

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 17 Απριλίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Ιωάννης Κίτσος-Εισηγητής και Ιωάννα Θεμελή,
Μέλη.

Για να εξετάσει τα αιτήματα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που σωρεύονται: Α) Στην Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/422/08.04.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται. Β) Στην Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/425/08.04.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Με τις Προδικαστικές Προσφυγές τους, οι αιτούσες επιδιώκουν την ακύρωση της Απόφασης/432/22.03.2019 της αναθέτουσας αρχής με την οποία, κατ' έγκριση του από 26.02.2019 ΠΡΑΚΤΙΚΟΥ της Επιτροπής Διενέργειας της «Α ΦΑΣΗΣ: Εκδήλωση Ενδιαφέροντος- Προεπιλογή» του διεθνούς δημόσιου Διαγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης παραχώρησης του δημοσίου έργου «.....», έγιναν αποδεκτές για τη «Β ΦΑΣΗ», Προσφορές αντίπαλων εταιρειών.

Με τις Πράξεις 528/10.04.2019 και 525/09.04.2019 του Προέδρου του Κλιμακίου αποφασίστηκε οι υπό κρίση Προσφυγές να εξεταστούν σε κοινή διαδικασία εξέτασης στις 10.05.2019, λόγω συνάφειας και προς αποφυγή έκδοσης αντιφατικών αποφάσεων της Αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Ιωάννη Κίτσο.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση των ανωτέρω Προδικαστικών Προσφυγών προκύπτει πως έχουν προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, τα ηλεκτρονικά παράβολα υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικούς και, ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (€15.000) έκαστο, 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 12 «Εκτιμώμενη αξία και διάρκεια της παραχώρησης» της αντίστοιχης «Πρόσκληση Υποβολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος», όπου ορίζεται πως η εκτιμώμενη αξία της επίμαχης σύμβασης παραχώρησης υπερβαίνει το χρηματικό όριο της περίπτωσης α΄ της παρ. 2 του άρθρου 1 του Ν. 4413/2016 (ΦΕΚ Α΄ 148), σε κάθε περίπτωση ο επίμαχος δημόσιος Διαγωνισμός κατατείνει στη σύναψη μίας εκ των μεγαλύτερων συμβάσεων παραχώρησης των τελευταίων ετών στον τομέα των οδικών μεταφορών με προβλεπόμενη διάρκεια (concession period) άνω των 25 ετών (άρθρο 12.2. ομοίως).

2. Επειδή, κατόπιν της Απόφασης/ΒΟΑΚ/οικ.612/14.6.2018 του εγκρίθηκε η διενέργεια διεθνούς Διαγωνισμού για την ανάθεση σε ιδιωτικές κατασκευαστικές εταιρίες της σύμβασης παραχώρησης του δημοσίου έργου «.....», και η «Πρόσκληση Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος» της «Α

Αριθμός απόφασης: 170-171/2019

ΦΑΣΗΣ» αυτού, επί της οποίας τέθηκε ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των «Φακέλων Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος» η 06.08.2018 και, κατόπιν μετάθεσης αυτής, στις 18.10.2018, με 3 διαδοχικές Αποφάσεις του ως άνωμε αρ.πρωτ.:...../BOAK/810/25-7-2018 (έως την Παρασκευή 28-9-2018),/BOAK/983/6-9- 2018 (έως τη Δευτέρα 8-10-2018)/BOAK/1123/4-10-2018 (έως την Πέμπτη 18-10-2018). Με την ίδια Απόφαση/BOAK/οικ.612/14-6-2018 τουορίστηκε αναθέτουσα αρχή του υπόψη Διαγωνισμού η με Σύμβαση Παραχώρησης ή «.....» και, ακολούθως, με την Απόφαση/BOAK/οικ1143/10.10.2018 αυτού συγκροτήθηκε η Επιτροπή για τη Διενέργεια της «ΦΑΣΗΣ Α» του δημόσιου Διαγωνισμού για την ανάθεση της επίμαχης Σύμβασης Παραχώρησης, στον οποίο συμμετείχαν οι εξής δραστηριοποιούμενες στον χώρο των κατασκευών διεθνείς και ημεδαπές εταιρείες: 1) «.....» (αριθμ. πρωτ. «Φακέλλου Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος»/1177/18-10-2018). 2) «.....» (αριθμ. πρωτ./1178/18-10-2018). 3) «.....» (αριθμ. πρωτ./1179/18-10-2018). 4) «.....» (αριθμ. πρωτ./1180/18-10-2018 και 5) «.....» (αριθμ. πρωτ./1181/18-10-2018). Μετά την ολοκλήρωση των κλειστών συνεδριάσεων της, η ορισθείσα ως άνω Επιτροπή Διενέργειας αφού έλεγξε και αξιολόγησε τους 5 «Φακέλους Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος» από τις ως άνω Προσφέρουσες, κατέληξε ομόφωνα, όπως προκύπτει από το αντίστοιχο από 26.02.2019 Πρακτικό που συνέταξε, στο συμπέρασμα πως όλες οι ως άνω εταιρείες πληρούν τις απαιτήσεις του άρθρου 5 «Δικαίωμα Συμμετοχής στο Διαγωνισμό – Αλλαγές στη σύνθεση των Προεπιλεγέντων», και τα Δικαιολογητικά Συμμετοχής τους

είναι πλήρη και ορθά σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 10 «Περιεχόμενα και μορφή του Φακέλου Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος» της «ΦΑΣΗΣ Α» της «Πρόσκλησης Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος» και, πράγματι, ομόφωνα εισηγήθηκε προς την αναθέτουσα αρχή να προεπιλεγούν για τη «ΦΑΣΗ Β» του Διαγωνισμού και οι 5 ως άνω εταιρείες. Η γνωμοδοτική κρίση αυτή έγινε δεκτή με την Απόφαση/432/22-3-2019 της αναθέτουσας αρχής (αναρτηθείσα στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ με ΑΔΑ:), στο κείμενο της οποίας επισημάνθηκε η δυνατότητα άσκησης κατ' αυτής προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, δικαίωμα το οποίο άσκησαν οι αιτούσες (άρθρα 345επ. Ν. 4412/2016 και 3επ. Κανονισμού) προκρίνοντας τις ως άνω εταιρείες στην επόμενη Β΄ Φάση του Διαγωνισμού.

3. Επειδή, αμφότερες οι προσφεύγουσες ασκούν τις Προδικαστικές Προσφυγές τους 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 12 «Εκτιμώμενη αξία και διάρκεια της παραχώρησης» της αντίστοιχης «Πρόσκληση Υποβολής Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος» (βλ. σκέψη 1), σύμφωνα με τα άρθρα 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 1 περ. β) του Κανονισμού και ενώ 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 ξεκίνησε μετά τις 26.06.2017 (βλ. αριθμό 2018/S 114-260321 εκ της Υπηρεσίας Εκδόσεων της ΕΕ).

5. Επειδή, αμφότερες οι Προδικαστικές Προσφυγές έχουν 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 κατατέθηκαν την 05.04.2019 (ώρα 13:30 και 17:34 αντίστοιχα) με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ καθώς η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία δε διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ – ηλεκτρονική πλατφόρμα την οποία δεν προέκρινε ως υποχρεωτική ο εσωτερικός νομοθέτης του δικαίου της παραχώρησης για τις αυτοχρηματοδοτούμενες συμβάσεις αυτές– 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 δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση στις 26.03.2019 της προσβαλλόμενης πράξης σε όλους τους Προσφέροντες με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (βλ. σελ. 3 Πεδίο Δ. αμφοτέρων των Προσφυγών κατά συνομολόγηση).

6. Επειδή, οι αιτούσες, οι οποίες συγκαταλέγονται στις γνωστές κατασκευαστικές εταιρίες της ελληνικής αγοράς των παραχωρήσεων, θεμελιώνουν έννομο συμφέρον για την άσκηση των υπό κρίση Προδικαστικών Προσφυγών, καθώς οι «Φάκελοι Εκδήλωσης Ενδιαφέροντος» που υπέβαλαν στην ανοιγείσα διαγωνιστική διαδικασία κρίθηκαν νόμιμοι ενώ, κατά την άποψή τους, οι αντίστοιχοι των αντιπάλων τους έπρεπε να είχαν αποκλειστεί από τη «ΦΑΣΗ Β».

7. Επειδή, επομένως, οι υπό κρίση Προδικαστικές Προσφυγές μετά των σχετικών ως άνω αιτημάτων για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρονται 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 τις ανωτέρω Πράξεις 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 των αιτημάτων υποβολής

προσωρινών μέτρων από την κοινοποίηση εκάστης Πράξης, η δε αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε αυτές (βλ. σκέψη 8).

8. Επειδή, ειδικότερα, ως προς την εκτίμηση του περιεχομένου των Προδικαστικών Προσφυγών: α) η μεν πρώτη αιτούσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης Απόφασης κατά το μέρος που προέκρινε ως κατάλληλες για τη «ΦΑΣΗ Β» του κρίσιμου Διαγωνισμού την «.....» και την «.....», β) η δε δεύτερη αιτούσα στρέφεται ομοίως κατά της «.....», «.....», «.....» και της «.....».

9. Επειδή, όπως διατάχθηκε από την Αρχή (βλ. τις από 08.04.2019 ηλεκτρονικές επιστολές της), η αναθέτουσα αρχή ήδη απέστειλε δια της υπ' αριθμ. πρωτ./BOAK/οικ.621 επιστολής, τον διοικητικό φάκελο της υπόθεσης σε ηλεκτρονική μορφή λόγω του τεράστιου όγκου των εγγράφων του υπόψη Διαγωνισμού παραχώρησης, ενώ οι αναλυτικές Απόψεις της «θα αποσταλούν εντός της προβλεπόμενης προθεσμίας των 10 ημερών».

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 αμφότερες τις αιτούσες, 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 απαράδεκτη, 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, ενώ η αναθέτουσα αρχή με τις Απόψεις της, ήδη συνομολόγησε την ανάγκη τροποποίησης ορισμένων εκ των τεχνικών προδιαγραφών, 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.

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 παραχώρησης, όπως η εξεταζόμενη (βλ. σκέψη 1).

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

Αναστέλλει την εκτέλεση της προσβαλλόμενης Απόφασης μέχρι την έκδοση οριστικής Απόφασης επί των Προδικαστικών Προσφυγών.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Απριλίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Γραμματέας

Χρήστος Σώκος

Νίκος Λιακασιδης