

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Μαρτίου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 18-3-2019 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/350/19-3-2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (.....), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της «.....» (εφεξής «.....»), αρμόδιας αρχής για τη Διενέργεια τουκατά την Απόφαση, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την παραπάνω προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση.....

Με το ειδικότερο αίτημα προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνει στην προσφυγή του, ζητά να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλομένης και δη να διαταχθεί η μη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως και την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων που επισυνάπτεται στην ως άνω προσφυγή κατά διακήρυξης ανοικτού πλειοδοτικού διαγωνισμού επιλογής παραχωρησιούχου, με ελάχιστο αρχικό τίμημα 30.000.000 ευρώ, που μάλιστα αποτελεί μέρος μόνο (συναθροιζόμενο με το συνολικό ετήσιο τίμημα) του προσφερόμενου τιμήματος (όρος 2.3.3 διακήρυξης «*Η Οικονομική Προσφορά κάθε Διαγωνιζόμενου βαθμολογείται σύμφωνα με τα ακόλουθα κριτήρια: Α. Αρχικό Τίμημα, το οποίο δεν μπορεί να είναι μικρότερο από το ποσό των τριάντα εκατομμυρίων ευρώ (€30.000.000). Β. Συνολικό Ετήσιο Τίμημα, το οποίο υπολογίζεται ως η καθαρή παρούσα αξία των ποσών που θα συμπληρωθούν από τον Διαγωνιζόμενο στον Πίνακα Ετήσιου Τιμήματος, σύμφωνα με το Παράρτημα VIII] για κάθε ημερολογιακό έτος, από το τρίτο (3ο) μέχρι και το εικοστό πέμπτο (25ο), της συνολικής 30ετούς περιόδου παραχώρησης. Το ύψος της Οικονομικής Προσφοράς κάθε Διαγωνιζόμενου ορίζεται ως το άθροισμα του Αρχικού Τιμήματος και του Συνολικού Ετήσιου Τιμήματος*»). Ο δε προσφεύγων με τον πρώτο λόγο της προσφυγής προβάλλει ότι μη νομίμως κατά το εθνικό και ενωσιακό δίκαιο, επεκτείνονται δια της διακήρυξης και δη δια του συνδυασμού των όρων αυτής 2.2.1, 2.2.4.2 περ. γ' και 2.2.7, οι περιορισμοί ως προς τη χώρα εγκατάστασης των δικαιουμένων προς συμμετοχή και στους τρίτους, στους οποίους οι προσφέροντες στηρίζονται προς πλήρωση προϋποθέσεων συμμετοχής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας κατ' άρ. 39 παρ. 2 Ν. 4413/2016. Επικαλείται δε ότι δεν πληροί μόνος του τα κριτήρια επιλογής και ως εκ τούτου έχει ανάγκη προς πλήρωσή τους τη στήριξη σε ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα εγκατεστημένου στη, την οποία στήριξη όμως ούτως εμποδίζεται να επικαλεστεί και άρα, δια των προσβαλλομένων όρων αποκλείεται από τη διαδικασία. Περαιτέρω, ο προσφεύγων αναφέρει ότι για την περίπτωση που η αναθέτουσα δεν επιβεβαιώσει την εξαίρεση της από τα μη συνεργάσιμα κράτη κατά την έννοια του όρου 2.2.1 της διακήρυξης, όπως αυτό παραπέμπει στο άρ. 65 ΚΦΕ και τις οικείες κατ' εξουσιοδότηση αυτού εκδιδόμενες Αποφάσεις

Αριθμός Απόφασης: Α142/2019

Υπουργού Οικονομικών, η ΑΕΠΠ θα πρέπει να εκφέρει κρίση και περί της επέκτασης ισχύος του παραπάνω περί μη συνεργάσιμων κρατών όρου, επί των τρίτων οικονομικών φορέων που παρέχουν στήριξη προς πλήρωση κριτηρίων επιλογής. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων βάλλει κατά του όρου 2.2.2 της διακήρυξης, επικαλούμενος ότι εισάγει ανεπίτρεπτη δυνατότητα μεταβολής ταυτότητας συμμετέχοντος μετά τη λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφορών, αιτιώμενος δε ότι ο ως άνω όρος, παρότι δεν περιορίζει ευθέως τη δυνατότητα συμμετοχής του στον διαγωνισμό, δημιουργεί περιβάλλον ανασφάλειας ως προς την εξέλιξη της διαδικασίας κατά την αξιολόγηση. Έτσι, παρεμποδίζεται να λάβει την εκ απόφαση περί υποβολής προσφοράς, λόγω της ρευστότητας των κανόνων που διέπουν τη διαδικασία, ενώ ο παράλληλα ισχυρίζεται ότι - ενδεικτικά - ο όρος αυτός θα επιτρέψει την παράκαμψη της αποκλειστικής προθεσμίας υποβολής προσφορών, την απουσία ελέγχου προϋποθέσεων συμμετοχής, λόγω αποκλεισμού και ποιοτικών κριτηρίων δια της δυνατότητας αντικατάστασης των μετεχόντων από άλλους εν μέσω της διαδικασίας, τη δυνατότητα τροποποίησης προσφορών κατά την αξιολόγηση και την παραβίαση των αρχών της διαφάνειας, της τυπικότητας, της ασφάλειας δικαίου ως προς τους κανόνες διεξαγωγής της διαδικασίας, ως και της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων.

2. Επειδή, η με τις από 26-3-2019 και με αρ. πρωτ. 4344 Απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ επικαλείται καταρχάς, ότι η προσφυγή ασκήθηκε απαραδέκτως και δη λόγω εκπροθέσμου, ισχυριζόμενη ότι ήδη από 22-2-2019 πληρεξούσιος του προσφεύγοντος απευθύνθηκε σε αυτήν προς παραχώρηση πρόσβασης στην Εικονική Αίθουσα Τεκμηρίωσης (VDR), αναφέροντας ότι αποστέλλει και τα απαραίτητα κατά τη διακήρυξη έγγραφα, στοιχείο εκ του οποίου, κατά την αναθέτουσα, προκύπτει πλήρης γνώση της διακήρυξης ήδη από 22-2-2019 και όχι την 9-3-2019 όταν και συμπληρώθηκε το κατ' άρ. 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016 τεκμήριο γνώσης με τη πάροδο 15 ημερών από τη δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ. Περαιτέρω, η προβάλλει ότι ο πρώτος και ο δεύτερος λόγος της προσφυγής

Αριθμός Απόφασης: Α142/2019

είναι αβάσιμοι, ενώ για τον δεύτερο λόγο προβάλλει περαιτέρω και απαράδεκτο αυτού λόγω επικαλούμενης ελλείψεως εννόμου συμφέροντος εκ μέρους του προσφεύγοντος. Ειδικώς δε όσον αφορά το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, η επικαλείται έλλειψη αντικειμένου και μη συνδρομή κινδύνου και βλάβης για τον προσφεύγοντα, αφού η τυχόν ισχύς Απόφασης Προσωρινών Μέτρων της ΑΕΠΠ θα εκταθεί κατά μέγιστο έως την εκπνοή του κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 διαστήματος 20 ημερών από την εξέταση της προσφυγής, που ήδη ορίστηκε για την 8-4-2019, ενώ ως καταληκτικός χρόνος υποβολής προσφορών έχει οριστεί η 22-4-2019 και κατά την εξετάζεται ήδη κατόπιν ατύπων αιτημάτων και ερωτημάτων, η παράταση της τελευταίας. Περαιτέρω, η αναφέρει ότι κατά τον όρο 1.6 της διακήρυξης θα παρατείνει την προθεσμία υποβολής προσφορών εάν έως την καταληκτική ημέρα υποβολής τους δεν έχουν εκδοθεί οι προβλεπόμενες στο άρ. 3 Ν. 4062/2012 ΚΥΑ για την εφαρμογή του ΣΟΑ, που αναρτήθηκαν για διαβούλευση μόλις την 25-2-2019 και κατά την, σύμφωνα με τα παραπάνω, είναι βέβαιο ότι η προθεσμία υποβολής προσφορών θα παραταθεί έως την 15-5-2019. Επιπλέον, η ισχυρίζεται ότι η χορήγηση της αιτηθείσας αναστολής θα βλάψει τη διαδικασία και τους ενδιαφερόμενους προς συμμετοχή, αφού θα έχει ως αποτέλεσμα τη μη έκδοση των σχετικών αποφάσεων που αφορούν τις απαντήσεις ερωτημάτων μέσω VDR, με κίνδυνο νέων περαιτέρω καθυστερήσεων και παρατάσεων.

3. Επειδή, (βλ. και αποφάσεις ΑΕΠΠ 3,6,8/2017) εκ των διατάξεων του άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 παρ. 1 και 3 ΠΔ 39/2017 προκύπτουν τα εξής. Πρώτον, εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, δεύτερον, της διατύπωσης του όρου “κατάλληλα μέτρα” όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την “καταλληλότητά” τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, τρίτον, της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της “καταλληλότητας”, την επανόρθωση της εικαζόμενης παραβάσεως και την

αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και τέταρτον, του ότι το άρ. 366 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και το άρ. 15 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 αναφέρουν ότι τα *“μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή”* *“συμπεριλαμβάνονται”* στην έννοια των *“καταλλήλων μέτρων”*, 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.

4. Επειδή, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 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 ακόλουθη έννοια. Το Κλιμάκιο κατά την κρίση του, δεν λαμβάνει υπόψη μόνο την τυχόν επαπειλούμενη βλάβη του προσφεύγοντος, αλλά τη συνεκτιμά σε σχέση προς τα συμφέροντα οιοδήποτε τρίτου, συμπεριλαμβανομένων εξάλλου των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης), όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις της επιβολής προσωρινών μέτρων. Επομένως, όσον αφορά την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου (όπως κατ' άρ. 372 παρ. 4 εδ. ι' Ν. 4412/2016, και άρ. 5 παρ. 5 εδ. α' του προϊσχύσαντος Ν. 3886/2010) ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη του προσφεύγοντος (όπως κατ' άρ. 52 ΠΔ 18/1989), αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί

Αριθμός Απόφασης: Α142/2019

των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκομένων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια (πρβλ. και απόφαση ΑΕΠΠ Α62/2017). Πρώτον, πιθανολογείται το τυχόν προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο της Προσφυγής και η εξ αυτού δικαιολόγηση εφαρμογής του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, ζήτημα που προηγείται προφανώς κάθε περαιτέρω κρίσης περί τυχόν επιβολής προσωρινών μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 και 2 ΠΔ 39/2017. Σε αυτό το στάδιο, όμως, ήτοι αυτό της χορήγησης προσωρινών μέτρων, δεν λαμβάνει χώρα αναλυτική και εις βάθος εξέταση του απαράδεκτου ή του αβασίμου (που συνεπάγεται αντιστρόφως, του παραδεκτού και του βασίμου), λόγω αφενός του όρου «προδήλως» που η ως άνω διάταξη του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 υιοθετεί, θέτοντας συγχρόνως τα όρια και την έκταση ελέγχου στο στάδιο των προσωρινών μέτρων, αφετέρου του ιδιαίτερα περιορισμένου χρονικού διαστήματος για την έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων (10 ημέρες από την επομένη της χρέωσης στο Κλιμάκιο κατ' άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017), όπως εξάλλου και την έμφαση στο στοιχείο της ζημίας των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών ως δικαιολογητικό έρεισμα των προσωρινών μέτρων. Επομένως, κατά την εξέταση περί επιβολής προσωρινών μέτρων από την ΑΕΠΠ, η πιθανολόγηση εξαντλείται (ως προς το προδήλως απαράδεκτο) στη διάγνωση ευχερώς εντοπίσιμων, άνευ χρείας επισταμένης κρίσεως, διαδικαστικών σφαλμάτων, όπως και (ως προς το προδήλως αβάσιμο) στην έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση του περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία του συναφούς νομοθετικού πλαισίου. Δεύτερον, πιθανολογείται η ύπαρξη μιας μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των συμφερόντων που εμπλέκονται στη διαδικασία ανάθεσης, συμπεριλαμβανομένου τόσο αυτών του προσφεύγοντος, όσο και ακόμη και των έτερων μετεχόντων και ενδιαφερομένων για συμμετοχή στη διαδικασία, ανεξαρτήτως ενδιάμεσης εκ μέρους τους παρεμβάσεως. Τα δε συμφέροντα των τελευταίων ως και αυτά της αναθέτουσας δύναται να θίγονται εκ της συνεχίσεως μιας αμφισβητούμενης νομιμότητας διαδικασίας ή

Αριθμός Απόφασης: Α142/2019

από την τυχόν ακύρωση της διαδικασίας σε πιο προχωρημένο στάδιο. Τρίτον, σταθμίζεται η ως άνω συνολική ζημία που προκύπτει εκ της συνέχισης της διαδικασίας επί του όλου των θιγομένων συμφερόντων, με την αντίστοιχη ζημία που δύναται να προκληθεί εκ της αναστολής της διαδικασίας. Τέταρτον, εξετάζεται το δυνητικό περιεχόμενο των προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' άρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μίγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (πρβλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 3,6,8/2017 και εξής).

5. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο από τον προσφεύγοντα, αφού αυτός επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία και ποσού ευρώ 15.000,00, που πληρώθηκε με το από 15-3-2019 έμβασμα της Περαιτέρω, η Προσφυγή υπάγεται βάσει και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ 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' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016 (βλ. σχετικά και όρο 3.4. της διακήρυξης). Επιπλέον, ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως παρίσταται καταρχήν ότι υπογράφηκε από τους πληρεξούσιους δικηγόρους που όρισε με το μετά της προσφυγής συνυποβληθέν πληρεξούσιο της 14-3-2019. Παρίσταται δε ότι ο προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της Προσφυγής του, αφού επικαλείται σε κάθε περίπτωση ότι οι δια του πρώτου λόγου του προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, τον αποκλείουν και σε κάθε περίπτωση καθιστούν ιδιαίτερα δυσχερή την υποβολή προσφοράς του. Όσον αφορά το εμπρόθεσμο της προσφυγής, προκύπτει ότι αυτή ασκήθηκε μεν εντός του δεκαημέρου από το κατ' άρ. 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016 τεκμήριο γνώσης, που συνέτρεξε την 9-3-2019 (δεκαπέντε ημέρες από την από 22-2-2019 δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ),

Αριθμός Απόφασης: Α142/2019

πλην όμως ο προσφεύγων διενήργησε ήδη από την 22-2-2019 επικοινωνίες με την περί της πρόσβασής του στο VDR. Το κατά πόσον η επικοινωνία αυτή αποδεικνύει πλήρη γνώση του περιεχομένου της διακήρυξης, προ του εκ του προσφεύγοντος επικαλούμενου χρόνου, ήτοι προ της 9-3-2019 και άρα συγκροτεί λόγο εκπροθέσμου της προσφυγής, συνιστά ζήτημα που θα κριθεί με την επί της προσφυγής απόφαση, αφού προϋποθέτει αντιπαραβολή των επικοινωνιών του προσφεύγοντος και του ακριβούς περιεχομένου των επί αυτών αναγραφόμενων, με το περιεχόμενο των όρων που υφίστανται εντός του σώματος αυτής καθαυτής της διακήρυξης. Όμως, η εξέταση περί προσωρινών μέτρων, δεδομένης και της φύσης αυτής ως και του τυχόν αποτελέσματός της, εξαντλείται στον εντοπισμό πρόδηλου λόγου απαραδέκτου και ούτως, δεν επεκτείνεται σε ζητήματα που απαιτούν τέτοια ενδελεχή έρευνα και πάντως δεν είναι όλως προφανή. Προς τούτο, κατά τα αναφερθέντα στη σκ. 4, ούτε η οριστική κρίση περί του παραδεκτού επί της όλης προσφυγής και εκάστου επιμέρους ισχυρισμού που προβάλλεται εξ αυτής, υφίσταται λόγος να εξαχθεί ούτε το επιμέρους παραδεκτό και έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος επί εκάστου αυτοτελούς λόγου της προσφυγής του χρειάζεται να διακριβωθεί ως προϋπόθεση του μη προδήλως απαραδέκτου κατά το παρόν στάδιο εξέτασης της αιτήσεως του περί λήψης προσωρινών μέτρων. Αντίθετα, στο παρόν στάδιο αρκεί, όπως προεκτέθηκε παραπάνω στις σκ. 3-4, να μην υφίσταται πρόδηλος, ευχερώς εντοπίσιμος και εξαρχής αποδεικνυόμενος λόγος εκ του οποίου προκύπτει πως η προσφυγή είναι άνευ ετέρου εν όλω απαράδεκτη, ενώ συγχρόνως, η μετ' εννόμου συμφέροντος και εν γένει παραδεκτή επίκληση έστω και ενός ισχυρισμού αρκεί για το καταρχήν παραδεκτό της Προσφυγής. Ακόμη δε και αν η οριστική επί της Προσφυγής, Απόφαση καταλήξει σε κρίση περί απαραδέκτου, η ιδιαίτερα σύντομη διάρκεια των προσωρινών μέτρων, η ελευθερία διαμόρφωσης του περιεχομένου αυτών κατ' εξισορρόπηση των εκατέρωθεν διακινδυνευόμενων συμφερόντων, βλ. σκ. 7-8, και η ταχύτητα περάτωσης της όλης διαδικασίας ενώπιον της ΑΕΠΠ, εκ των προτέρων αποκλείουν κάθε βλάβη από τη χορήγηση προσωρινών μέτρων επί προσφυγής που εν τέλει

απορριφθεί ως απαράδεκτη, εφόσον πάντως, το απαράδεκτο αυτής δεν ήταν εξαρχής όλως προφανές και άνευ ετέρου αποδεικνυόμενο. Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

6. Επειδή, περαιτέρω, κατά τα ανωτέρω στη σκ. 3, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων βάλλει κατά των προσβαλλόμενων δια της προσφυγής του, όρων της διακήρυξης με ισχυρισμούς, οι οποίοι δεν παρίστανται ούτε ως προδήλως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες τουλάχιστον επισταμένης νομικής αξιολόγησης και επομένως απαιτούν καταρχήν εκτίμηση του περιεχομένου εγγράφων και δη της διακηρύξεως και των τευχών της, ως και ερμηνεία του συναφούς νομοθετικού πλαισίου σε συνδυασμό με το αντικείμενο των προσβαλλόμενων όρων. Επομένως, χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 38/2017.

7. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, η οποία στο στάδιο εξέτασης περί προσωρινών μέτρων ταυτίζεται εν τοις πράγμασι με το έννομο συμφέρον του για την αίτηση αναστολής, εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη εκ της ολοκλήρωσης του σταδίου υποβολής προσφορών είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα, καθώς η διατήρηση των προσβαλλόμενων δια της προσφυγής του όρων, δεδομένου ότι ο προσφεύγων επικαλείται αντίθεσή τους στον νόμο και τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, διαφάνειας και τυπικότητας, είτε θα οδηγήσει αναπόφευκτα σε αποκλεισμό του από τον διαγωνισμό, είτε, σε κάθε περίπτωση, ενδέχεται να καταλήξει σε αμφισβήτηση περί της διαφάνειας και ισότητας στην αξιολόγηση των συμμετεχόντων, ενώ και η ίδια η εκ μέρους του υποβολή προσφοράς δύναται να αποβεί δυσχερής, λόγω της εύλογης μη γνώσης του περί του αν συμμορφώνεται με τους όρους της διακήρυξης και του τρόπου με τον οποίο θα αξιολογηθεί. Ούτως, ακόμη και αν υποβάλει προσφορά δεν είναι σαφές αν η προσφορά του θα συμμορφώνεται με τη διακήρυξη και πως θα αξιολογηθεί και η υποβολή αυτή θα είναι δυνατό να πιθανολογηθεί ως δυσχερής ή και άσκοπη, με πρόδηλη

Αριθμός Απόφασης: Α142/2019

οικονομική ζημία για τον προσφεύγοντα. Εξάλλου, οι προσβαλλόμενοι όροι δύνανται να θίγουν περισσότερους τυχόν ενδιαφερόμενους προς συμμετοχή στον διαγωνισμό οικονομικούς φορείς, με περαιτέρω εξάλλου αποτέλεσμα τη μείωση του ανταγωνισμού, προς βλάβη έτσι και των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής. 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 μη 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, διαγωνιστικής 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 το δημόσιο συμφέρον, 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 των προσβαλλόμενων όρων ενδέχεται να δημιουργήσει προβλήματα και αμφιβολίες τόσο στους μετέχοντες ως προς τη σύνταξη των ίδιων των προσφορών τους, όσο και στα όργανα αξιολόγησης της, τα συμφέροντα των οποίων θα εξασφαλιστούν με την αποσαφήνιση των κριτηρίων αυτών προ της ολοκλήρωσης των προσφορών. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 405/19-3-2019 Πράξεως της Προέδρου 1ου Κλιμακίου, για την 8-4-2019, ήτοι εντός λίαν συντόμου χρονικού διαστήματος και δη 14 ημέρες πριν τον αρχικώς ορισθέντα καταληκτικό χρόνο υποβολής προσφορών (22-4-2019 κατά τον όρο 1.6 της διακήρυξης) και πάντως νωρίτερα από τον απώτατο χρόνο κατά τον οποίο η ΑΕΠΠ δύναται να ορίσει την εξέταση της προσφυγής (κατά τα οριζόμενα στη διάταξη του αρ. 365 Ν. 4412/2016, απώτατος χρόνος είναι η 25-4-2019), η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας για διάστημα που θα επαρκεί για την εκ μέρους του

Αριθμός Απόφασης: Α142/2019

Κλιμακίου, μετά την εξέταση της υπόθεσης κατά την ορισθείσα ημερομηνία ή τυχόν μεταγενέστερη λόγω αναβολής, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα, τον τυχόν παρεμβαίνοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η λήξη της διαδικασίας υποβολής προσφορών, η οποία πρόκειται να λάβει χώρα την 22-4-2019 ήτοι δεκατέσσερις (14) ημέρες μετά τον χρόνο εξέτασης της προσφυγής, εάν έως τότε δεν έχει εκδοθεί απόφαση από το Κλιμάκιο, 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. Εξάλλου, το Κλιμάκιο, κατά τα ανωτέρω, έχει πλήρη ευχέρεια διαμόρφωσης του περιεχομένου των προσωρινών μέτρων κατά τρόπο που εξισορροπεί τα συμφέροντα του συνόλου των μερών, διαμορφώνοντας το οικείο διατακτικό του στο πλαίσιο της αρχής της αναλογικότητας, με τρόπο που αφενός προστατεύει τα όποια θιγόμενα εκ της προόδου της διαδικασίας συμφέροντα, αφετέρου περιορίζεται στο αναγκαίο, πλην επαρκές για την παραπάνω προστασία, μέτρο, χωρίς να βλάπτει τα λοιπά εμπλεκόμενα συμφέροντα. Ούτως, ουδόλως το Κλιμάκιο υποχρεούται να αναστείλει εν όλω τη διαδικασία, συμπεριλαμβανομένης της απαντήσεως ερωτημάτων και εκδόσεως σχετικών πράξεων έως και την έκδοση της επί της Προσφυγής, Απόφασής του ούτε υφίσταται οιοσδήποτε λόγος για την παύση έως και την έκδοση της Απόφασης αυτής, κάθε άλλης ενέργειας, δραστηριότητας, έκδοσης πράξεων και αποφάσεων της και κάθε άλλου σχετικού φορέα και αρχής, σχετικά με τη διαδικασία, καθώς δεν προκύπτει ότι η κατά τα λοιπά αναστολή κάθε σχετικής με τον διαγωνισμό διαδικασίας είναι αναγκαία για την προστασία του προσφεύγοντος ή την πρόληψη κάθε κινδύνου σχετιζόμενη με την τυχόν εν τέλει κρίση περί μη νομίμου των ως άνω όρων. Αντίθετα, ο όποιος οικείος κίνδυνος δύναται να προληφθεί αποτελεσματικά, αποκλειστικά με μόνη την αναστολή του χρόνου

λήξης υποβολής προσφορών, αφού η τυχόν αυτή λήξη προ της έκδοσης απόφασης επί της προσφυγής είναι και η μοναδική συνθήκη που ενδέχεται να βλάψει τον προσφεύγοντα ή τα λοιπά διακινδυνευόμενα συμφέροντα. Εξάλλου, η ίδια η επικαλείται τη λίαν πιθανή παράταση του χρόνου υποβολής προσφοράς κατά χρόνο μεγαλύτερο του απώτατου για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διαστήματος, με αποτέλεσμα να μην προκύπτει οιαδήποτε βλάβη για το δημόσιο συμφέρον και οιονδήποτε άλλον εμπλεκόμενο με τη διαδικασία, από την εκ της αποφάσεως προσωρινών μέτρων διαταγή τέτοιας παράτασης για μικρότερο χρονικό διάστημα. Σε κάθε όμως περίπτωση, αφενός η δεν αναφέρει ότι τέτοια παράταση έχει ήδη λάβει χώρα, ασχέτως αν απλώς την προβάλλει ως ιδιαίτερα πιθανή, ζήτημα μελλοντικό και υποθετικό, επί του οποίου δεν είναι δυνατόν να στηριχθεί κρίση περί μη χορήγησης προσωρινών μέτρων εκ της ΑΕΠΠ. Αφετέρου, αλυσιτελώς η προβάλλει βλάβη από τη χορήγηση προσωρινών μέτρων, αφού κατά τα παραπάνω, τα προσωρινά μέτρα δύνανται να λάβουν περιεχόμενο που δεν θίγει καθ' οιονδήποτε τρόπο την ευχέρεια της και κάθε άλλου αρμοδίου φορέα να προβαίνουν σε οιαδήποτε περί του διαγωνισμού και του αντικειμένου του ενέργεια και να εκδίδουν κάθε είδους πράξη.

8. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του περιεχομένου του αιτήματος αναστολής του προσφεύγοντος, το οποίο εν προκειμένω δεν δεσμεύει το Κλιμάκιο και την αυτεπάγγελτη προς το πρώτον διαταγή και διαμόρφωση του καταλλήλου προσωρινού μέτρου αρμοδιότητα κατά τα αναφερθέντα παραπάνω στη σκ. 2, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία 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. Η παράταση αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας για τους τρίτους ενδιαφερόμενους, την

Αριθμός Απόφασης: Α142/2019

πληροφόρηση των διαδικίων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως μικρότερη από αυτή του αποκλειστικού προς εξέταση και έκδοση απόφασης επί της προσφυγής χρόνου (εξήντα ημερών από την κατάθεση της προσφυγής) κατ' αρ. 365 παρ. 1 και 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την ενδιάμεση και εντός του χρόνου της χορηγούμενης παρατάσεως, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κατ' αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επειδή, με δεδομένο ότι ήδη δια της υπ' αρ. 405/19-3-2019 Πράξης Προέδρου 1ου Κλιμακίου ορίστηκε ως καταρχήν χρόνος εξέτασης της Προσφυγής η 8-4-2019 ενώ δεν αποκλείεται τυχόν αναβολή εντός του αποκλειστικού προς εξέταση της προσφυγής χρόνου, προκύπτει ότι το διάστημα των 30 ημερών από την παραπάνω ημερομηνία, που επαρκεί για την τυχόν, αν απαιτηθεί, αναβολή της εξέτασης και το περαιτέρω εικοσαήμερο αποκλειστικό διάστημα προς έκδοση απόφασης, συνιστά κατά τα ως άνω εύλογο διάστημα παράτασης του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών, σε κάθε περίπτωση μικρότερου του εκ της επικαλούμενου ως πιθανού χρόνου παράτασης υποβολής προσφορών (15-5-2019 και εξής), ενώ παράλληλα θα εξασφαλίσει στο Κλιμάκιο επαρκή χρόνο για την εξέταση και έκδοση επί της προσφυγής απόφασης. Εξυπακούεται πως η παρούσα Απόφαση δεν επιβάλλει ρητή ημερομηνία καθορισμού του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών, αλλά αυτή μπορεί να τεθεί κατ' ελεύθερη κρίση και εκτίμηση της αναθέτουσας από την 9-5-2019 και έπειτα οποτεδήποτε, αφετέρου πως το διατασσόμενο δια της παρούσας προσωρινό μέτρο θα παύσει αυτοδίκαια κατ' αρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017 δια της εκδόσεως αποφάσεως επί της προσφυγής οποτεδήποτε προ της ως άνω ορισθείσας δια της παρούσας ημερομηνίας. Ουδόλως εξάλλου, η αναθέτουσα κωλύεται καθ' όλο το ενδιάμεσο διάστημα έως και την έκδοση Απόφασης, να εκδίδει ελευθέρως κάθε είδους πράξη σχετική με τον προκείμενο διαγωνισμό,

Αριθμός Απόφασης: Α142/2019

συμπεριλαμβανομένης και της απαντήσεως σε οποιοδήποτε ερώτημα ενδιαφερομένων προς συμμετοχή και διενέργειας κάθε επικοινωνίας με οικονομικούς φορείς μέσω του VDR ούτε δια της παρούσας αναστέλλεται κάθε εν γένει διαδικασία σχετιζόμενη με τον διαγωνισμό ή το υπό ανάθεση, αφού το ανασταλτικό αποτέλεσμα της παρούσας Απόφασης περιορίζεται αποκλειστικά, και δη μόνο για το ως άνω εξ αυτής καθοριζόμενο διάστημα, επί του χρόνου λήξης υποβολής προσφορών και όχι επί της διαδικασίας στο σύνολό της.

9. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να χορηγηθεί το προσωρινό μέτρο της παράτασης της καταληκτικής προθεσμίας υποβολής προσφορών και δη κατά το περιεχόμενο της αμέσως προηγούμενης σκέψης.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Διατάσσει την παράταση της λήξης του σταδίου υποβολής προσφορών για το διάστημα έως και το πέρας της 8^{ης} Μαΐου 2019, χωρίς ενδιάμεσως να εμποδίζεται η έκδοση κάθε είδους διοικητικών ή διαδικαστικών πράξεων και η εκτέλεση κάθε ενέργειας και διαδικασίας σχετικής με τον διαγωνισμό κατά το αιτιολογικό.

Διατάσσει την όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29-3-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

ΓΡΥΠΑΡΗΣ ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ