΟΥ ΕΛΕΝΗ**