

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της την 5^η Οκτωβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Αγγελική Πουλοπούλου Πρόεδρος, Μαρία Κάπαρη-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Διαθεσόπουλο, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων, που ενσωματώνεται στην από 27.09.2018 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (Γ.Α.Κ.) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (εφεξής Α.Ε.Π.Π.) 975/28.09.2018 (εφεξής Προδικαστική Προσφυγή) του οικονομικού φορέα, με την επωνυμία “” (εφεξής Προσφεύγων), που εδρεύει στη, επί της οδού, αρ., νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής, με την επωνυμία “” (εφεξής Αναθέτουσα Αρχή), που εδρεύει στη, επί της οδού και, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, στην οποία σωρεύεται και αίτημα αναστολής εκτέλεσης και λήψης προσωρινών μέτρων, ο Προσφεύγων αιτείται: (i) την αποδοχή του συνόλου της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, (ii) την ακύρωση της υπ’ αρ. 294/12.09.2018 (Α.Δ.Α.:) Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, με θέμα: “Απόφαση Ο.Ε. για έγκριση πρακτικού ηλεκτρονικού διαγωνισμού με Α/Α συστήματος του έργου «ΕΝΙΣΧΥΣΗ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΝΗΣΩΝ- ΜΕ ΥΠΟΘΑΛΑΣΣΙΟ ΑΓΩΓΟ» με κωδικό ΟΠΣ” (εφεξής Προσβαλλόμενη), εκτιμώμενης αξίας 354.838,71 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24% (υπ’ αρ. πρωτ. Διακήρυξη (εφεξής Διακήρυξη), με την οποία προκηρύχθηκε Ηλεκτρονικός Δημόσιος Ανοιχτός Διαγωνισμός κάτω των ορίων, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής, και η οποία

καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 23.07.2018, με Α.Δ.Α.Μ.:, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., όπου έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.:), (iii) την αναγνώριση της παρανομίας του αποκλεισμού του και της ακύρωσης αυτού, και (iv) την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου. Διά του αιτήματος αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων ο Προσφεύγων αιτείται την αναστολή εκτέλεσης της Προσβαλλόμενης και της εν γένει προόδου του διαγωνισμού έως την έκδοση οριστικής απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής του.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία Κάπαρη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων που επισυνάπτεται στην από 27.09.2018 Προδικαστική Προσφυγή, η οποία στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης και δη κατά απόφασης περάτωσης σταδίου οικονομικών προσφορών-δικαιολογητικών συμμετοχής, διά αποσφράγισης των σχετικών υποφακέλων, και ανάδειξης προσωρινού μειοδότη. Προς υποστήριξη της Προδικαστικής Προσφυγής, ο Προσφεύγων επικαλείται τις διατάξεις των άρθρων 22.Β., 23.1., 23.4., 23.9. της Διακήρυξης, τις διατάξεις του άρθρου 377 παρ. 31 του ν. 4412/2016, τις διατάξεις των άρθρων 20 παρ. 5 και 92 του ν. 3669/2008, καθώς επίσης και τις διατάξεις της Υ.Α. Δ15/οικ/15658. Όσον αφορά δε την τελευταία, υποστηρίζει ότι δεν εμπεριέχεται στο νομοθετικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ούτε γίνεται καμία αναφορά περί αυτής στη Διακήρυξη, ενώ το ίδιο ισχύει, όπως αναφέρει, τόσο ως προς την Κατευθυντήρια Οδηγία 23-Απόφαση της, όσο και ως προς την απάντηση στην ερώτηση αρ. 51 του πεδίου “Συχνές ερωτήσεις” της επί της ιστοσελίδας της τελευταίας. Κατ’ ακολουθία των ανωτέρω, μη νομίμως αποκλείσθηκε ο ίδιος, κατά τις αιτιάσεις του, κατόπιν εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού, κατά το στάδιο ελέγχου των φακέλων

των δικαιολογητικών συμμετοχής των διαγωνιζομένων, που ακολούθησε μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών, όπου και ανεδείχθη πρώτος κατά σειρά μειοδοσίας, με ποσοστό έκπτωσης 42,58%, η οποία εισήγηση εν συνεχεία εγκρίθηκε διά της Προσβαλλόμενης από την Οικονομική Επιτροπή της Αναθέτουσας, με την αιτιολογία ότι: *“Η εργοληπτική επιχείρηση με την επωνυμία δεν γίνεται δεκτή διότι: Έχει κακώς συμπληρώσει στο μέρος II ενότητα Α του Τ.Ε.Υ.Δ. ότι είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο, ενώ σύμφωνα με την οδηγία 23 της καθώς και την απάντηση στο ερώτημα 51 της μόνο όσοι διαθέτουν ενημερότητα καθώς και πτυχίο Μ.Ε.ΕΠ. ανήκουν σε επίσημο κατάλογο έως την ψήφιση του ΜΗ.ΤΕ.”* και ακολούθως αναδείχθηκε ως προσωρινός μειοδότης η εργοληπτική επιχείρηση, με την επωνυμία “ ..”, με ποσοστό έκπτωσης 25,83%. Ειδικότερα, ως λόγος ακύρωσης προβάλλεται από τον Προσφεύγοντα ότι μη νόμιμα αποκλείσθηκε από τον εν θέματι διαγωνισμό, καθόσον, κατά την άποψή του, το Μ.Ε.ΕΠ. είναι ο μοναδικός επίσημος κατάλογος εργοληπτών, εν αντιθέσει με την ενημερότητα πτυχίου, η οποία δεν είναι κατάλογος, αλλά πιστοποιητικό, η χορήγηση του οποίου προϋποθέτει την εγγραφή σε επίσημο κατάλογο, που είναι μόνον το Μ.Ε.ΕΠ.. Ως εκ τούτου, από μόνη της η εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ. αρκεί για να θεωρηθεί μια επιχείρηση εγγεγραμμένη σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων και επομένως, κατά τους ισχυρισμούς πάντα του Προσφεύγοντος, η απάντηση ΝΑΙ που έθεσε στο αντίστοιχο πεδίο του Τ.Ε.Υ.Δ. του ήταν απολύτως ορθή και νόμιμη. Επικουρικώς δε, προβάλλει ότι, ακόμη και αν ήθελε κριθεί ότι επίσημος κατάλογος εγκεκριμένων οικονομικών φορέων είναι το Μ.Ε.ΕΠ. μαζί με την ενημερότητα πτυχίου, η απαίτηση να συμπληρωθεί ΟΧΙ στο μέρος II ενότητα Α του Τ.Ε.Υ.Δ., ότι δηλαδή δεν είναι εγγεγραμμένοι σε επίσημο κατάλογο, νοείται μόνο για όσες εργοληπτικές επιχειρήσεις μπορούν να έχουν ενημερότητα πτυχίου και παρά ταύτα δεν έχουν. Συνεπώς, η δική του επιχείρηση, δεδομένου ότι είναι εγγεγραμμένη στην 1^η τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. ως προς τα Λιμενικά και στη 2^η τάξη ως προς τις υπόλοιπες κατηγορίες, δεν διαθέτει και ούτε δύναται να διαθέτει εκ του νόμου ενημερότητα πτυχίου, καθόσον ενημερότητα πτυχίου

λαμβάνουν εργοληπτικές επιχειρήσεις εγγεγραμμένες στην 3^η τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. και άνω. Ωστόσο, έχοντας εγγραφεί στο Μ.Ε.ΕΠ., απολύτως νόμιμα, κατά τους ισχυρισμούς του Προσφεύγοντος, δήλωσε ΝΑΙ στο μέρος II ενότητα Α του Τ.Ε.Υ.Δ., ότι δηλαδή είναι εγγεγραμμένος σε επίσημο κατάλογο. Αντιθέτως, αν δήλωνε ΟΧΙ στο εν θέματι πεδίο, θα είχε προβεί σε ψευδή δήλωση, καθώς, διά της εγγραφής του στο Μ.Ε.ΕΠ., πληροί τις απαιτήσεις των άρθρων 22.β και 23.4. της Διακήρυξης, μη δυνάμενος να αποδείξει με άλλο τρόπο την επαγγελματική του καταλληλότητα για την ανάληψη της εργολαβίας, εφόσον αυτή αποδεικνύεται μέσω της εγγραφής του στο Μ.Ε.ΕΠ.. Κατόπιν των ανωτέρω διαλαμβανομένων, ο Προσφεύγων υποστηρίζει ότι ο αποκλεισμός του είναι παράνομος, διότι, ακόμη και αν η άποψη της Αναθέτουσας Αρχής θα μπορούσε να θεωρηθεί υποστηρίξιμη για εργοληπτικές επιχειρήσεις από την 3^η τάξη του Μ.Ε.ΕΠ. και άνω, σε καμία περίπτωση δεν δύναται να θεωρηθεί υποστηρίξιμη, πολλώ δε μάλλον νόμιμη, για τις εργοληπτικές επιχειρήσεις με τάξη εργοληπτικού πτυχίου κατώτερη της 3^{ης}. Ως εκ τούτου, καταλήγει ο Προσφεύγων, από μόνη της η εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ. συνιστά σε περιπτώσεις, όπως η δική του, εγγραφή σε επίσημο κατάλογο, δεδομένου ότι είναι εκ του νόμου αδύνατη η κατοχή ενημερότητας πτυχίου, ενώ και η εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ. δεν είναι νοητό να αποσιωπηθεί, διά της σημείωσης ΟΧΙ στο οικείο πεδίο, αφού η εγγραφή στο Μ.Ε.ΕΠ. απαιτείται από τα ανωτέρω αναφερόμενα άρθρα της Διακήρυξης. Επικουρικώς, και υπό την παραδοχή των όσων αναφέρονται σχετικώς επί της ανωτέρω αναφερόμενη Κατευθυντήριας Οδηγίας της, προκύπτει ασάφεια της Διακήρυξης, σύμφωνα με τον Προσφεύγοντα, η οποία δεν δύναται να αποβεί εις βάρος του, όσον αφορά τις εργοληπτικές επιχειρήσεις, οι οποίες ναι μεν είναι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ., ωστόσο όμως δεν έχουν, ένεκα της τάξης τους, ενημερότητα πτυχίου και συνεπώς ευλόγως, ορθώς και αληθώς δήλωσαν ΝΑΙ στο σχετικό πεδίο, δεδομένου ότι δεν υπάρχει ειδική πρόβλεψη σε κανένα σημείο της Διακήρυξης γι' αυτές, αλλά αντιθέτως, βάσει των ανωτέρω αναφερόμενων διατάξεων της, προκύπτει ότι το Μ.Ε.ΕΠ. συνιστά πράγματι κατάλογο εγκεκριμένων φορέων. Περαιτέρω και επικουρικώς υποστηρίζεται από τον Προσφεύγοντα ότι η δήλωσή του, εξαιτίας της οποίας

αποκλείστηκε, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί εσφαλμένη, δεν στέρησε την Αναθέτουσα Αρχή από καμία δέσμευση και πληροφορία κρίσιμη και απαιτητή κατά τη Διακήρυξη, δεδομένου ότι δεσμεύθηκε να προσκομίσει το σύνολο των δικαιολογητικών που απαιτούσε η Διακήρυξη, ενώ παράλληλα το γεγονός ότι ο ίδιος προσέφερε 17 μονάδες υψηλότερο ποσοστό έκπτωσης σε σχέση με τον προσωρινό μειοδότη καθιστά τον αποκλεισμό του προσέτι παράνομο. Τέλος και επικουρικώς ο Προσφεύγων, επικαλούμενος τα αναφερόμενα επί της ανωτέρω αναφερόμενης Κατευθυντήριας Οδηγίας της (σχετ. 2.3.1.), προβάλλει ότι, η Αναθέτουσα Αρχή, εφόσον έκρινε ότι ο ίδιος δεν είχε συμπληρώσει ορθά το Τ.Ε.Υ.Δ., όφειλε να τον καλέσει να το συμπληρώσει με ορθό τρόπο, καθόσον γνώριζε λόγω της εγγραφής του στο Μ.Ε.ΕΠ. στην 1^η τάξη Λιμενικών ότι δεν διέθετε εκ του νόμου ενημερότητα πτυχίου και όχι να προβεί σε μη νόμιμο αποκλεισμό του.

2. Επειδή (βλ. και Απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3,6,8/2017) εκ των διατάξεων του άρθρου 366 του ν. 4412/2016 και 15 παρ. 1 και 3 του π.δ. 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 άρθρου 366 του ν. 4412/2016 όσο και του άρθρου 15 του π.δ. 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 άρθρο 366 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 παρ. 2 του π.δ. 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”, συμπεραίνεται 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 Προδικαστικής Προσφυγής.

3. Επειδή, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 περί του σκοπού των “καταλλήλων” προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του άρθρου 366 του ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του άρθρου 15 του π.δ. 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 του μόνο την τυχόν επαπειλούμενη βλάβη του Προσφεύγοντος, αλλά τη συνεκτιμά ως 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 Προδικαστική 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 εκ της λήψεως 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’ άρθρο 372 παρ. 4 εδ. ι’ του ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 5 εδ. α’ του προΐσχύσαντος ν. 3886/2010) ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη του προσφεύγοντος (όπως κατ’ άρθρο 52 του π.δ. 18/1989), αλλά 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 (πρβλ. και Απόφαση Α.Ε.Π.Π. Α62/2017). Πρώτον, πιθανολογείται το τυχόν προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο της Προδικαστικής Προσφυγής και η εξ αυτού δικαιολόγηση εφαρμογής του άρθρου 15 παρ. 3 του π.δ. 39/2017, ζήτημα που προηγείται προφανώς κάθε

περαιτέρω κρίσης περί τυχόν επιβολής προσωρινών μέτρων του άρθρου 15 παρ. 1 και 2 του π.δ. 39/2017. Σε αυτό το στάδιο, όμως, ήτοι περί χορήγησης προσωρινών μέτρων, δεν λαμβάνει χώρα αναλυτική και εις βάθος εξέταση του απαραδέκτου ή του αβασίμου (που συνεπάγεται αντιστρόφως, του παραδεκτού και του βασίμου), λόγω αφενός του όρου «προδήλως» που η ως άνω διάταξη του άρθρου 15 παρ. 3 του π.δ. 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' άρθρο 15 παρ. 1 του π.δ. 39/2017), όπως εξάλλου και την έμφαση στο στοιχείο της ζημίας των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών ως δικαιολογητικό έρεισμα των προσωρινών μέτρων. Επομένως, κατά την εξέταση επί λήψης προσωρινών μέτρων από την Α.Ε.Π.Π., 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 Αρχής δύνανται να θίγονται εκ της συνεχίσεως μιας αμφισβητούμενης νομιμότητας διαδικασίας ή από την τυχόν ακύρωση της διαδικασίας σε πιο προχωρημένο στάδιο. Τρίτον, σταθμίζεται η ως άνω συνολική ζημία που προκύπτει εκ της συνεχίσεως 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' άρθρο 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 Α.Ε.Π.Π. 3,6,8/2017 και εξής). Αυτά εξάλλου συνάδουν με την εξαιρετικά βραχεία προθεσμία προς έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων (10 ημέρες από τη χρέωση στο Κλιμάκιο κατ' άρθρο 15 παρ. 1 του π.δ. 39/2017), αλλά και τον εν γένει χαρακτήρα του θεσμού της προδικαστικής προστασίας ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. και ειδικότερα και της προσωρινής ενώπιον της προστασίας, η οποία ομοιάζουσα με την προσωρινή διαταγή στο πλαίσιο της δικαστικής προσωρινής προστασίας, σκοπεί στον συγκερασμό της ταχύτητας με την αποτελεσματικότητα, δια της αποτροπής δημιουργίας τετελεσμένων που θα καταστήσουν εν τέλει την προδικαστική προστασία αλυσιτελή για τον Προσφεύγοντα (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση του ν. 4412/2016) ή και θα επιφέρει βλάβη και καθυστερήσεις για την Αναθέτουσα Αρχή και τους έτερους ενδιαφερομένους δια της ακάθεκτης προόδου ενός διαγωνισμού, ο οποίος κινδυνεύει να ακυρωθεί εξ υπαρχής. Συνεπώς, ακόμη και όταν από το καταρχήν περιεχόμενο του δικογράφου καταλείπεται μια καταρχήν αμφιβολία ως προς το αν συντρέχουν επιμέρους στοιχεία του παραδεκτού του (όχι όμως και βεβαιότητα περί της μη συνδρομής τους), όπως το έννομο συμφέρον επί της εν γένει ασκήσεώς του ή επί ορισμένων λόγων της Προδικαστικής Προσφυγής ή ως προς την αναφορά ορισμένων ή και όλων των λόγων σε ανέλεγκτα ζητήματα σκοπιμότητας και όχι νομιμότητας, ήτοι σε ζητήματα που επαφίονται στη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής, τότε οι ως άνω κανόνες περί αφενός συνδρομής όχι πιθανολογούμενου παραδεκτού/βασίμου αλλά μη προδήλως απαραδέκτου/αβασίμου για την εφαρμογή του άρθρου 15 παρ. 3 του π.δ. 39/2017, αφετέρου πρόληψης της αθροιστικής επαπειλούμενης βλάβης κατά όλων των ενδιαφερόμενων μερών, επιτάσσουν τη χορήγηση ανασταλτικής φύσης προσωρινών μέτρων, εφόσον πάντως δεν εντοπίζονται αυταπόδεικτοι λόγοι απόρριψης που συνάγονται ευθέως εκ των οικείων κανόνων άνευ χρείας ερμηνείας και επιστάμενου νομικού ελέγχου για την οικεία υπαγωγή (όπως επί παραδείγματι σε περίπτωση εκπροθέσμου άσκησης, απαραδέκτου τρόπου

κατάθεσης, έλλειψης παραβόλου ή πλήρους αοριστίας) και δεν απαιτούν τη μεσολάβηση κάποιας ειδικής επιμέρους κρίσης και εκτεταμένης νομικής σκέψης.

4. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρθρο 5 του π.δ. 39/2017 και κατ' άρθρο 363 του ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο Προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία και ποσού ευρώ 1.775,00 όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω της Τράπεζας της 26.09.2018. Περαιτέρω, η Προδικαστική Προσφυγή υπάγεται, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, στις διατάξεις του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016 και δεν υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και συνεπώς εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' άρθρο 345 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, κατά τις διατάξεις του άρθρου 361 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (εν προκειμένω, χρόνος κοινοποίησης την 17.08.2018, και άσκηση την 27.09.2018, ήτοι τη δέκατη ημέρα από την κοινοποίηση), ενώ ο Προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρθρο 8 παρ. 2 του π.δ. 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον νόμιμο εκπρόσωπο του Προσφεύγοντος. Ο δε Προσφεύγων, ως προσφέρων στον οικείο διαγωνισμό και ως πρώτος εκ της κατάταξής του κατά σειρά μειοδοσίας προ του σταδίου ελέγχου των φακέλων των δικαιολογητικών των διαγωνιζομένων, θεμελιώνει, καταρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής κατά της Προσβαλλόμενης, στην οποία ενσωματώνει και αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεδομένου ότι επίκειται η κατακύρωση της σύμβασης σε έτερο διαγωνιζόμενο. Συνεπώς, η προσφυγή δεν παρίσταται ως προδήλως απαράδεκτη.

5. Επειδή, περαιτέρω, κατά την ανωτέρω σκ. 3, η Προδικαστική

Προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση ο Προσφεύγων βάλλει κατά των κεφαλαίων της προσβαλλομένης με ισχυρισμούς, οι οποίοι δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης και επομένως απαιτούν καταρχήν εκτίμηση του περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία του συναφούς κανονιστικού πλαισίου της διακήρυξης σε αντιπαράβολη με τα έγγραφα των προσφορών. Επομένως, δεν πληρούνται οι όροι του άρθρου 15 παρ. 3 του π.δ. 38/2017 και συνεπώς δεν δύναται να αρθεί η αυτοδίκαιη εκ του νόμου αναστολή σύναψης σύμβασης, ενώ περαιτέρω χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρθρου 15 παρ. 1 του π.δ. 38/2017.

6. Επειδή, η ζημία του Προσφεύγοντος και της Αναθέτουσας Αρχής εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι της οριστικής κατακύρωσης, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση Α.Ε.Π.Π. Α19/2017). Τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της μη αποδοχής της προσφοράς του Προσφεύγοντος, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου κατακύρωσης στον προσωρινό ανάδοχο, τίθενται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της πρώτης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης, προξενείται έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της Αναθέτουσας Αρχής 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 Α.Ε.Π.Π. 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 διευκρινιστεί η νομιμότητα της απόρριψης της προσφοράς του Προσφεύγοντα, βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης Προδικαστικής Προσφυγής. Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει η Προδικαστική Προσφυγή, ο νυν ανακηρυχθείς προσωρινός

ανάδοχος θα έχει υποβληθεί ασκόπως σε φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή του αυτή πιθανόν να ακυρωθεί δια της εκδοθησόμενης απόφασης της Α.Ε.Π.Π., 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 σύμβασής του με την τελευταία, η οποία όμως θα ήταν εξαρχής αδύνατη εάν τελικώς γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή, και απλώς παρέστη ως πιθανή και λίαν υλοποιήσιμη, ακριβώς λόγω των μη νομίμων πράξεων της Αναθέτουσας Αρχής που μεσολάβησαν μεταξύ των προσβαλλομένων και την έκδοση της απόφασης, ιδίως δε της σπουδής της για πρόοδο της διαδικασίας παρά το ενδεχόμενο ακύρωσής της σε προηγούμενο στάδιο. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της Προδικαστικής Προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1297/2018 Πράξης της Προέδρου 1ου Κλιμακίου για την 22.10.2018, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην Αναθέτουσα Αρχή, στον νυν προσωρινό ανάδοχο, τον Προσφεύγοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως 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. Επιπλέον, η Αναθέτουσα Αρχή δεν έχει αποστείλει απόψεις επί της Προδικαστικής Προσφυγής και ως εκ τούτου δεν προβάλλεται με ορισμένο τρόπο βλάβη του δημοσίου συμφέροντος εκ της μικρής καθυστέρησης στην πρόοδο της διαδικασίας. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου με την ταχεία διεξαγωγή και την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ

840/2008).

7. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του ανά περίπτωση ειδικότερου περιεχομένου του αιτήματος του Προσφεύγοντος ή την ίδια ύπαρξη το πρώτον τέτοιου αιτήματος, δεδομένης της κατά την ως άνω σκ. 2, αυτεπάγγελτης εξουσίας του Κλιμακίου επί της απόφασης διαταγής ως και της διαμόρφωσης του περιεχομένου του ανά περίπτωση προσωρινού μέτρου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας. Και συγκεκριμένα, το προσωρινό μέτρο πρέπει να συνίσταται στην αναστολή της προόδου του διαγωνισμού και δη την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της Αναθέτουσας Αρχής από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης, επικύρωσης ή απεύθυνσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί της αποδοχής της προσφοράς του έτερου διαγωνιζομένου ή της μη αποδοχής του Προσφεύγοντος, επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα καταστούν άκυρες. Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η διαδικασία και να μην λάβει χώρα η οριστική κατακύρωση της σύμβασης στον νυν προσωρινό ανάδοχο και συγκεκριμένα πρέπει να ανασταλεί η συλλογή, αξιολόγηση και έγκριση δικαιολογητικών κατακύρωσης του νυν προσωρινού αναδόχου και η οριστική κατακύρωση της σύμβασης σε αυτόν, ενώ πρέπει να διαταχθούν η

Αναθέτουσα Αρχή και όλα τα σχετιζόμενα με τη Διαγωνιστική Διαδικασία όργανα αυτής, όπως άμεσα ματαιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφασή και εν γένει ενέργειά τους περί την κατακύρωση, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού ή πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και αξιολόγηση ή και έγκρισή τους.

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει το Αίτημα Αναστολής να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού και δη τη συλλογή, αξιολόγηση και έγκριση δικαιολογητικών κατακύρωσης του νυν προσωρινού αναδόχου και την οριστική κατακύρωση της σύμβασης σε αυτόν.

Διατάσσει την αναθέτουσα και όλα τα σχετιζόμενα με τη Διαγωνιστική Διαδικασία όργανα αυτής, όπως άμεσα ματαιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της Προδικαστικής Προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφασή και εν γένει ενέργειά τους περί την κατακύρωση, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού ή πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και αξιολόγηση ή και έγκρισή τους.

Διατάσσει την Αναθέτουσα Αρχή 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 αποφασίστηκε την 05.10.2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΓΓΕΛΙΚΗ ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΚΚΑΛΗΣ