

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 19 Απριλίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Ιωάννης Κίτσος-Εισηγητής και Ιωάννα Θεμελή,
Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων επί της Προδικαστικής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/429/09.04.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του «.....» όπως νόμιμα εκπροσωπείται από τον «.....» [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την Προδικαστική Προσφυγή της, η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η Απόφαση Δ16/ΒΟΑΚ/431/22-3-2019 της αναθέτουσας αρχής, με την οποία, κατ' έγκριση του από 15.03.2019 ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ της Επιτροπής Διενέργειας της «ΦΑΣΗΣ Α: Πρόσκληση Υποβολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος» του διεθνούς δημόσιου Διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης Σύμπραξης Δημοσίου Ιδιωτικού Τομέα (ΣΔΙΤ) του δημοσίου έργου «.....», έγιναν αποδεκτοί για τη «ΦΑΣΗ Β» οι Φάκελοι Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος των αντίπαλων εταιρειών.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Ιωάννη Κίτσο.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (€15.000), σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64), λαμβανομένου υπόψη του άρθρου 3.7. «Εκτιμώμενη αξία της Σύμβασης Σύμπραξης» και ειδικότερα 3.7.2. της επίμαχης «Πρόσκλησης» (σελ. 18), όπου ορίζεται πως «η αναθέτουσα αρχή, μετά την έναρξη λειτουργίας του Έργου, θα καταβάλει στον Ι.Φ.Σ [Ιδιωτικό Φορέα Σύμπραξης] πληρωμές διαθεσιμότητας [availability payments], που έχουν ενδεικτικά εκτιμηθεί σε καθαρά παρούσα αξία χωρίς να ληφθεί υπόψη η ενδεχόμενη συμμετοχή της Αναθέτουσας Αρχής στη χρηματοδότηση του κόστους κατασκευής του Έργου, στο ποσό των €290.000.000 (πλέον ΦΠΑ)...», με την επιφύλαξη βέβαια πως «ο ακριβής προϋπολογισμός των πληρωμών διαθεσιμότητας που θα καταβληθούν στον Ι.Φ.Σ. θα καθοριστεί βάσει των αποτελεσμάτων του διαλόγου κατά το Στάδιο Β.Ι [Διάλογος] της “ΦΑΣΗΣ Β” του Διαγωνισμού και θα συμπεριληφθεί στην Πρόσκληση Υποβολής Προσφορών», σε κάθε περίπτωση ο επίμαχος Διαγωνισμός ΣΔΙΤ κατατείνει στη σύναψη μίας εκ των μεγαλύτερων αυτοχρηματοδοτούμενων συμβάσεων των τελευταίων ετών στον τομέα των οδικών μεταφορών με προβλεπόμενη (κατά μέγιστο) συμβατική διάρκεια (maximum PPP period) 30 ετών (όπως αυτή θα οριστικοποιηθεί κατά το ίδιο ως άνω ΣΤΑΔΙΟ) (άρθρο 3.5., σελ. 17 ομοίως).

2. Επειδή, με την Απόφαση Α16/ΒΟΑΚ/οικ613/14.06.2018 του εγκρίθηκε η διενέργεια διεθνούς δημόσιου Διαγωνισμού, για την ανάθεση, μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ (με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ), και με τη διαδικασία του ανταγωνιστικού διαλόγου, σύμβασης ΣΔΙΤ για το δημόσιο έργο «.....», καθώς και [εγκρίθηκε] το Τεύχος Πρόσκλησης

Υποβολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος της «ΦΑΣΗΣ Α» αυτού, με την επισήμανση πως η εν λόγω Πρόσκληση τροποποιήθηκε με τις με αρ. πρωτ. Δ16/ ΒΟΑΚ 1/ 808/ 25.07.2018, Δ16/ ΒΟΑΚ Σ/ οικ. 984/ 06.09.2018 και Δ16/ ΒΟΑΚ Σ/ 1122/ 04.10.2018 αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής. Διεκδικώντας την ανάθεση της επίμαχης δημόσιας σύμβασης ΣΔΙΤ, από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού διοικητικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει, πως στον Διαγωνισμό αυτόν συμμετείχαν οι α) «.....», β) «.....», γ) «.....», δ) «.....» και ε) «.....». Με την Απόφαση Δ16/ΒΟΑΚ/431/22.03.2019 της αναθέτουσας αρχής αποφασίστηκε, κατ' έγκριση του από 15.03.2019 ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ της ορισθείσας, για τη διεξαγωγή του επίμαχου Διαγωνισμού, Επιτροπής η αποδοχή όλων των Φακέλων Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος εκ των παραπάνω διεθνών και εσωτερικών κατασκευαστικών εταιρειών, οι οποίες κρίθηκαν κατάλληλες για την επόμενη «ΦΑΣΗ Β» του Διαγωνισμού. Η επίμαχη Απόφαση κοινοποιήθηκε σε όλους τους ανωτέρω προσφέροντες στις 28.03.2019 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του αντίστοιχου Διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή της με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού όπως περιγράφεται στο άρθρο 3.7.2. της αντίστοιχης «Πρόσκλησης Υποβολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος» (βλ. σκέψη 1), σύμφωνα με τα άρθρα 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 1 περ. β) του Κανονισμού και επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε

μετά τις 26.06.2017 (βλ. αριθμό 2018/S 114-258594 εκ της Υπηρεσίας Εκδόσεων της ΕΕ).

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί, δυνάμει των άρθρων 362 παρ. 1 εδ. β', 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 3, 9 παρ. 2 Κανονισμού, εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ στις 08.04.2019 (ώρα 18:19:06:06), μετά των συνημμένων αυτής σχετικών εγγράφων 1-3 και Α-Γ, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας 10 ημερών από την κοινοποίηση στις 28.03.2019 της προσβαλλόμενης Απόφασης σε όλους τους Προσφέροντες με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (βλ. σελ. 3 Πεδίο Δ. κατά συνομολόγηση).

6. Επειδή, η αιτούσα, δραστηριοποιούμενη στον χώρο των κατασκευών και ειδικότερα των εκτελούμενων με την αυτοχρηματοδοτούμενη μέθοδο των ΣΔΙΤ έργων, βάλλουσα κατά τ' άλλα κατά της «Απόφασης Δ16/ΒΟΑΚ/ 431/ 22.03.2019 της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος ως προς το οποίο [τη] βλάπτει, δηλαδή κατά το μέρος ως προς το οποίο ... γίνονται δεκτοί οι Φάκελοι Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος όλων των λοιπών συνυποψήφιων της», για την απόδειξη της συνδρομής στο πρόσωπό της εννόμου συμφέροντος, «προφανούς» όπως υποστηρίζει, αρκείται, πάντως, για την προβολή των αιτιάσεών της, πως η υποκειμενική προϋπόθεση του παραδεκτού αυτή συντρέχει, καθώς «... είναι διαγωνιζόμενη ο Φάκελος Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος της οποίας κρίθηκε νομότυπος και, πάντως, δεν έχει απορριφθεί βάσει απόφασης με ισχύ οριστικού δεδικασμένου (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 30/2019) και, αφετέρου, [διότι] επιδιώκει την απόρριψη των Φακέλων Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος των λοιπών συνυποψήφιων της» και την έξοδό τους από τη σε εξέλιξη διαγωνιστική διαδικασία, δηλαδή από τη «ΦΑΣΗ Β».

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 8ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017, ενώ με την Πράξη 530/10.04.2019 του Προέδρου του κρίνοντος Κλιμακίου τάχθηκε η, κατά τον νόμο, 3 ήμερη προθεσμία προς την αναθέτουσα αρχή να παράσχει «εφόσον το επιθυμεί και κρίνει αντίστοιχα» ξεχωριστές Απόψεις επί του αιτήματος υποβολής προσωρινών μέτρων από την κοινοποίηση αυτής (της Πράξης), η δε αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε αυτές επιθυμώντας να υποβάλλει πλήρεις απόψεις για την οριστική κρίση της κατασκευαστικής διαφοράς.

8. Επειδή, ειδικότερα, ως προς την εκτίμηση του περιεχομένου της Προδικαστικής Προσφυγής, η αιτούσα με το Κεφάλαιο υπό «II. Λόγοι Προσφυγής» (σελ. 5επ.), στρέφεται κατά της αποδοχής του: «Φακέλου Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος της» (σελ. 6επ. υπό Α), «Φακέλου Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος της» (σελ. 11επ. υπό Β.).

9. Επειδή, όπως διατάχθηκε από την Αρχή (βλ. την από 09.04.2019 ηλεκτρονική επιστολή της), η αναθέτουσα αρχή, παραπέμποντας (μεν) στα έγγραφα της σύμβασης που, όντας αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού, συναποτελούν τον διοικητικό φάκελο της υπόθεσης, απέστειλε (δε) δια της από 19.04.2019 ηλεκτρονικής επιστολής της, τις Απόψεις της Δ16/ΒΟΑΚ Π/642/19.04.2019.

10. Επειδή, 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».

11. 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, 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».

12. Επειδή, όπως προκύπτει και από την Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, 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.

13. 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. Ωστόσο, δε 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 την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

14. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173) αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

15. Επειδή, για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας των ισχυρισμών-αιτιάσεων όπως προβάλλονται από την αιτούσα, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε ενδικοφανές επίπεδο, σε σχέση με την κείμενη

νομοθεσία και νομολογία, καθώς και ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων τα οποία θα ζητηθούν από όλους τους εμπλεκόμενους φορείς.

16. Επειδή, α) η υπό κρίση Προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) ενδέχεται να υφίσταται βλάβη της αιτούσας από τους όρους της Διακήρυξης, γ) οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης, και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία πάντως ενόψει του εξαιρετικά σύντομου χρονικού πλαισίου που τίθεται στην ΑΕΠΠ για την άσκηση των εξεταστικών αρμοδιοτήτων της δε θα υποστεί σοβαρή καθυστέρηση.

17. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση οριστικής Απόφασης επί των υπό κρίση Προδικαστικών Προσφυγών από την ΑΕΠΠ στα πλαίσια των διοικητικών αρμοδιοτήτων που της έχουν απονεμηθεί για την προδικαστική επίλυση των διαφορών από την εν γένει συμβατική δράση της Διοίκησης, ειδικώς δε επί συμβάσεων που εκτελούνται μέσω της αυτοχρηματοδοτούμενης μεθόδου των ΣΔΙΤ, όπως η εξεταζόμενη.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

Αριθμός απόφασης: 175/2019

Αναστέλλει την εκτέλεση της προσβαλλόμενης Απόφασης μέχρι την έκδοση οριστικής Απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 19 Απριλίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Νίκος Λιακατσίδας