

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 31 Οκτωβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος και Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και
Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 24-
10-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών
Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/.....-2018 προδικαστικής προσφυγής του
οικονομικού φορέα «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την
ακύρωση της υπ' αρ.-2018 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με
την οποία η κοινοπραξία «.....» αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος για την
εκτέλεση του έργου «.....», που προκηρύχθηκε με την υπ' αρ.
διακήρυξη με ανοικτή διαδικασία μέσω ΕΣΗΔΗΣ (α/α συστήματος), CPV
....., προϋπολογισθείσας δαπάνης € (μη συμπ/νου ΦΠΑ) πλέον
δικαιώματος προαίρεσης συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης€,
πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής
προσφορών την2018 και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον
συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Αντικείμενο
του έργου είναι η κατασκευή των υπολειπόμενων εργασιών για την

ολοκλήρωση της Πράξης «Κατασκευή Οδικής Σύνδεσης της Περιοχής.....» που δεν ολοκληρώθηκαν στα πλαίσια των αρχικών συμβάσεων και συγκεκριμένα: αυτοκινητόδρομος Άκτιο - Αμβρακία, συνολικού μήκους περί τα 32,2 km, τμήμα από Χ.Θ 0+000 έως Χ.Θ 1+300 το σύνολο των εργασιών, τμήμα από Χ.Θ 17+600 έως Χ.Θ 48+497 ολοκλήρωση υπολειπομένων εργασιών. Συγχρόνως, με το συνημμένο στην προδικαστική προσφυγή αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων του, ο αιτών επιδιώκει να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης και η περαιτέρω συνέχιση του διαγωνισμού έως και την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

2. Επειδή, ειδικότερα στον υπόψη διαγωνισμό υποβλήθηκαν συνολικά έξι (6) προσφορές, ήτοι από τις εταιρίες «.....», «.....», «.....», «.....», «.....», «.....». Κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής η Επιτροπή Διαγωνισμού με το από2018 Πρακτικό της έκανε δεκτές τις προσφορές όλων των ως άνω οικονομικών φορέων και κατά την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών τους διαμόρφωσε με το ίδιο Πρακτικό τον πίνακα συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας ως εξής: «.....» με ποσοστό έκπτωσης 49,85%, «.....» με ποσοστό έκπτωσης 42,41%, «.....» με ποσοστό έκπτωσης 39,63%, «.....» με ποσοστό έκπτωσης 39,59%, «.....» με ποσοστό έκπτωσης 39,54% και «.....» με ποσοστό έκπτωσης 18,07% και ως εκ τούτου πρότεινε την ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης στον οικονομικό φορέα «ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ.....». Ακολούθως η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη με αρ.-2018 απόφασή της ενέκρινε το ως άνω από-2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και ανέδειξε προσωρινό ανάδοχο τον οικονομικό φορέα «ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ.....».

3. Επειδή, η κατατεθείσα την-2018 προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής διοικητικής πράξης και δη της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την-2018 υπ' αρ. απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος η «ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑ.....» και βάλλει κατ' αυτής ισχυριζόμενος ο προσφεύγων οικονομικός φορέας ειδικότερα ότι : Στις2018 επέδωσε στην αναθέτουσα αρχή την από-2018 Εξώδικη Δήλωση - Γνωστοποίησή της, με την οποία την ενημέρωνε ότι, σύμφωνα με το από 03-08-2017 Δελτίο

Τύπου της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η Ολομέλεια της εν λόγω Επιτροπής εξέδωσε ομοφώνως την υπ' αριθ. 642/2017 απόφασή της, με την οποία έκρινε ότι «δεκαπέντε (15) συνολικά εργοληπτικές επιχειρήσεις, που εντάχθηκαν στην ως άνω διαδικασία, παραβίασαν το άρθρο 1 του ν. 3959/2011, πρώην 1. Ν.703/1977 περί απαγορευμένων συμπράξεων και 101 της Συνθήκης Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ), με την συμμετοχή τους σε διακριτές οριζόντιες συμπράξεις για την κατανομή αγορών και τη νόθευση διαγωνισμών δημοσίων έργων, με σκοπό την παγίωση των μεριδίων τους στη σχετική αγορά και την άμβλυνση του επιπέδου των προσφερόμενων στους δημόσιους διαγωνισμούς εκπτώσεων». Με την ίδια ως άνω εξώδικη Δήλωση – Γνωστοποίησή της, ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή ότι οι εταιρείες και αποδέχθηκαν ανεπιφύλακτα τη συμμετοχή τους και την ευθύνη τους στις παραβάσεις που διαπιστώθηκαν από την έρευνα της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Περαιτέρω, ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή ότι, όπως όμως έχει διαπιστώσει και σε άλλους διαγωνισμούς, όπου συμμετέχουν ορισμένες ή και όλες οι ανωτέρω εμπλεκόμενες στο «καρτέλ δημοσίων έργων στην Ελλάδα» εργοληπτικές επιχειρήσεις, στο υποβαλλόμενο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (εφεξής «ΕΕΕΣ») αποκρύπτουν την καταδίκη τους με την ως άνω απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, καθώς και τη συμμετοχή τους στην εν λόγω διαδικασία διευθέτησης, με τις παραδοχές που αυτή συνεπάγεται όσον αφορά τη - συνομολογημένη εκ μέρους τους - ευθεία παραβίαση των κανόνων του ανταγωνισμού. Επίσης ενημέρωσε πως στο σχετικό σαφές ερώτημα που περιέχεται στο εν λόγω έντυπο, οι ως άνω εταιρείες ψευδώς δηλώνουν ότι δεν έχουν συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, καθώς και ότι δεν έχουν διαπράξει κανένα σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα και αιτήθηκε η προσφεύγουσα εταιρία να ληφθούν σοβαρά υπ' όψιν όλα αυτά, τόσο από την Επιτροπή του Διαγωνισμού κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών, και συγκεκριμένα του ΕΕΕΣ, που κατέθεσαν οι εν λόγω εταιρείες, όσο και από την Αναθέτουσα Αρχή κατά την έκδοση των σχετικών αποφάσεων έγκρισης του Πρακτικού του Διαγωνισμού ή/και ανάθεσης της εν λόγω εργολαβίας. Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η πλειοψηφία των ελληνικών εργοληπτικών επιχειρήσεων που

Αριθμός απόφασης: Α 485/2018

είναι εγγεγραμμένες στην 7^η τάξη του Μ.Ε.Ε.Π., μεταξύ των οποίων και τα δύο μέλη της «προσωρινής αναδόχου» στον επίδικο διαγωνισμό κοινοπραξίας «.....», έχουν συνολογήσει εγγράφως τη συμμετοχή τους σε αντανταγωνιστικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (καρτέλ), ήτοι σε διαδικασίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Το γεγονός αυτό προκύπτει ευθέως από την προεπικληθείσα υπ' αριθ. 642/2017 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία δημοσιεύθηκε στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως την 8^η Σεπτεμβρίου 2017 (ΦΕΚ Β 3104/8-9-2017). Οι ελεγχθείσες εταιρίες, μεταξύ των οποίων και οι εταιρίες και εκδήλωσαν εγγράφως το ενδιαφέρον τους για διερεύνηση της δυνατότητας υπαγωγής τους στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών και κατέθεσαν σχετικό αίτημα. Εν τέλει οι ως άνω αναφερόμενες εργοληπτικές επιχειρήσεις όντως υπέβαλαν δήλωση υπαγωγής στη διαδικασία διευθέτησης διαφορών της Επιτροπής Ανταγωνισμού, η οποία και έγινε αποδεκτή, αφού κρίθηκε ότι οι εν λόγω εταιρίες παραβίασαν το άρθρο 1 του ν. 3959/2011, όπως ισχύει, και το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, με τη συμμετοχή τους σε απαγορευμένη οριζόντια σύμπραξη περί κατανομής αγορών και νόθευσης διαγωνισμών δημοσίων έργων, κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων, στο διάστημα από2005 έως2012 (ενιαία και διαρκής παράβαση), και τους επιβλήθηκαν τα σχετικά πρόστιμα. Μετά την έκδοση της προσβαλλομένης απόφασης, η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε την εν λόγω απόφαση, μαζί με όλα τα Ευρωπαϊκά Ενιαία Έγγραφα Προμηθειών (ΕΕΕΣ) όπως αυτά είχαν συμπληρωθεί και κατατεθεί από τους συμμετέχοντες στον προκείμενο διαγωνισμό, στον ηλεκτρονικό χώρο του ΕΣΗΔΗΣ στις-2018. Από την επισκόπηση των ως άνω συμπληρωμένων από τους εν λόγω συμμετέχοντες εντύπων η προσφεύγουσα εκτιμά ότι επαληθεύονται όλοι οι ισχυρισμοί της, οι οποίοι είχαν γνωστοποιηθεί στην αναθέτουσα αρχή με την προαναφερθείσα από2018 Εξώδικη Δήλωση - Γνωστοποίησή της. Συγκεκριμένα, στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας (ΕΕΕΣ) των εταιρειών «.....» με διακριτικό τίτλο «.....» και «.....» με διακριτικό τίτλο «.....», οι εν λόγω εργοληπτικές επιχειρήσεις, στο Μέρος ΙΙΙ στην ενότητα Γ. και στη σελίδα 14 του ΕΕΕΣ, στην ερώτηση αν έχουν συνάψει συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, καθώς και

στην ερώτηση αν έχουν διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, αμφοτέρως απάντησαν αρνητικά, δηλώνοντας ΟΧΙ. Σύμφωνα όμως με τα ανωτέρω, οι δυο συγκεκριμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις συμμετείχαν αποδεδειγμένα σε αντανταγωνιστικές διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων (καρτέλ), υπέβαλαν Δήλωση Διευθέτησης στην Επιτροπή Ανταγωνισμού με την οποία αποδέχθηκαν ανέκκλητα, ανεπιφύλακτα και με σαφήνεια ότι παραβίασαν, το άρθρο 1 του ν. 3959/2011, όπως ισχύει, και το άρθρο 101 ΣΛΕΕ, με τη συμμετοχή τους σε απαγορευμένη οριζόντια σύμπραξη περί κατανομής αγορών και νόθευσης διαγωνισμών δημοσίων έργων, κατά την έννοια των ως άνω διατάξεων, στο διάστημα από2005 έως2012 (ενιαία και διαρκής παράβαση) και τους επιβλήθηκε πρόστιμο από την Ε.Α. Συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, τόσο οι εργοληπτικές επιχειρήσεις «.....» και «.....» όσο και η αναθέτουσα αρχή έχουν υποπέσει σε σοβαρές πλημμέλειες με τις πιο πάνω ενέργειες τους και συγκεκριμένα: **α)** Η αναθέτουσα αρχή έπρεπε να αποκλείσει από τη συμμετοχή της στη συνέχεια του διαγωνισμού την κοινοπραξία «.....», καθότι, βάσει της υπ' αριθ. 642/2017 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού, διαθέτει αδιάσειστες αποδείξεις (και όχι απλώς «επαρκώς εύλογες ενδείξεις», στις οποίες αρκείται ο νόμος) ότι αμφοτέρως οι εργοληπτικές επιχειρήσεις της εν λόγω κοινοπραξίας σύνηψαν, επανειλημμένως και βάσει συστηματικού σχεδιασμού επί σειρά ετών, συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, και άρα εμπίπτουν στον λόγο αποκλεισμού της διάταξης του άρθρου 73 παρ. γ του Ν. 4412/2016, καθώς και του άρθρου 22.Α.4. παρ. γ της οικείας διακήρυξης. **β)** Οι εταιρείες και, δηλώνοντας ψευδώς στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Προμήθειας ότι δεν σύνηψαν συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με σκοπό τη στρέβλωση του ανταγωνισμού, καθώς και ότι δεν έχουν υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, απέκρυσαν δολίως από την αναθέτουσα αρχή σοβαρές πληροφορίες, οι οποίες θα καθιστούσαν τη συμμετοχή τους στο συγκεκριμένο διαγωνισμό αδύνατη και κατ' αυτόν τον τρόπο παραβίασαν τη διάταξη του άρθρου 73 παρ. ζ, καθώς και του άρθρου 22.Α.4 παρ. ζ της διακήρυξης. Επίσης προβάλλει η προσφεύγουσα εταιρία ότι οι συγκεκριμένες εταιρίες έχουν λάβει

Αριθμός απόφασης: Α 485/2018

μέρος σε αρκετούς δημόσιους διαγωνισμούς μετά την έκδοση της υπ' αρ.642/2017 απόφασης της ΕΑ, στους οποίους μέσω των ψευδών ΕΕΕΣ προβαίνουν σε ψευδείς δηλώσεις, γεγονός που αποδεικνύει την επαναλαμβανόμενη και δόλια τέλεση της συγκεκριμένης συμπεριφοράς, προσκομίζοντας ορισμένα σχετικά ΕΕΕΣ. γ) Ακόμη και εάν ήθελε τυχόν κριθεί ότι οι συγκεκριμένες εργοληπτικές επιχειρήσεις δεν είχαν δόλο κατά την υποβολή των ψευδών δηλώσεών τους στον υπ' όψιν διαγωνισμό, η αναθέτουσα αρχή θα έπρεπε και πάλι να αποκλείσει τη συγκεκριμένη κοινοπραξία από τον διαγωνισμό, λόγω παραβίασης της διάταξης του άρθρου 73 παρ. η του Ν. 4412/2016, καθώς και του άρθρου 22.Α.4. παρ. η της οικείας Διακήρυξης, διότι αμφότερες οι εταιρείες παρείχαν έστω εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που επηρεάζουν ουσιωδώς τις αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής που αφορούν στον αποκλεισμό, στην επιλογή υποψηφίου και στην ανάθεση της σύμβασης. δ) Έχουν υποπέσει πολλάκις σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, σύμφωνα και με τα αναφερόμενα παραπάνω όσον αφορά τις αιτιολογικές σκέψεις της Οδηγίας, αλλά και τη νομολογία του ΔΕΕ που κάνει δεκτό ότι η νόθευση των κανόνων του ανταγωνισμού αποτελεί κατεξοχήν σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα. Περαιτέρω, με την επαναλαμβανόμενη παραβατική συμπεριφορά που έχουν επιδείξει μέχρι και σήμερα οι εν λόγω εργοληπτικές επιχειρήσεις σε όλους τους δημόσιους διαγωνισμούς που έχουν λάβει μέρος μετά την έκδοση της υπ' αριθ. 642/2017 απόφασης της Επιτροπής Ανταγωνισμού αλλά και πριν, πλήττεται ανεπανόρθωτα η εν γένει αξιοπιστία και ακεραιότητά αυτών, καθιστώντας τις συγκεκριμένες εταιρείες ακατάλληλες για την ανάθεση της συγκεκριμένης σύμβασης και ως εκ τούτου πρέπει να αποκλεισθούν λόγω παραβίασης των διατάξεων του άρθρου 73 παρ. θ του ν.4412/2016, καθώς και του άρθρου 22.Α.4 παρ. θ της διακήρυξης.

4. Επειδή, έως την ημέρα εξέτασης του αιτήματος του προσφεύγοντος, περί λήψης προσωρινών μέτρων, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε καταθέσει απόψεις περί αυτού.

5. Επειδή, το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως, κατά τις διατάξεις των άρθρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρθρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται σε 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 αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόν παρεμβαίνοντος ή της αναθέτουσας αρχής. 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 ad hoc 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 απόφασης 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 την αναστολή 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

Αριθμός απόφασης: Α 485/2018

ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (βλ. και Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 3,6 και 8/2017).

6. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 15.000,00 €, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του μέσω της τράπεζας, εμπρόθεσμα και παραδεκτά ασκείται κατά τα λοιπά.

7. Επειδή, η διακήρυξη υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' άρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με το άρθρο 379 παρ. 7 του ν.4412/2016. Περαιτέρω, η προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης-2018), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την εν γένει άσκηση της ως προσφυγής, αφού ως συμμετέχων στον εν λόγω διαγωνισμό, εάν γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή του, τότε θα καταστεί πρώτος αποδεκτός μειοδότης και συνεπώς προσωρινός ανάδοχος λόγω της εκ μέρους του προσφοράς του μεγαλύτερου (μετά την κοινοπραξία «.....») ποσοστού έκπτωσης (42,41%). Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη. Ομοίως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους και ερμηνεία, ως και υπαγωγή τους ως προς τους όρους της πρόσκλησης σε αντιπαραβολή δε και με οικεία ερμηνεία του νόμου.

8. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και του προσωρινού αναδόχου εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, ήτοι της κατακύρωσης, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α19 και Α101/2017,

Αριθμός απόφασης: Α 485/2018

A91/2018). Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της απόρριψης του προσφεύγοντος, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου κατακύρωσης τίθενται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα δικαίωση του προσφεύγοντος, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης στον ανακηρυχθέντα με τη προσβαλλόμενη απόφαση προσωρινό μειοδότη, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, εκθέτοντας εξάλλου αυτήν σε κίνδυνο άσκησης εκ μέρους του τελευταίου και αποζημιωτικών αιτημάτων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 16/2017). Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, οι οποίες δύναται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου κριθεί η προκείμενη προδικαστική προσφυγή. Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει η προσφυγή, ο νυν ανακηρυχθείς προσωρινός ανάδοχος θα έχει υποβληθεί ασκόπως στον φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή του αυτή θα ανακληθεί από την αναθέτουσα αρχή δια της εκδοθησόμενης Αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. Υπενθυμίζεται δε ότι σε περίπτωση οριστικοποίησης της κατακύρωσης, ναι μεν η Α.Ε.Π.Π. δεν εμποδίζεται να προβεί σε ακύρωση αυτής, ο δε προσφεύγων να την προσβάλει, πλην όμως ο ακυρωθείς ανάδοχος ενδέχεται να αποκτήσει πιθανά αγωγικά δικαιώματα αποκλειστικά κατά της ίδιας της αναθέτουσας αρχής, καθώς σε τέτοια περίπτωση θα έχει προβεί σε αφιέρωση πόρων και πιθανώς απώλεια επιχειρηματικών ευκαιριών προς τον σκοπό και με την εύλογη προσδοκία της υπό σύναψη συμβάσεώς του με την τελευταία, η οποία όμως θα ήταν εξαρχής αδύνατη εάν τελικώς γίνει δεκτή η προσφυγή, και απλώς παρέστη ως πιθανή και λίαν υλοποιήσιμη, ακριβώς λόγω των μη νομίμων πράξεων της αναθέτουσας που μεσολάβησαν μεταξύ της προσβαλλομένης και την έκδοση της απόφασης, ιδίως δε της σπουδής της για πρόοδο της διαδικασίας παρά το ενδεχόμενο ακυρώσεώς της σε προηγούμενο στάδιο. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει

ήδη προσδιοριστεί δια της υπ' αρ./2018 Πράξης της Προέδρου 3ου Κλιμακίου για την-2018, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα, στον νυν προσωρινό μειοδότη, τον προσφεύγοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζοντας τη νομιμότητά της, διαφοράς. Σε κάθε περίπτωση, η εν προκειμένω χορήγηση προσωρινού μέτρου ανασταλτικού χαρακτήρα, η οποία, δεδομένων των παραπάνω θα καλύπτει το διάστημα από την έκδοση της παρούσας έως και την έκδοση απόφασης επί της εξεταζόμενης την2018 προσφυγής και για το διάστημα 20 ημερών, κατά το οποίο η Α.Ε.Π.Π. κατ' αποκλειστική προθεσμία, κατ' αρ. 18 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, οφείλει να εκδώσει την οικεία απόφαση, παρίσταται ως σκόπιμη, προεχόντως προς προστασία των ιδίων των συμφερόντων της αναθέτουσας, ιδίως δε από ακούσια πρόκληση ζημίας στην ίδια ή τον προσωρινό μειοδότη από τυχόν κατακύρωση, η οποία πιθανόν να καταστεί μη νόμιμη δια της ακυρώσεως της προσβαλλόμενης πράξης.

9. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο έχει αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων. Έτσι, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων και διασφαλιστικό μέτρο είναι η έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα του σταδίου συλλογής δικαιολογητικών κατακύρωσης και οριστικής κατακύρωσης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση ή ανάκληση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης πρακτικού, έκδοσης πράξης για προσκόμιση

δικαιολογητικών ή αξιολόγηση ή έγκριση αυτών, σχετικώς με το στάδιο αυτό και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί απόρριψης της συμμετοχής του προσφεύγοντος, πράξεις θα κηρυχθούν αυτοδικαίως μη νόμιμες (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α95/2017).

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

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη του σταδίου κατακύρωσης, ως και της διαδικασίας προσκόμισης-παραλαβής από τον προσωρινό μειοδότη, αξιολόγησης και έγκρισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή και όλα τα σχετιζόμενα με τη διαγωνιστική διαδικασία όργανα αυτού, όπως άμεσα ανακαλέσουν και ματαιώσουν και - έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της προσφυγής - απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφαση και εν γένει ενέργειά τους περί τη συλλογή από τον προσωρινό ανάδοχο και την αξιολόγηση δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού και έκδοση πράξης οριστικής κατακύρωσης και ανακήρυξης οριστικού αναδόχου.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως άμεσα διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω παρατάσεως και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, καθώς και όπως ενημερώσει πάραυτα τον προσωρινό μειοδότη για την αναστολή, που δια της παρούσας χορηγήθηκε, ως προς τη διαδικασία οριστικής κατακύρωσης σε αυτόν και ως προς την υποχρέωσή του για προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Αριθμός απόφασης: Α 485/2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 31-10-2018 και εκδόθηκε την 1-11-2018.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΑΝΩΛΟΓΛΟΥ ΜΑΡΙΑ**