

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της την 25^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 05.10.2018 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (Γ.Α.Κ.) – Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (εφεξής Α.Ε.Π.Π.) 1046/12.10.2018 (εφεξής Προδικαστική Προσφυγή) της Ένωσης οικονομικών φορέων, με την επωνυμία “” (εφεξής Προσφεύγουσα), που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ., νομίμως εκπροσωπούμενης, καθώς και των Μελών της ως άνω αναφερόμενης Ένωσης ατομικώς, “”, κατοίκου, επί της οδού, αρ. και “”, κατοίκου, επί της οδού, αρ. &

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

Του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα, με την επωνυμία “” (εφεξής Παρεμβαίνων), που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ., καθώς και των Μελών της ως άνω αναφερόμενης Ένωσης ατομικώς, “ του, κατοίκου, επί της οδού, αρ. και “ του, κατοίκου, επί της οδού, αρ.

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, στην οποία σωρεύεται και αίτημα αναστολής εκτέλεσης και λήψης προσωρινών μέτρων, η Προσφεύγουσα αιτείται: (1) την αποδοχή της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, (2) την

Αριθμός απόφασης: Α476/2018

ακύρωση άλλως ανάκληση του συνόλου της υπ' αρ. 593/2018 (Α.Δ.Α.:) Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (εφεξής Ο.Ε.) της Αναθέτουσας Αρχής, ήτοι του πρακτικού της 8/2018 Συνεδρίασης της Ο.Ε. της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία: (α) εγκρίθηκε το από 20.07.2018 (20.08.2018) πρακτικό διεξαγωγής του Ηλεκτρονικού Δημόσιου Ανοιχτού Διαγωνισμού του έργου: "Αποκατάσταση ζημιών αγροτικών δρόμων λόγω έντονων καιρικών φαινομένων και κατολισθήσεων από τη θεομηνία της 25^{ης} Ιουνίου 2016" (εφεξής Προσβαλλόμενη), εκτιμώμενης αξίας 1.532.258,06 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 20.06.2018, με Α.Δ.Α.Μ.:, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., την 21.06.2018, όπου έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.:) (β) δεν έγινε δεκτό το υπ' αρ. πρωτ. υπόμνημα αίτηση της Προσφεύγουσας, (γ) απορρίφθηκαν οι προσφορές που αναφέρονται στην Προσβαλλόμενη, και (δ) η προσφορά της Προσφεύγουσας κατετάγη 2^η κατά σειρά μειοδοσίας, με ποσοστό έκπτωσης 66,04%, ενώ ως προσωρινός ανάδοχος αναδείχθηκε η Κοινοπραξία " –", (3) την απόρριψη της προσφοράς της Ένωσης Οικονομικών Φορέων " –" για όλους τους νόμιμους και βάσιμους λόγους που αναφέρονται επί της Προδικαστικής Προσφυγής, (4) την επιστροφή του νομίμως καταβληθέντος παραβόλου.

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 05.10.2018 Προδικαστική

Αριθμός απόφασης: Α476/2018

Προσφυγή, η οποία στρέφεται κατά εκτελεστής πράξης και δη κατά απόφασης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-οικονομικών προσφορών, διά αποσφράγισης των σχετικών υποφακέλων, και ανάδειξης προσωρινού μειοδότη. Ειδικότερα, η Επιτροπή Διεξαγωγής Διαγωνισμού (εφεξής Ε.Δ.), με το από 20.08.2018 πρακτικό της, κατόπιν ελέγχου των υποβληθεισών προσφορών, εισηγήθηκε προς την Ο.Ε. της Αναθέτουσας Αρχής, όπως, μεταξύ άλλων, κάνει αποδεκτή, πέραν της προσφοράς της Προσφεύγουσας και άλλων οικονομικών φορέων, την προσφορά της, αναδεικνύοντας την τελευταία ως προσωρινή ανάδοχο του έργου, με ποσοστό μέσης τεκμαρτής έκπτωσης 66,23%, τη δε Προσφεύγουσα ως δεύτερη κατά σειρά κατάταξης μειοδότη. Εν συνεχεία, η Προσφεύγουσα υπέβαλε υπόμνημα προς την Ο.Ε. της Αναθέτουσας Αρχής, με το οποίο αιτούνταν όπως της γίνει γνωστό, εάν η προσφορά της αναδειχθείσας ως πρώτης κατά σειρά κατάταξης μειοδότης *“πληροί τις από το άρθρο 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3.1 της διακήρυξης ειδικά τασσόμενες για τις Ενώσεις Οικονομικών Φορέων απαιτήσεις αναφορικά, με την επί ποινή απαραδέκτου υποχρέωση προσδιορισμού της έκτασης και του είδους της συμμετοχής κάθε μέλους της ένωσης στο συνολικό έργο, ιδία του ρητού προσδιορισμού του τρόπου κατανομής της αμοιβής μεταξύ των μελών της και ορισμού εκπροσώπου/συντονιστή αυτής”*, καθώς και να προβεί η Ο.Ε. *“σε οίκοθεν διόρθωση τυχόν παραβιάσεων της νομιμότητας της διενεργηθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας και να απέχει της επικύρωσης τυχόν εισηγήσεων κειμένων εκτός των ορίων της διακριτικής ευχέρειας της αποφασιστικής δικαιοδοσίας της”*. Ακολούθως, ελήφθη ομόφωνα από την Ο.Ε. της Αναθέτουσας Αρχής η Προσβαλλόμενη, σύμφωνα με την οποία, αφενός δεν έγινε δεκτό το ανωτέρω υπόμνημα της Προσφεύγουσας, με την αιτιολογία ότι: *“[...] η προσφορά της πρώτης μειοδότης Κοινοπραξίας πληροί τις από το άρθρο 96 παρ. 7 νόμου 4412/2016 και άρθρου 3.1 της διακήρυξης ειδικά τασσόμενες για τις Ενώσεις Οικονομικών Φορέων απαιτήσεις αναφορικά με την επί ποινή απαραδέκτου υποχρέωση προσδιορισμού της έκτασης και του είδους της συμμετοχής κάθε μέλους της ένωσης στο συνολικό έργο, ιδία και του ρητού προσδιορισμού του τρόπου κατανομής της αμοιβής μεταξύ των μελών της και*

ορισμού εκπροσώπου/συντονιστή αυτής και δεν απαιτείται διόρθωση της διαγωνιστικής διαδικασίας” και αφετέρου επικυρώθηκε ως είχε το ως άνω πρακτικό της Ε.Δ.. Διά της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά της Προσβαλλόμενης, προβάλλοντας ως πρώτο λόγο ακύρωσης της τελευταίας “Παράβαση Νόμου”. Ειδικότερα, και κατ’ επίκληση των διατάξεων των άρθρων 96, παρ. 7, 91, παρ. 1 του ν. 4412/2016, 3.1 της Διακήρυξης, της Κατευθυντήριας Οδηγίας 18 της, η Προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι “σε κανένα σημείο της προσφοράς της μειοδότης Ένωσης δεν έχει γίνει ο κατά τον νόμο προσδιορισμός ούτε της κατανομής του ποσοστού μοιβής μεταξύ των μελών αυτής ούτε του είδους της συμμετοχής του κάθε μέλους στην εκτέλεση των εργασιών. Συγκεκριμένα: (α) Στα όμοιου περιεχομένου προσκομισθέντα Τ.Ε.Υ.Δ. των μελών της Ένωσης « – του» και υπό το Μέρος ΙΙ. Α. Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα→ “Τρόπος συμμετοχής: Ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης από κοινού με άλλους”, έχει απαντηθεί το “Ναι”, λόγω της υποβολής προσφοράς ως ένωσης, πλην όμως στη συνέχεια σε κανένα από τα δύο Τ.Ε.Υ.Δ. δεν έχει συμπληρωθεί σε κανένα πεδίο συμφωνία περί του τρόπου κατανομής αμοιβής. Σχετικά, δεν γίνεται η παραμικρή αναφορά ούτε στο σημείο όπου προσδιορίζονται οι άλλοι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης, ούτε στο σημείο αναφορικά με τα τμήματα για τα οποία κάθε μέλος της ένωσης υποβάλλει προσφορά. Περαιτέρω, καμία αναφορά στον τρόπο κατανομής αμοιβής δεν γίνεται ούτε και στην υποβληθείσα Οικονομική Προσφορά της Ένωσης, ώστε κατά τούτο η υποβληθείσα προσφορά να είναι πλήρως αόριστη και μη επιδεχόμενη διόρθωση ή ερμηνεία. (β) Επιπροσθέτως, δεν προσδιορίζεται ούτε και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους στην εκτέλεση των εργασιών, αφού σχετικώς, το μόνο που έχει δηλωθεί είναι ότι ο θα εκτελέσει το 50% των εργασιών του έργου και ο το 50% των εργασιών του έργου, χωρίς όμως περαιτέρω ειδικό προσδιορισμό σύμφωνα με τα απαιτούμενα από το άρθρο 3.1., ποιες ειδικότερα από αυτές θα εκτελέσει κάθε μέλος της ένωσης, λαμβανομένου μάλιστα υπόψη ότι στο αντικείμενο του έργου περιλαμβάνονται διάφορες εργασίες. Τέλος, είναι

Αριθμός απόφασης: Α476/2018

προφανές ότι ούτε η συμφωνία περί κατανομής αμοιβής, ούτε το είδος των εργασιών που θα εκτελέσει κάθε μέλος της Ένωσης αναπληρώνονται από την αναφορά περί του ότι κάθε μέλος θα εκτελέσει το 50% των εργασιών του έργου. Περαιτέρω, η άνω πλημμέλεια δεν είναι ούτε και επιδεκτική διόρθωσης διότι θα προϋπέθετε την αντικατάσταση των υποβληθέντων από την Ένωση Τ.Ε.Υ.Δ. όσον αφορά το επίμαχο πεδίο με την δήλωση, το πρώτον μετά το πέρας της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών, των ελλειπόντων στοιχείων αναφορικά με τον τρόπο κατανομής της αμοιβής και το είδος της συμμετοχής στην εκτέλεση του έργου, ήτοι την τροποποίηση ουσιώδους δικαιολογητικού συμμετοχής και δη του Τ.Ε.Υ.Δ.. Επομένως η Αναθέτουσα ούτε είχε υποχρέωση ούτε και μπορούσε να καλέσει σε διόρθωση του Τ.Ε.Υ.Δ.. Κατά συνέπεια και με δεδομένο ότι έχει υποβληθεί προσφορά που ξεκάθαρα παραβιάζει επί ποινή αποκλεισμού ταχθείσα υποχρέωση των διαγωνιζόμενων φορέων, αυτή θα πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη". Περαιτέρω, ως δεύτερος λόγος ακύρωσης της Προσβαλλόμενης, προβάλλεται η "Παράβαση της Αρχής της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων". Συγκεκριμένα, η Προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, κατ' επιταγή των διατάξεων του άρθρου 17 του ν. 2690/1999, οι αποφάσεις της Αναθέτουσας Αρχής που είναι απορριπτικές αιτημάτων των συμμετεχόντων σε δημόσια διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου, προμήθειας, υπηρεσιών πρέπει να είναι πλήρως και ειδικά αιτιολογημένες. Εντούτοις, εν προκειμένω, κατά τις αιτιάσεις της Προσφεύγουσας, και μολονότι με υπόμνημά της επικαίρως επεσήμανε την πιθανή έλλειψη της προσφοράς της αναδειχθείσας ως πρώτης κατά σειρά κατάταξης μειοδότης Ένωσης, αναφορικά με τα ως άνω αναφερθέντα κρίσιμα ζητήματα, τόσο η Ε.Δ., όσο και η Ο.Ε., χωρίς καμία αιτιολογία, άλλως με όλως αόριστη αιτιολογία, απέρριψαν τις αιτιάσεις της Προσφεύγουσας, περιοριζόμενες στην επανάληψη των προβλέψεων της Διακήρυξης και του νόμου, χωρίς ωστόσο να αναφέρουν έστω και ακροθιγώς, με ποιο τρόπο οι απαιτήσεις του νόμου πληρούνται από τη συγκεκριμένη προσφορά, ώστε και για το λόγο αυτό η Προσβαλλόμενη πράξη να καθίσταται, κατά τους ισχυρισμούς της Προσφεύγουσας, ακυρωτέα, λόγω παντελούς έλλειψης αιτιολογίας. Τέλος, ως τρίτος λόγος ακύρωσης της Προσβαλλόμενης

προβάλλεται η *“Παράβαση της Αρχής της τυπικότητας”*. Ειδικότερα, ενόψει της εφαρμοζόμενης αρχής της τυπικότητας στις δημόσιες συμβάσεις απαρέγκλιτα, τόσο όσον αφορά την Αναθέτουσα Αρχή, όσο και όσον αφορά τους διαγωνιζόμενους, προκύπτει ότι ο αποκλεισμός του υποψηφίου, η προσφορά του οποίου δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης, δεν καταλείπεται στη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής, αλλά αντιθέτως η τελευταία υποχρεούται να προβεί στην έκδοση της σχετικής πράξης αποκλεισμού. Ως εκ τούτου, δοθέντος ότι η αναδειχθείσα ως πρώτη κατά σειρά μειοδοσίας Ένωση παραβίασε τη διάταξη του άρθρου 3.1. της Διακήρυξης (*“[...] στην προσφορά, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος συντονιστής αυτής”*), δεν καταλείπεται, κατά τις αιτιάσεις της Προσφεύγουσας, η ευχέρεια στην Αναθέτουσα Αρχή να κάμψει τη σχετική πρόβλεψη της Διακήρυξης και να μην εκδώσει σχετικώς πράξη αποκλεισμού και συνεπώς η Προσβαλλόμενη καθίσταται και εκ του λόγου αυτού ακυρωτέα. Εν κατακλείδι, όσον αφορά ειδικώς το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, η Προσφεύγουσα, κατ’ επίκληση των διατάξεων του άρθρου 366 του ν. 4412/2016, της αιτιολογικής έκθεσης επί του εν λόγω άρθρου και κατόπιν συνδρομής, κατά την άποψή της, των προϋποθέσεων που πρέπει να συντρέχουν για την ικανοποίηση του αιτήματός της, αιτείται την αναστολή της Προσβαλλόμενης, καθώς επίσης και της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και ίδια την υπογραφή σύμβασης, έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής, αναφέροντας ότι: *“Η δε τυχόν μη αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και μη ορισμός κατάλληλων προσωρινών μέτρων θα οδηγήσει αναπόφευκτα σε ανεπανόρθωτη βλάβη μα, αφού η Αναθέτουσα Αρχή θα προβεί σε υπογραφή σύμβασης με μία Ένωση οικονομικών φορέων που υπέβαλε προδήλως απαράδεκτη προσφορά στα πλαίσια του κρίσιμου διαγωνισμού, ενώ εμείς θα αποστερηθούμε το νόμιμο δικαίωμά μας να υλοποιήσουμε το υπόψη έργο”*.

2. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή απέστειλε την 16-10-2018, με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο τις Απόψεις της επί της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής, αναφέροντας αυτολεξεί τα εξής: *“[...] Α. Παράβαση Νόμου. 1. Σύμφωνα με την*

Αριθμός απόφασης: Α476/2018

παρ. 7 του άρθρου 96 του Ν. 4412/2016: [...]. 2. Επίσης, στην Κατευθυντήρια Οδηγία 18 της δίνονται Οδηγίες για τη συμπλήρωση των προτύπων τευχών διακήρυξης ανοικτής διαδικασίας για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων έργου και συγκεκριμένα στο άρθρο 3.7, επαναλαμβάνονται τα αναφερόμενα ανωτέρω (παρ. 7 του άρθρου 96 του Ν. 4412/2016), όπου για συμβάσεις του Παραρτήματος Β (συμβάσεις κάτω των ορίων), τα ανωτέρω θα πρέπει να συμπληρώνονται στο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.). 3. Εξετάζοντας τα Τ.Ε.Υ.Δ. των δύο Ενώσεων οικονομικών φορέων, ήτοι της 1^{ης} Κ/ξίας: “ του- του” και της 2^{ης} Κ/ξίας: “ –”, διαπιστώθηκε ότι έχουν καταθέσει ξεχωριστό Τ.Ε.Υ.Δ., ψηφιακά υπογεγραμμένο και οι δύο οικονομικοί φορείς, που συμμετέχουν από κοινού στην καθεμία από τις ανωτέρω ενώσεις (Κ/ξίες). Στη συνέχεια, αναφέρθηκε στα Τ.Ε.Υ.Δ. και των δύο Κ/ξιών ο ρόλος του κάθε οικονομικού φορέα, δηλαδή ποιος είναι ο Επικεφαλής/Συντονιστής και ποιος το Μέλος της κάθε Κ/ξίας. Προσδιορίστηκε επίσης, από το κάθε μέλος της κάθε Κ/ξίας και ο άλλος οικονομικός φορέας, που από κοινού συμμετέχει στην ίδια Κ/ξία, όπως και η επωνυμία της κάθε Κ/ξίας. Όσον αφορά στον προσδιορισμό της έκτασης και στο είδος της συμμετοχής (συμπεριλαμβανομένης και της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους), οι οικονομικοί φορείς της 2^{ης} Κ/ξίας, αναφέρουν στα Τ.Ε.Υ.Δ. τους, ως ποσοστό συμμετοχής (κατανομή αμοιβής) του καθενός, το 50%, ενώ οι οικονομικοί φορείς της 1^{ης} Κ/ξίας, αναφέρουν στα Τ.Ε.Υ.Δ. τους, σε άλλο σημείο, ότι η προσφορά του ενός αφορά στο 50% των εργασιών του έργου και του άλλου στο 50% των εργασιών του έργου. Σύμφωνα με την παρ. 3β του άρθρου 76 του Ν. 4412/16 [...]. Σύμφωνα με το άρθρο 19 του Ν. 4412/16 και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2, 3 και 4 [...]. Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω, καθώς και το ότι η καλούμενη κατηγορία στη Δημοπρασία είναι μία, η σύσταση Κ/ξίας αφορά στην αναβάθμιση πτυχίου, θεωρούμε ότι το 50% των εργασιών, αντιστοιχεί στο 50% του οικονομικού αντικείμενου (κατανομή αμοιβής) και το 50% του οικονομικού αντικείμενου, αντιστοιχεί στο 50% των εργασιών. Βάσει των ανωτέρω, η Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε και η Οικονομική Επιτροπή στη συνέχεια, αποδέχτηκε ότι οι προσφορές των 2 ανωτέρω ενώσεων (Κ/ξιών), πληρούν τις διατάξεις της παρ. 7

του άρθρου 96 του Ν. 4412/16, όπως αυτές εμπεριέχονται στο άρθρο 3.1 της διακήρυξης του διαγωνισμού, οπότε και τις έκανε δεκτές, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 593/18 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής. Β. Παράβαση της Αρχής της υποχρεωτικής αιτιολογίας των αποφάσεων. Όσον αφορά στις αιτιάσεις που αναφέρονται στην ανωτέρω Προσφυγή, περί μη πλήρους αιτιολόγησης της αναθέτουσας αρχής των λόγων απόρριψης του Υπομνήματος που κατατέθηκε ενώπιον της Οικονομικής Επιτροπής, έχουμε να δηλώσουμε ότι, παρόλο που δεν προβλέπεται στις διατάξεις του Ν. 4412/16 η κατάθεση Υπομνήματος-Αίτησης, προ της λήψης απόφασης από την Οικονομική Επιτροπή, θέλοντας να τηρήσει την αρχή της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αναλογικότητας, εξέτασε την ουσία του ανωτέρω Υπομνήματος-Αίτησης, μελέτησε το σύνολο του φακέλου του διαγωνισμού, όπως αυτός προσκομίστηκε από την Επιτροπή Διαγωνισμού και κατόπιν ελέγχου αυτών, κατέληξε, ομόφωνα στη λήψη της υπ' αριθμ. 593/18 απόφασής της. Γ. Παράβαση της Αρχής της τυπικότητας. Όσον αφορά στις αιτιάσεις που αναφέρονται στην ανωτέρω Προσφυγή, περί παράβασης της αρχής της τυπικότητας, η οποία διέπει τη διενέργεια των διαγωνισμών και εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους, έχουμε να δηλώσουμε ότι η προσφορά της πρώτης κατά σειρά μειοδοσίας Κ/ξίας: “ του – του”, ήταν σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης, αλλά και τις διατάξεις του Ν. 4412/16, όπως αναφέρθηκε αναλυτικότερα ανωτέρω, κι ως εκ τούτου ορθά έγινε δεκτή ως ανωτέρω”. Περαιτέρω, επισημαίνεται ότι επί του προβαλλόμενου αιτήματος περί αναστολής εκτέλεσης της Προβαλλόμενης και λήψης προσωρινών μέτρων ουδεμία αναφορά γίνεται από την Αναθέτουσα Αρχή στις υποβληθείσες απόψεις της.

3. Επειδή ο Παρεμβαίνων κατέθεσε εμπροθέσμως (κατόπιν της από 11-10-2018 κοινοποίησης σε αυτόν της προσφυγής) στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την από 18.10.2018 Παρέμβαση, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, ο οποίος με προφανές έννομο συμφέρον αιτείται τη διατήρηση ισχύος της Προσβαλλόμενης, με την οποία και κρίθηκε αποδεκτή η προσφορά του. Ειδικότερα, ο Παρεμβαίνων προβάλλει επί

της παρέμβασής του τα εξής: “[...] II. ΛΟΓΟΙ ΠΑΡΕΜΒΑΣΗΣ. 1. Η υπό κρίση προσφυγή είναι απορριπτέα ως νόμω και ουσία αβάσιμη για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στο από 20.8.2018 πρακτικό αξιολόγησης της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού και την εγκριτική αυτού υπ’ αριθμ. 593/11.9.2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του, στα οποία αναφερόμαστε. Συμπληρωματικά επισημαίνουμε τα ακόλουθα: 1.1. Με τις διατάξεις του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄147) ορίζεται ότι: [...]. Με τις διατάξεις του άρθρου 102 του ιδίου Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: [...]. Με τις διατάξεις του άρθρου 2.3.1. με τίτλο «Τα πεδία του ΤΕΥΔ/ΕΕΕΣ είναι δεκτικά διευκρινίσεων ή/και συμπληρώσεων» της Κατευθυντήριας Οδηγίας 23 της, με τίτλο «Ειδικά θέματα συμπλήρωσης του ΤΕΥΔ και του ΕΕΕΣ» ορίζεται ότι: [...]. Με τις διατάξεις του άρθρου 3.1 της με αριθμό διακήρυξης, που αποτυπώνουν το γράμμα και το πνεύμα των ανωτέρω διατάξεων του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: [...] Με τις διατάξεις του άρθρου 9 της ανωτέρω διακήρυξης ορίζεται ότι: [...]. 1.2. Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων συνάγεται αβιάστως ότι προϋπόθεση του παραδεκτού της προσφοράς ένωσης οικονομικών φορέων είναι ο προσδιορισμός το μεν της έκτασης και του είδους συμμετοχής κάθε μέλους της ένωσης, η οποία περιλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης, με την έννοια ότι η έκταση συμμετοχής κάθε μέλους αφορά υποχρεωτικά και την κατανομή της αμοιβής του, το δε του εκπροσώπου/συντονιστή της ένωσης. Συνεπώς, ο προσδιορισμός από το μέλος ένωσης οικονομικών φορέων της έκτασης και του είδους συμμετοχής του εμπεριέχει δήλωση περί κατανομής της αμοιβής του και δεν απαιτείται ξεχωριστή μνεία ως προς την κατανομή της αμοιβής του. Με άλλα λόγια, σκοπός του εθνικού νομοθέτη είναι να υπομνήσει στον υποψήφιο ότι προσκομίζοντας την έκταση και το είδος συμμετοχής του στην ένωση οικονομικών φορέων προσδιορίζει και την κατανομή της αμοιβής του, από την οποία και δεσμεύεται, και όχι να τον υποχρεώσει να προσδιορίσει ξεχωριστά και την αμοιβή του. Η εν λόγω δε τελεολογική ερμηνεία εξυπηρετείται από τη γραμματική διατύπωση των ανωτέρω διατάξεων με την χρήση της λέξης “συμπεριλαμβανομένης”. Διαφορετική ερμηνεία θα υπαγόρευε την ακόλουθη γραμματική διατύπωση: “Στην προσφορά, επί ποινή απόρριψης της

Αριθμός απόφασης: Α476/2018

προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, η κατανομή αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής”. Σε κάθε περίπτωση, η Αναθέτουσα Αρχή, υποχρεούται να υποβάλει ερώτηση προς διευκρίνιση τυχόν ασάφειας ως προς το ανωτέρω ζήτημα, δηλαδή ως προς το αν το αναγραφόμενο στο τυποποιημένο έντυπο υπεύθυνης δήλωσης (εφεξής Τ.Ε.Υ.Δ.) ποσοστό συμμετοχής των μελών της ένωσης οικονομικών φορέων αφορά και καταλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής τους, κάτι τέτοιο δε δεν συνεπάγεται τροποποίηση της προσφοράς τους και δεν παραβιάζει τις αρχές της τυπικότητας και της διαφάνειας (Α.Ε.Π.Π. 224/2017).

1.3. Εν προκειμένω, στο Τ.Ε.Υ.Δ. του του, μέλους της ένωσής μας, που αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος του επίμαχου έργου, και δη στο Μέρος II με τίτλο “Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα”, όσον αφορά στον τρόπο συμμετοχής του στον διαγωνισμό, καλείται να προσδιορίσει αν συμμετέχει μαζί με άλλους, στο πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “ΝΑΙ”, και σε περίπτωση καταφατικής απάντησης καλείται να προσδιορίσει: (α) τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα), το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “ΕΠΙΚΕΦΑΛΗΣ/ΣΥΝΤΟΝΙΣΤΗΣ, ΜΕΛΟΣ ΤΗΣ ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ”, (β) τους άλλους οικονομικούς φορείς, που συμμετέχουν από κοινού στον διαγωνισμό, το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “.....”, (γ) την κατά περίπτωση επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας, το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “Κ/ΞΙΑ –”, και (δ) κατά περίπτωση, το τμήμα ή τα τμήματα, για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά, το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “.....50,00% ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ,50,00% ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ”. Περαιτέρω, στο Τ.Ε.Υ.Δ. τουτου, έτερου μέλους της Ένωσής μας, και δη στο Μέρος II με τίτλο “Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα”, όσον αφορά στον τρόπο συμμετοχής του στον διαγωνισμό, καλείται να προσδιορίσει αν συμμετέχει μαζί με άλλους, στο πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “ΝΑΙ”, και σε περίπτωση καταφατικής απάντησης καλείται να προσδιορίσει: (α) τον ρόλο του

Αριθμός απόφασης: Α476/2018

οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα), το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “ΜΕΛΟΣ ΤΗΣ ΚΟΙΝΟΠΡΑΞΙΑΣ”, (β) τους άλλους οικονομικούς φορείς, που συμμετέχουν από κοινού στον διαγωνισμό, το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “.....”, (γ) την κατά περίπτωση επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας, το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “Κ/ΞΙΑ –”, και (δ) κατά περίπτωση, το τμήμα ή τα τμήματα, για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλει προσφορά, το πεδίο δε αυτό συμπληρώθηκε με την ένδειξη “.....50,00% ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ, 50,00% ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΤΟΥ ΕΡΓΟΥ”. Περαιτέρω, στα Τ.Ε.Υ.Δ. των τουκαι του, μελών της προσφεύγουσας ένωσης, και δη στο Μέρος ΙΙ με τίτλο “Πληροφορίες σχετικά με τον οικονομικό φορέα”, τα πεδία, που αφορούν κατά περίπτωση, το τμήμα ή τα τμήματα, για τα οποία ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να υποβάλλει προσφορά, συμπληρώθηκαν με την ένδειξη “Για το συνολικό έργο, ως μέλος κ/ξίας με ποσοστό συμμετοχής (κατανομής αμοιβής) σε αυτήν 50%”. 1.4. Υπό τα δεδομένα αυτά, και ενόψει όσων προεκτέθηκαν, η προσφορά της ένωσής μας είναι πλήρης και σύμφωνη με τις διατάξεις των άρθρων 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 και 3.1. της διακήρυξης, που προβλέπουν ότι στην προσφορά, επί ποινή απόρριψής της, πρέπει να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος συμμετοχής των μελών της ένωσης συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής, και συνεπώς, οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως νόμω και ουσία αβάσιμοι. Ουδεμία δε περί του αντιθέτου ασκεί επιρροή ότι η προσφεύγουσα ένωση, επαναλαμβάνοντας την διατύπωση του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, δήλωσε ότι το ποσοστό συμμετοχής σε αυτήν των μελών της περιλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής τους, θέτοντας σε παρένθεση την φράση “κατανομή αμοιβής”, διότι τούτο συνάδει και επιβεβαιώνει την άποψη της Επιτροπής του Διαγωνισμού και του ότι η έκταση συμμετοχής των μελών της ένωσης οικονομικών φορέων σε αυτήν περιλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής τους. Έτσι, το γεγονός ότι η ένωσή μας, όπως άλλωστε και οι λοιποί συμμετέχοντες,

Αριθμός απόφασης: Α476/2018

των οποίων οι προσφορές έγιναν δεκτές, δεν θέσαμε σε παρένθεση την φράση “κατανομή αμοιβής”, δεν καθιστά απαράδεκτη την προσφορά μας, αφού από την συμμετοχή μας στον διαγωνισμό τεκμαίρεται ότι γνωρίζουμε και αποδεχόμαστε τους όρους των συμβατικών τευχών, μεταξύ δε αυτών και τον επίμαχο όρο 3.1 της διακήρυξης, που αποτυπώνει τις διατάξεις του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, και, συνεπώς, καθιστάμεθα κοινωνοί του ότι η δήλωση του ποσοστού συμμετοχής μας σε ένωση οικονομικών φορέων, που καλούμαστε να αναγράψουμε στο Τ.Ε.Υ.Δ., αφορά και περιλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής μας. 1.5. Περαιτέρω, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι στα Τ.Ε.Υ.Δ. των μελών της ένωσής μας δεν προσδιορίζεται το είδος συμμετοχής μας στην εκτέλεση του έργου και ειδικότερα ποιες από τις εργασίες του έργου θα εκτελέσει κάθε μέλος “λαμβάνομένου υπόψη ότι στο αντικείμενο του έργου περιλαμβάνονται διάφορες εργασίες... αφού σχετικώς το μόνο που έχει δηλωθεί είναι ότι ο θα εκτελέσει το 50% των εργασιών του έργου και ο το 50% των εργασιών του έργου”, είναι απορριπτέος προεχόντως ως αλυσιτελής και απαράδεκτος, διότι ούτε στα Τ.Ε.Υ.Δ. των μελών της προσφεύγουσας γίνεται ειδικός προσδιορισμός, αλλά αντιθέτως αναγράφεται η συμμετοχή τους σε ποσοστό 50% “για το συνολικό έργο”, σε κάθε δε περίπτωση ως νόμω αβάσιμος, διότι με τον τρόπο αυτόν προσδιορίζεται η εξ ημισείας συμμετοχή μας στην εκτέλεση του συνόλου των εργασιών του έργου, που είναι εργασίες οδοποιίας και καλύπτονται πλήρως από τα πτυχία μας (ΜΕΕΠ). 1.6. Σε κάθε περίπτωση, οι αποδιδόμενες από την προσφεύγουσα πλημμέλειες στα Τ.Ε.Υ.Δ. των μελών της ένωσής μας δεν συνεπάγονται αυτομάτως τον αποκλεισμό της προσφοράς μας ως απαράδεκτης, αφού θα έπρεπε να κληθούμε να διευκρινίσουμε αν το αναγραφόμενο ποσοστό συμμετοχής των μελών μας στην ένωση-κοινοπραξία μας αφορά και καταλαμβάνει και την κατανομή της αμοιβής μεταξύ τους. Κάτι τέτοιο, όμως, δεν έγινε, διότι, όπως προεκτέθηκε, αυτό ορίζεται ρητώς από τις διατάξεις των άρθρων 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 και 3.1. της διακήρυξης, που δεσμεύουν τόσο την αναθέτουσα αρχή όσο και τους υποψηφίους, και, ως εκ τούτου, η σχετική αναγραφόμενη διευκρίνιση στο Τ.Ε.Υ.Δ. της προσφεύγουσας τίθεται ως εκ περισσού. Συνεπώς, οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι.

1.7. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, και λαμβανομένου υπ' όψιν ότι με το υπ' αριθμ. πρωτ. 28409/10.9.2018 "υπόμνημα-αίτηση" της προσφεύγουσας δεν αποδίδονται συγκεκριμένες πλημμέλειες στην διεξαγωγή της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά όλως αορίστως γίνεται αναφορά σε "τυχόν παραβάσεις της νομιμότητας", η υπ' αριθμ. 593/11.9.2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του φέρει επαρκή και νόμιμη αιτιολογία, η οποία, άλλωστε, σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, μπορεί να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου και δεν είναι απαραίτητο να περιέχεται στο σώμα αυτής, και, συνεπώς, οι αντίθετοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως νόμω και ουσία αβάσιμοι [...]". Περαιτέρω, όσον αφορά ειδικώς το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, ο Παρεμβαίνων αναφέρει αυτολεξεί τα εξής: "2. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή είναι προδήλως αβάσιμη. Επειδή αντικείμενο του επίμαχου έργου είναι η αποκατάσταση του δικτύου της αγροτικής οδοποιίας, που καταστράφηκε κατά την εκδήλωση των έντονων καιρικών φαινομένων και ξαφνικών πλημμυρών στις 25.6.2016 στις περιοχές των,, και, οι οποίες κηρύχθηκαν σε κατάσταση έκτακτης ανάγκης με τις υπ' αριθμ. 166779/1163/27.6.2016 και 169544/1185/28.6.2016 αποφάσεις του, και, συνεπώς, συντρέχουν λόγοι δημοσίου συμφέροντος, που υπαγορεύουν την άμεση έναρξη των εργασιών του έργου, που εντάχθηκε στο Π.Δ.Ε. 2017ΣΕ85500000 της ΣΑΕ 855, προκειμένου να αποκατασταθεί το συντομότερο δυνατόν η ασφαλής και σύγχρονη συγκοινωνιακή σύνδεση των εν λόγω αγροτικών περιοχών και η εξυπηρέτηση των κατοίκων και των επισκεπτών των εν λόγω οικισμών. Επειδή η μη κατακύρωση του διαγωνισμού είναι συνυφασμένη με τον εύλογο επιχειρηματικό κίνδυνο που αναλαμβάνουν όσοι συμμετέχουν σε διαγωνισμό (Ε.Α. ΣΤΕ 338/2002, Ε.Α. ΣΤΕ 143/2002, Ε.Α. ΣΤΕ 34/2000 κ.α.) και, συνεπώς, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι "...η Αναθέτουσα Αρχή θα προβεί σε υπογραφή σύμβασης με μια ένωση οικονομικών φορέων, που υπέβαλε προδήλως απαράδεκτη προσφορά στα πλαίσια του κρίσιμου διαγωνισμού, ενώ εμείς θα αποστερηθούμε το νόμιμο δικαίωμά μας να υλοποιήσουμε το υπόψη έργο..." είναι απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω το αίτημα της

Αριθμός απόφασης: Α476/2018

προσφεύγουσας περί αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και υπογραφής της σύμβασης πρέπει να απορριφθεί, κατ' εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 15 παρ. 3 και 4 του ΠΔ 39/2017". Κατόπιν των ανωτέρω διαλαμβανομένων, ο Παρεμβαίνων αιτείται όπως, αφενός γίνει δεκτή η εν λόγω Παρέμβαση, αφετέρου απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή και το διαλαμβανόμενο σε αυτήν αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και της υπογραφής της σύμβασης σε εκτέλεση της Προσβαλλόμενης.

4. 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 το γνώμονα αυτής της "καταλληλότητας", την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και τέταρτον, 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.

5. Επειδή, τα αναφερόμενα στη σκ. 4 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

Αριθμός απόφασης: Α476/2018

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 λήψης 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 προϊσχύσαντος 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 απαράδεκτου 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

Αριθμός απόφασης: Α476/2018

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 अपαράδεκτο) στη διάγνωση ευχερώς εντοπίσιμων, άνευ χρείας επισταμένης κρίσης, 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 παρέμβασης. Τα δε συμφέροντα των τελευταίων ως και αυτά της Αναθέτουσας Αρχής δύναται να θίγονται εκ της συνέχισης 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 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'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 άλλους ενδιαφερομένους, δια της ακάθεκτης προόδου ενός διαγωνισμού, ο οποίος κινδυνεύει να ακυρωθεί εξ' αρχής. 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 άσκησης 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 επαφίενται 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, απαράδεκτου τρόπου κατάθεσης, έλλειψης παραβόλου ή πλήρους αοριστίας) και δεν απαιτούν τη μεσολάβηση κάποιας ειδικής επιμέρους κρίσης και εκτεταμένης νομικής σκέψης.

6. 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 η Προσφεύγουσα επισύναψε στο έντυπό της παράβολο με στοιχεία και ποσού ευρώ 7.661,29 όπως και το έμβασμα πληρωμής του, μέσω της Τράπεζας την 05.10.2018. 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

Αριθμός απόφασης: Α476/2018

εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και επομένως 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 26.09.2018, και άσκηση την 05.10.2018, ήτοι τη δέκατη ημέρα από την κοινοποίηση), ενώ η Προσφεύγουσα χρησιμοποίησε το κατ' άρθρο 8 παρ. 2 του π.δ. 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από το νόμιμο εκπρόσωπο της Προσφεύγουσας. Η δε Προσφεύγουσα, ως προσφέρων στον οικείο διαγωνισμό και ως δεύτερη εκ της κατάταξής της κατά σειρά μειοδοσίας, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής κατά της Προσβαλλόμενης, στην οποία ενσωματώνει και αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως προς το μέρος που αφορά στη συμμετοχή τρίτων στο διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (βλ. βλ. ΕΑΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, δεδομένου μάλιστα ότι επίκειται η κατακύρωσή της σε έτερο διαγωνιζόμενο. Συνεπώς, η Προδικαστική Προσφυγή δεν παρίσταται ως προδήλως απαράδεκτη.

7. Επειδή, περαιτέρω, κατά την ανωτέρω σκ. 5, η Προδικαστική Προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση η Προσφεύγουσα 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 αντιπαραβολή 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.

8. Επειδή, η ζημία της Προσφεύγουσας και της Αναθέτουσας Αρχής εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, ήτοι

Αριθμός απόφασης: Α476/2018

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 Παρεμβαίνοντος, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας, όσο και ειδικότερα του σταδίου κατακύρωσης στην προσωρινή 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 της τελευταίας 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, διά της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της προσφοράς του Παρεμβαίνοντα, βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης Προδικαστικής Προσφυγής. Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει η Προδικαστική Προσφυγή, η νυν ανακηρυχθείσα προσωρινή ανάδοχος θα έχει υποβληθεί ασκόπως σε φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή της αυτή πιθανόν να ακυρωθεί, διά 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 της 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, διά της 1408/2018 Πράξης της Προέδρου 1ου Κλιμακίου για την 12.11.2018, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της

Αριθμός απόφασης: Α476/2018

διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής, κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην Αναθέτουσα Αρχή, στη νυν προσωρινή ανάδοχο, την Προσφεύγουσα 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, επηρεάζοντας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος της Προσφεύγουσας, το Κλιμάκιο έχει αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα, τόσο επί της το πρώτον διαταγής, όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων. Επιπλέον, η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της επί της Προδικαστικής Προσφυγής δεν έχει τοποθετηθεί ως προς το θέμα της αναστολής-προσωρινών μέτρων 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).

9. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του ανά περίπτωση ειδικότερου περιεχομένου του αιτήματος της Προσφεύγουσας ή την ίδια ύπαρξη το πρώτον τέτοιου αιτήματος, δεδομένης της κατά την ως άνω σκ. 4 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 συμφέροντων 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 πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης Προδικαστικής Προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί της μη αποδοχής του Παρεμβαίνοντος, 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 χωρήσει η οριστική κατακύρωση της σύμβασης στην προσωρινή ανάδοχο. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

10. 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.

Απορρίπτει το αίτημα του παρεμβαίνοντος περί απόρριψης των ζητούμενων προσωρινών μέτρων.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού και δη την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο και την οριστική κατακύρωση της σύμβασης σε αυτόν, του Ηλεκτρονικού Δημόσιου Ανοιχτού

Αριθμός απόφασης: Α476/2018

Διαγωνισμού της Αναθέτουσας Αρχής, με την επωνυμία “, για το έργο “Αποκατάσταση ζημιών αγροτικών δρόμων λόγω έντονων καιρικών φαινομένων και κατολισθήσεων από τη θεομηνία της 25^{ης} Ιουνίου 2016”, εκτιμώμενης αξίας 1.532.258,06 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 20.06.2018, με Α.Δ.Α.Μ.:, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την 21.06.2018, όπου έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.:, έως την έκδοση απόφασης από την Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής, εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

Διατάσσει την Αναθέτουσα Αρχή και όλα τα σχετιζόμενα με τη διαγωνιστική διαδικασία όργανα αυτού, όπως άμεσα ματαιώσουν και έως την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της Προδικαστικής Προσφυγής απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφαση και εν γένει ενέργειά τους περί την οριστική κατακύρωση, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού ή αξιολόγηση ή και έγκρισή δικαιολογητικών κατακύρωσης.

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 αποφασίσθηκε την 25.10.2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΓΓΕΛΙΚΗ ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΚΚΑΛΗΣ

Αριθμός απόφασης: Α476/2018