

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 31 Δεκεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης Πρόεδρος, Μαργαρίτα Κανάβα Εισηγήτρια και Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 24.12.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 2366/24.12.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στ... ..., οδός ..., αριθμ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής ο «αναθέτων φορέας»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της υπ' αριθμ. ... Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος Προεπιλογής υποψηφίων στο πλαίσιο της α' φάσης διαδικασίας διαπραγμάτευσης με δημοσίευση διαγωνιστικής διαδικασίας για την κατάρτιση συμβάσεων συμφωνίας πλαισίου για την προμήθεια εξοπλισμού πεδίου, advanced metering infrastructure system (AMI SYSTEM) και meter data management system (MDM SYSTEM) (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί ο όρος 3.1.1 της προσβαλλόμενης κατά το σκέλος που απαιτεί από τους δανείζοντες εμπειρία φορείς να πληρούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαργαρίτα Κανάβα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 24.12.2021 πληρωμή στην ΤΡΑΠΕΖΑ ΠΕΙΡΑΙΩΣ και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης).

2. Επειδή ο αναθέτων φορέας με την προσβαλλόμενη προσκάλεσε τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν Αίτηση Προεπιλογής στην διαδικασία διαπραγμάτευσης για την κατάρτιση Συμβάσεων συμφωνίας πλαισίου, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής. Η διαγωνιστική διαδικασία υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του άρθρου 15 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ. Επισημαίνεται ότι η διαγωνιστική διαδικασία διεξάγεται μέσω των Συστημάτων Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών και Ηλεκτρονικών Δημοπρασιών της εταιρείας «cosmoONE», με χρήση της πλατφόρμας «source ONE».

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 24.12.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο για του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 14.12.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή στις 27.12.2021 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του

διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή με την υπ' αριθμ. 3288/2021 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε ο αναθέτων φορέας να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

7. Επειδή ο αναθέτων φορέας στις 30.12.2021 ενημέρωσε μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού ότι παρατείνεται η καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών που αρχικώς είχε οριστεί την 14.02.2022 και ορίζεται νέα καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 7.03.2022.

8. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

9. Επειδή όσον αφορά την προσφυγή κατά όρων διακήρυξης/πρόσκλησης, ο προσφεύγων πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον προσβαλλόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτόν τους κανόνες που αφορούν στις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣτΕ 148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756). Ενόψει των ανωτέρω, ο προσφεύγων έχει, καταρχάς, έννομο συμφέρον για την άσκηση της προσφυγής, στην οποία ενσωματώνει και το υπό εξέταση αίτημα αναστολής του διαγωνισμού, δεδομένου ότι, ως ισχυρίζεται, «*διαθέτει 6ης τάξης γενικό εργοληπτικό πτυχίο ΜΕΕΠ και δραστηριοποιείται μεταξύ άλλων και στην ανάπτυξη λύσεων και εφαρμογή τους στον κλάδο της ενέργειας εδώ και πολλά έτη. Δραστηριοποιείται δε, τόσο σε διάφορες περιφέρειες της χώρας μας όσο και σε άλλες Χώρες αποτελώντας υπό την έννοια αυτή σημαντική εξαγωγική επιχείρηση (πρβλ. Καταστατικό και ΕΒΕΑ). Στο βάθος των ετών έχει εκτελέσει πολλά και σημαντικά έργα, ενώ μάλιστα της έχουν ανατεθεί στο παρελθόν*

μεγάλες συμβάσεις από αναθέτοντες φορείς, όπως το ..., η ..., η ..., η αλλά και η ίδια η ... που είναι και στην προκείμενη περίπτωση ο αναθέτων φορέας. Οι εν λόγω συμβάσεις με την ... εκτελέστηκαν άρτια και εμπρόθεσμα και αφορούσαν στην επιλογή, κατασκευή, έλεγχο/test και προμήθεια ηλεκτρονικών «έξυπνων» μετρητών σε σημαντικές ποσότητες, οι οποίοι πλέον έχουν ενταχθεί με πλήρη επιτυχία στο ενεργειακό δίκτυο της χώρας (πρβλ. νόμιμα επικυρωμένα αντίγραφα πέντε προηγούμενων συμβάσεων της προσφεύγουσας εταιρείας μας με την ...). Οι εν λόγω δε συμβάσεις εκτελέστηκαν με την συνδρομή της ... εταιρείας «...», η οποία τους κατασκεύασε υπό την εποπτεία μας στην ...— πάντοτε εις γνώση και έγκριση της ..., ενώ σημειώνουμε ότι τα εν λόγω προϊόντα προσαρμόστηκαν πλήρως στις ειδικές απαιτήσεις της ... οι οποίες μάλιστα ήταν επιπλέον των αρχικών προδιαγραφών τους. Σε σχέση με τον εν λόγω διαγωνισμό, η εταιρία μας ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στην διαδικασία της προεπιλογής επικαλούμενη δάνεια εμπειρία από την ίδια ανωτέρω αναφερόμενη εταιρεία που εδρεύει στην πόλη ... της Η ... αυτή εταιρία διαθέτει και την αναγκαία εμπειρία και τα απαιτούμενα μέσα προκειμένου να μας συνδράμει κατά τον προβλεπόμενο τρόπο τόσο στην κάλυψη συγκεκριμένων κριτηρίων χρηματοοικονομικής και τεχνικής καταλληλότητας για την νόμιμη συμμετοχή μας στον διαγωνισμό αυτό όσο και (στην περίπτωση ανάδειξής μας ως Αναδόχου) στην πλήρη εκτέλεση της υπό δημοπράτηση σύμβασης. [...]η εταιρία μας αδυνατεί να επικαλεστεί την ικανότητα άλλης τρίτης επιχείρησης πλην της συγκεκριμένης ... (πρβλ. επιστολή της ...) με την οποία διαθέτει ήδη εξαιρετικά πρωτόκολλα συνεργασίας, στερούμενης έτσι κατ' ουσία της δυνατότητας να διαμορφώσει προσφορά και να συμμετάσχει νόμιμα στην διαδικασία και κατά τούτο υφιστάμεθα ανεπανόρθωτη βλάβη, δυνάμενη να μας στερήσει ολοκληρωτικά την συμμετοχή μας στον εξαιρετικά σημαντικό αυτό μεγάλο διαγωνισμό, ο οποίος θα καταλήξει σε σύναψη συμβάσεων για το ιδιαίτερα μεγάλο χρονικό διάστημα των οκτώ ετών».

10. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι ο όρος 3.1.1 της προσβαλλόμενης Πρόσκλησης είναι παράνομος και πρέπει να ακυρωθεί διότι καταλήγει τελικώς να περιορίζει αδικαιολόγητα τον κύκλο των δυνητικώς

υποψηφίων σε μεγαλύτερο βαθμό απ' ό,τι της επιτρέπεται από τον Κανονισμό Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (εφεξής ΚΕΠΥ) της Περαιτέρω, η ρύθμιση που εισάγει ο όρος 3.1.1. της υπό κρίση Πρόσκλησης περιορίζει τον ελεύθερο και ανόθευτο ανταγωνισμό κατά τρόπο αδικαιολόγητο, ενώ προσβάλλει σε σημαντικότερο βαθμό και τον ίδιο τον θεσμό της «δάνειας εμπειρίας», καθώς από κανένα σημείο του φάκελου του διαγωνισμού δεν προκύπτει ότι συνεκτιμήθηκε το κριτήριο της αναλογικότητας. Επίσης, ο όρος 3.1.1 εισάγει διακρίσεις σε βάρος του προσφεύγοντος, δεν είναι κατάλληλος για την επίτευξη του σκοπού της ανεύρεσης της καλύτερης προσφοράς, και είναι δεσμευτικός πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την ομαλή διεξαγωγή της διαδικασίας, πολλώ δε μάλλον που στην προσβαλλόμενη περιλαμβάνονται τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής και οι λόγοι αποκλεισμού που απαιτεί ο ν. 4412/2016.

11. Επειδή στους όρους της πρόσκλησης προβλέπεται ότι : «...3. Δικαίωμα Συμμετοχής 3.1 Δικαίωμα Συμμετοχής 3.1.1 Γενικές Διατάξεις Δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος προεπιλογής έχουν οικονομικοί φορείς, ήτοι φυσικά και νομικά πρόσωπα καθώς και ενώσεις εταιρειών/ κοινοπραξίες/ φυσικών ή και νομικών προσώπων, που είναι εγκατεστημένα :

- Σε κράτος – μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή
- Σε κράτος μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.) ή
- Σε τρίτες χώρες, που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη Συμφωνία Δημοσίων Συμβάσεων (Σ.Δ.Σ.), στο βαθμό που η υπό ανάθεση σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4, 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ευρωπαϊκή Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω Σ.Δ.Σ. ή
- Σε τρίτες χώρες, που δεν εμπίπτουν στις ανωτέρω περιπτώσεις και έχουν συνάψει διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την Ευρωπαϊκή Ένωση και το Ηνωμένο Βασίλειο

Απαγορεύεται η συμμετοχή εξωχώριας εταιρείας από «μη συνεργάσιμα κράτη στον φορολογικό τομέα» κατά την έννοια των παραγράφων 3 και 4 του άρθρου 65 του ν. 4172/ 2013, καθώς και κάθε νομικού προσώπου, στο οποίο συμμετέχει εξωχώρια εταιρεία από «μη συνεργάσιμα κράτη στον φορολογικό

τομέα» με ποσοστό συμμετοχής μεγαλύτερο του ένα τοις εκατό (1%) επί του μετοχικού κεφαλαίου της ή κατέχει εταιρικά μερίδια ή είναι εταίρος. Επιπλέον, απαγορεύεται η συμμετοχή εξωχώριας εταιρείας από κράτη που έχουν προνομιακό φορολογικό καθεστώς, όπως αυτά ορίζονται στον κατάλογο της απόφασης της παραγράφου 7 του άρθρου 65 του ως άνω Κώδικα, κατά τα αναφερόμενα στην περίπτωση α' και β' της παραγράφου 4, του άρθρου 4 του ν. 3310/ 2005.

Στο βαθμό που καλύπτονται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4, 5, 6 και 7 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της Σ.Δ.Σ., καθώς και τις λοιπές διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες δεσμεύεται η Ένωση, ο αναθέτων φορέας επιφυλάσσει για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς των χωρών που έχουν υπογράψει τις εν λόγω συμφωνίες, μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσει για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ένωσης.

Προϋπόθεση του δικαιώματος συμμετοχής είναι η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού που προβλέπονται στην παράγραφο 3.2 και η πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που προβλέπονται στην παράγραφο 4.2 της παρούσας.

Δεν γίνεται δεκτή υποβολή Αίτησης Προεπιλογής από οικονομικούς φορείς, οι οποίοι έχουν αποκλεισθεί από τις συμβάσεις του ..., κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 13 του ΚΕΠΥ και για το χρονικό διάστημα που ισχύει ο αποκλεισμός. Δεν επιτρέπεται ο δανεισμός εμπειρίας ή/ και η υπεργολαβία σε περισσότερα του ενός σχήματα.

Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων, η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού καθώς και η πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής πρέπει να συντρέχουν:

- Όσον αφορά την Α' Φάση, κατά την υποβολή της Αίτησης Προεπιλογής, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών προεπιλογής και κατά την πρόκριση των οικονομικών φορέων στη Β' Φάση
- Όσον αφορά την Β' Φάση, κατά την υποβολή της αρχικής προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου και κατά τη σύναψη της Σύμβασης

Οι γενικές διατάξεις για το δικαίωμα συμμετοχής στην παρούσα διαγωνιστική διαδικασία ισχύουν και για τους δανείζοντες την εμπειρία στον εκάστοτε οικονομικό φορέα που υποβάλει αίτηση για προεπιλογή, σε περίπτωση που εκείνος στηρίζεται στις ικανότητες τους όσον αφορά τα κριτήρια χρηματοοικονομικής και τεχνικής & επαγγελματικής ικανότητας [...] ».

12. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Κατά συνέπεια η αναθέτουσα αρχή θεσπίζοντας τους όρους της διακήρυξης αυτοδεσμεύεται και είναι υποχρεωμένη να τους εφαρμόσει χωρίς παρεκκλίσεις, η δε παράβαση των όρων αυτής οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού. Ομοίως, οι διαγωνιζόμενοι πρέπει να τηρούν απολύτως τους όρους της διακήρυξης και να υποβάλλουν την προσφορά τους σύμφωνα με αυτούς.

13. Επειδή, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της. Εν προκειμένω, για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της και όχι in abstracto (Βλ. κατ' αναλογία Δ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.).

14. Επειδή, περαιτέρω, έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με την συμμετοχή των διαγωνιζομένων πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων. (Βλ. ΣτΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003).

15. Επειδή λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007). Επομένως, το αδύνατο της συμμετοχής ενδιαφερομένου σε διαγωνιστική διαδικασία πρέπει να οφείλεται στην προβαλλόμενη παρανομία της αναθέτουσας αρχής και όχι στην επιχειρηματική του πολιτική.

16. 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».

17. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 : «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να

ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

18. Επειδή το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 ορίζει ότι : «1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 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 μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, 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 δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

19. 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». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής -λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον,

αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και, ειδικότερα, η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

20. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως 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 (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

21. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη. Περαιτέρω, για την οριστική κρίση περί της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής απαιτείται έρευνα και μελέτη των στοιχείων του φακέλου βάσει των οικείων όρων της πρόσκλησης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας.

22. Επειδή κατόπιν των εκτεθέντων υπό σκέψη 7 και δη της παράταξης της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών, καθίσταται αλυσιτελής η εξέταση του αιτήματος χορήγησης προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος.

23. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση

24. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής–προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος.

Αριθμός απόφασης: Α 672/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 31^η Δεκεμβρίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ