

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 29 Οκτωβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 19.10.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1084/19.10.2018 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο Χαλάνδρι Αττικής, οδός αρ., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Υπουργείου Πολιτισμού και Αθλητισμού (Γενικής Διεύθυνσης Αρχαιοτήτων, Εφορείας Αρχαιοτήτων Ημαθίας) [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπό στοιχεία ΥΠΠΟ/ΓΔΑΠΚ/ΕΦΑΗΜΑ/ΤΔΟΥ/497203/354769/6256/1292/09.10.2018 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με την οποία απορρίφθηκαν οι υποβληθείσες προσφορές και κηρύχθηκε άγονη η διαγωνιστική διαδικασία στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. 3694/2018 Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Προμήθεια και εγκατάσταση προθηκών και ειδικών φωτιστικών συστημάτων εκθεσιακών χώρων του έργου “Πολυκεντρικό Μουσείο Βεργίνας – Κεντρικό Μουσειακό Κτίριο – Βάση Β”», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.370.967,74€, πλέον Φ.Π.Α. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής, ήτοι την αναστολή της επαναπροκήρυξης του εν λόγω Διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με τη με αριθ. πρωτ. 3694/2018 Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε δημόσιος, ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων, με αντικείμενο την «Προμήθεια και εγκατάσταση προθηκών και ειδικών φωτιστικών συστημάτων εκθεσιακών χώρων του έργου “Πολυκεντρικό Μουσείο Βεργίνας – Κεντρικό Μουσειακό Κτίριο – Βάση Β”», συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 1.370.967,74€ πλέον Φ.Π.Α. και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά επί τη βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 26.06.2018 με ΑΔΑΜ:18PROC003325440 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Α/Α 74675.

2. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 239675492958 1217 0094, ποσού ευρώ έξι χιλιάδων οκτακοσίων πενήντα τεσσάρων και ογδόντα τεσσάρων λεπτών (€6.854,84), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

3. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 1.370.967,74€ πλέον Φ.Π.Α.), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, 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 την 26.06.2017.

4. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε 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 της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 09.10.2018.

5. Επειδή, η αιτούσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς δραστηριοποιείται ενεργά στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση προμήθειας και έχει υποβάλει προσφορά, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από την απόρριψη της προσφοράς της και την κήρυξη της διαγωνιστικής διαδικασίας άγονης. Επειδή, στην κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα προσδιορίζει με σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πώς στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος.

6. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου 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.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: (1) Η προσβαλλόμενη απόφαση στερείται ειδικής αιτιολογίας, η οποία απαιτείται από το άρθρο 106 παρ. 1 εδ. α του ν. 4412/2016 και το άρθρο 17 παρ. 2 ΚΔΔ/σίας. Κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας «[...] Αιτιολογία είναι, γενικά, η αναφορά των κανόνων δικαίου που ρυθμίζουν την έκδοση της διοικητικής πράξης και της ερμηνείας τους, η αναφορά της διαπίστωσης ότι συντρέχουν οι πραγματικές και νομικές καταστάσεις ενόψει των οποίων επιβάλλεται ή επιτρέπεται η έκδοση της πράξης κατ' εφαρμογή των κανόνων αυτών, η αναφορά της διαπίστωσης της συνδρομής και η αναφορά της εκτίμησης των σχετικών πραγματικών περιστατικών, καθώς και των σκέψεων του διοικητικού οργάνου που οδήγησαν

στην έκδοση ή την άρνηση της έκδοσης της διοικητικής πράξης. Το ΣτΕ είχε αναγνωρίσει από τα πρώτα χρόνια της λειτουργίας του (ήδη με την απόφαση 59/1930- ΤΝΠ ΙΣΟΚΡΑΤΗΣ), την υποχρέωση αιτιολόγησης των διοικητικών πράξεων διαπλάθοντας σταδιακά την κατασκευή των «εκ φύσεως αιτιολογητέων πράξεων», στις οποίες περιλαμβάνονταν κυρίως οι δυσμενείς πράξεις. Οι αιτιολογητές πράξεις λοιπόν είναι οι ατομικές πράξεις που ρητά ορίζονται στο Νόμο ως αιτιολογητές ή εκ της φύσεώς τους απαιτείται αιτιολογία. Η αιτιολογία απαιτείται να περιέχεται στο σώμα της πράξης. Όταν δεν περιέχεται στο σώμα της πράξης, η αιτιολογία μπορεί να περιέχεται στο φάκελο που συνοδεύει την πράξη. Στην περίπτωση αυτή, η πράξη πρέπει να παραπέμπει σε συγκεκριμένο στοιχείο του φακέλου (Α.Ι. Τάχος, *Ελληνικό Διοικητικό Δίκαιο*, 2008, σελ. 674). Σε κάθε περίπτωση γίνεται δεκτό ακόμα κι όταν η αιτιολογία συμπληρώνεται από τα στοιχεία του φακέλου, δεν μπορεί να αναπληρώνεται εξ ολοκλήρου από αυτά (ΣτΕ 1776/1956, 107/1945). Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του ΚΔΔ/σίας, η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων πρέπει να είναι σαφής, ειδική και επαρκής και θεωρείται ανεπαρκής εάν απλώς αναφέρει τις προϋποθέσεις που απαιτεί ο νόμος, αποτελώντας πιστή επανάληψη της διάταξής του, χωρίς να αναδεικνύεται ο αναγκαίος σύνδεσμος με τη συγκεκριμένη περίπτωση (Ε. Πρεβεδούρου, *Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων*, www.prevedourou.gr). Εν προκειμένω, είναι πρόδηλο ότι η προσβαλλόμενη απόφαση με αριθμό ΥΠΠΟ/ΓΔΑΠΚ/ΕΦΑΗΜΑ/ΤΔΟΥ/497203/354769/6256/1292 με ημερομηνία έκδοσης 09/10/2018 (εφεξής «η Προσβαλλομένη»), με την οποία κηρύσσεται άγονος ο επίμαχος διαγωνισμός, αφενός δεν έχει στο σώμα της την αιτιολογία που απαιτεί ο νόμος, αφετέρου δεν παραπέμπει ρητά στο πρακτικό με αριθμό ΥΠΠΟΑ/ΓΔΑΠΚ/ΕΦΑΗΜΑ/497113/354704/6254/09-10-2018, εφεξής «το Πρακτικό») της Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμών ως αιτιολογία της ίδιας της απόφασης. Αρκείται απλώς στην έγκριση του Πρακτικού και στην κήρυξη ως άγονου του διαγωνισμού, αναφέρει δε ότι πρέπει να επισυναφθεί στην Προσβαλλομένη. Είναι προφανές, με βάση τα παραπάνω ότι η Προσβαλλομένη δεν συνάδει προς τις επιταγές του νόμου 4412/2016, ο οποίος επιβάλλει την ειδική αιτιολόγηση της απόφασης της αναθέτουσας αρχής σε κάθε περίπτωση,

ακόμη και όταν φαίνεται ότι η κήρυξη του διαγωνισμού ως άγονου είναι μονόδρομος, λόγω της απόρριψης όλων των προσφορών. Θα έπρεπε δηλαδή στο σώμα της Απόφασης να περιέχεται ειδική αιτιολογία, που να αναφέρει ειδικότερα τις περιστάσεις υπό τις οποίες απέβη η διαδικασία άγωνα (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016 Τόμος Ι, 2018, σελ 986). Ακόμη όμως και αν ήθελε υποτεθεί ότι η αιτιολογία της Απόφασης είναι νόμιμη λόγω αναφοράς στο Πρακτικό, το οποίο και αποδέχεται πλήρως, τότε θα πρέπει να επισημανθεί ότι και η αιτιολογία του ίδιου του εν λόγω Πρακτικού δεν πληροί τα κριτήρια που θέτει ο νόμος για την ειδική, σαφή και επαρκή αιτιολογία. Συγκεκριμένα, το Πρακτικό αναφέρει στην αιτιολογία του στο πρώτο σκέλος της ότι «δεν προκύπτει σαφώς ότι καλύπτεται ο αναγκαίος αριθμός των τριών μουσείων» διότι «ορισμένα» από τα αναφερόμενα εκτελεσθέντα έργα δεν πληρούν τις προϋποθέσεις της διακήρυξης ως προς το χρονικό διάστημα αναφοράς 2015-2018 και ως προς το κριτήριο της επισκεψιμότητας των μουσείων. Έτσι όμως όπως είναι διατυπωμένη η αιτιολογία αυτή, είναι προδήλως αόριστη, αφού δεν εξειδικεύει σε ποια συγκεκριμένα έργα αναφέρεται, ώστε να μπορεί να ελεγχθεί αν τα έργα αυτά πληρούν ή δεν πληρούν τους όρους της διακήρυξης αφενός, και αφετέρου δεν μπορεί να εξαχθεί ασφαλές συμπέρασμα για το αν τα εναπομείναντα έργα που πληρούν τους όρους της διακήρυξης, πέραν δηλαδή όσων δήθεν δεν πληρούν τους όρους της διακήρυξης, είναι τουλάχιστον τρία, όπως απαιτεί η διακήρυξη. Εν τέλει, το ποια από τα εκτελεσθέντα έργα πάσχουν ως προς το πρώτο σκέλος του χρονικού διαστήματος αναφοράς 2015-2018 και ποια ως προς το δεύτερο που αναφέρεται στην επισκεψιμότητα των μουσείων, είναι όλως αόριστο με τη διατύπωση της αιτιολογίας αυτής. Η αιτιολογία δε του Πρακτικού είναι ελλιπής και ως προς το δεύτερο σκέλος της που αφορά στα απαιτούμενα πιστοποιητικά περί μη εκπομπής βλαβερών ουσιών. Πιο συγκεκριμένα, το Πρακτικό αναγράφει ότι «δεν τεκμηριώνεται επαρκώς» η μη εκπομπή βλαβερών ουσιών από τα υλικά κατασκευής των προθηκών. Με τον τρόπο αυτό όμως που είναι διατυπωμένη η εν λόγω αιτιολογία του Πρακτικού, δεν εξειδικεύει καθόλου γιατί τα προσκομιζόμενα πιστοποιητικά δεν τεκμηριώνουν τη μη εκπομπή βλαβερών

ουσιών, όπως απαιτεί η διακήρυξη. Σε τι συνίσταται η μη επαρκής τεκμηρίωση; Η χρήση της λέξης «επαρκώς» έχει το νόημα ότι τεκμηριώνεται η μη εκπομπή βλαβερών ουσιών μερικώς; Σε μια τέτοια δε περίπτωση, είναι πρόδηλο ότι η αιτιολογία είναι αντιφατική και άκρως αόριστη. Ποιο θα έπρεπε τελικά να είναι το πλήρες περιεχόμενο ενός προσκομιζόμενου πιστοποιητικού σύμφωνα με την αναθέτουσα αρχή, τη στιγμή που η ίδια η διακήρυξη ως προς την απαίτηση της μη εκπομπής βλαβερών ουσιών δεν αναφέρει κάτι ειδικότερο; Και τη στιγμή που είχαμε προσκομίσει, όπως θα αναλυθεί κατωτέρω στους Πραγματικούς Λόγους Προσφυγής, πιστοποιητικό από έγκριτο φορέα αναφορικά με τη μη εκπομπή βλαβερών ουσιών. Δεν γίνεται καμία αναφορά στο τι ακριβώς πάσχει στο προσκομισθέν πιστοποιητικό και για ποιο λόγο αυτό δεν λαμβάνεται υπόψη από την Αναθέτουσα Αρχή. Προδήλως εσφαλμένη όμως είναι η αιτιολογία του Πρακτικού και για το λόγο ότι αφορά χωρίς διάκριση και χωρίς εξειδίκευση και τις δύο προσφορές που είχαν υποβληθεί, με αποτέλεσμα να μην μπορεί κανείς να εξαγάγει ασφαλές συμπέρασμα σχετικά με το ποια εκτελεσθέντα έργα από την κάθε εταιρεία πληρούν ή δήθεν δεν πληρούν τους όρους της διακήρυξης, αλλά και ποιας εκ των δύο εταιρειών το προσκομιζόμενο πιστοποιητικό περί μη εκπομπής βλαβερών ουσιών δεν είναι επαρκώς τεκμηριωμένο. Δεν είναι δυνατόν με άλλα λόγια, με την ίδια εκτελεστή διοικητική πράξη που είναι η Προσβαλλομένη να απορρίπτονται συλλήβδην οι δύο υποβληθείσες προσφορές, χωρίς από την αιτιολογία της Προσβαλλομένης, ή εν πάση περιπτώσει του Πρακτικού, να μπορεί κανείς να συμπεράνει τους διαφορετικούς λόγους για τους οποίους απορρίφθηκε η κάθε προσφορά. Η αιτιολογία, υπό το πρίσμα αυτό, είναι όλως αόριστη. Μάλιστα δε, η αοριστία αυτή εντείνεται και από το γεγονός ότι και οι δύο προσφορές απορρίφθηκαν για τους ίδιους ακριβώς λόγους! Επομένως, όταν το Πρακτικό κάνει λόγο για «ορισμένα» έργα που δεν πληρούν τους όρους της διακήρυξης, σε καμία περίπτωση δεν μπορεί να συμπεράνει κανείς με ασφάλεια σε ποια από τις δύο εταιρείες αναφέρεται και σε ποια συγκεκριμένα έργα και ομοίως ποιας από τις δύο εταιρείες το πιστοποιητικό περί μη εκπομπής βλαβερών ουσιών δεν πληροί τις τεχνικές προδιαγραφές της εν λόγω Διακήρυξης. Συνεπώς, για όλους τους παραπάνω λόγους, η

Προσβαλλόμενη απόφαση και το Πρακτικό δεν έχουν την απαιτούμενη από τον νόμο 4412/2016 και τον ΚΔΔ/σίας νόμιμη αιτιολογία, με αποτέλεσμα η προσβαλλόμενη απόφαση να πάσχει ήδη ως προς αυτό. (2) Κατά την προσφεύγουσα, η προσβαλλόμενη πράξη εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και συγκεκριμένα χωρίς την τήρηση του δικαιώματος ακρόασης (άρθρο 102 παρ. 5 του ν. 4412/2016). Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: «[...] Εν προκειμένω, ο αποκλεισμός της εταιρείας μας έγινε με την αιτιολογία ότι ορισμένα από τα αναφερόμενα εκτελεσθέντα έργα δεν πληρούν τους όρους της διακήρυξης είτε ως προς το χρονικό διάστημα αναφοράς 2015-2018, είτε ως προς το κριτήριο της επισκεψιμότητας των μουσείων, αλλά και ως προς την επαρκή τεκμηρίωση του πιστοποιητικό περί μη εκπομπής βλαβερών ουσιών. Και οι δύο λόγοι εντούτοις προκύπτουν από τα έγγραφα που έχουμε νομίμως και παραδεκτως προσκομίσει. Η αναθέτουσα αρχή όφειλε να είχε καλέσει την εταιρεία μας σε κλήση προς παροχή διευκρινίσεων, εφόσον δεν μπορούσε να εξαγάγει ασφαλές συμπέρασμα για το χρονικό διάστημα αναφοράς ή για την επισκεψιμότητα. Άλλωστε, όπως γίνεται δεκτό, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει διακριτική ευχέρεια για κλήση προς διευκρινίσεις από τον υποψήφιο όταν αυτό αφορά την βαθμολόγηση της προσφοράς, ενώ όταν αφορά την αποδοχή ή μη της προσφοράς αυτής, έχει δέσμια αρμοδιότητα (βλ. Δημήτριος Γ. Ράικος, Δημόσιες Συμβάσεις ν. 4412/2016 Τόμος Ι, 2018, σελ 954 υποσημ. 6) [...]». (3) Σχετικά με την προβαλλόμενη από την αναθέτουσα αρχή μη πλήρωση του κριτηρίου της επισκεψιμότητας των μουσείων στα οποία οι προσφέροντες έχουν εκτελέσει έργα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι «[...] Η αιτιολογία της Προσβαλλομένης ως προς το σκέλος 1β είναι όπως προειπώθηκε αόριστη, και συνεπώς καθιστά την προσβαλλόμενη πράξη ακυρωτέα. Πέραν όμως τούτου είναι και αβάσιμη επί της ουσίας. Η αιτιολογία της απόφασης δεν προσδιορίζει ποια έργα δεν πληρούν το κριτήριο της επισκεψιμότητας. Εντούτοις, εμείς μπορούμε να αποδείξουμε ότι τουλάχιστον τρία από τα μουσεία με τα οποία έχουμε συμβληθεί, πληρούν το κριτήριο της απαιτούμενης επισκεψιμότητας, γεγονός βέβαια που θα αποδεικνύαμε σε μεταγενέστερο στάδιο της διαδικασίας, αφού

σύμφωνα με τους όρους περί προκαταρκτικής απόδειξης της διακήρυξης δεν υπήρχε συναφώς αντίστοιχη υποχρέωση κατά το στάδιο της υποβολής των προσφορών παρά μόνο η υποχρέωση υποβολής του ΕΕΕΣ βάσει της παρ. 2.4.3.1 της εν λόγω Διακήρυξης, αλλά και που μπορούσαμε ευχερώς να αποδείξουμε, αν η αναθέτουσα αρχή μας είχε παράσχει το δικαίωμα προηγούμενης ακρόασης, ως όφειλε, σύμφωνα με τα αναφερόμενα παραπάνω. Στον παρακάτω σύνδεσμο ο οποίος παραπέμπει στην ιστοσελίδα της Wikipedia, είναι εμφανές ότι τα μουσεία στη θέση 1 και στη θέση 64 (μουσείο του Λούβρου και το μουσείο Καλών Τεχνών του Παρισιού-Petit Palais), με τα οποία έχουμε συμβληθεί, πληρούν το κριτήριο της επισκεψιμότητας που θέτει η διακήρυξη: https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_most_visited_art_museums. Αναφορικά με το τρίτο μουσείο, ήτοι το Λούβρο του Άμπου Ντάμπι, αναφερόμαστε στη δήλωση του Προέδρου του μουσείου αυτού, Manuel Rabate, στον κατωτέρω σύνδεσμο, <https://www.forbes.fr/lifestyle/musee-louvre-abu-dhabi-francais-peuvent-etre-fiers/?cn-reloaded=1>, από τον οποίο προκύπτει ότι η επισκεψιμότητα του μουσείου κατ' έτος, αν λάβει κανείς υπόψη την ημερήσια επισκεψιμότητά του, είναι άνω του ενός εκατομμυρίου. Τα ανωτέρω στοιχεία ως εκ περισσού παρατίθενται, καθώς σύμφωνα με τη διακήρυξη, οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλουν δικαιολογητικά ή άλλα αποδεικτικά στοιχεία και πληροφορίες, αν και στο μέτρο που η αναθέτουσα αρχή έχει τη δυνατότητα να τα λαμβάνει απευθείας μέσω πρόσβασης σε εθνική βάση δεδομένων σε οποιοδήποτε κράτος - μέλος της Ένωσης, η οποία διατίθεται δωρεάν, όπως εθνικό μητρώο συμβάσεων, εικονικό φάκελο επιχείρησης, ηλεκτρονικό σύστημα αποθήκευσης εγγράφων ή σύστημα προεπιλογής. Οι επισκεψιμότητες των μουσείων μπορούν αυτεπάγγελα να ελέγχονται από την αναθέτουσα αρχή, γι' αυτό και δε ζητήθηκε κατά τη διακήρυξη σχετικό πιστοποιητικό ή άλλο δικαιολογητικό αναφορικά με την απόδειξη της επισκεψιμότητας των μουσείων. Σε κάθε περίπτωση, αν κληθούμε για ακρόαση όπως δικαιούμαστε κατά τα ανωτέρω, μπορούμε να προσκομίσουμε επιπλέον δικαιολογητικά σχετικά με την επισκεψιμότητα των ως άνω τριών προαναφερόμενων μουσείων. Συνεπώς, η εταιρεία μας πληροί το κριτήριο της συνεργασίας με τρία μουσεία όπου η

επισκεψιμότητα είναι τουλάχιστον της τάξης του 1.000.000 επισκεπτών ετησίως. Άλλωστε, η διακήρυξη δεν έθετε συγκεκριμένα δικαιολογητικά απόδειξης αναφορικά με την επισκεψιμότητα. Σε κάθε περίπτωση όμως, η αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς μας με βάση το κριτήριο της επισκεψιμότητας δεν είναι ορθή, καθώς η διακήρυξη δεν συνδέει το κριτήριο αυτό και την εξαγωγή ετήσιων στατιστικών συμπερασμάτων με τον χρόνο παράδοσης του εκάστοτε αναληφθέντος έργου. Το κριτήριο δηλαδή της επισκεψιμότητας των μουσείων είναι ανεξάρτητο από τον χρόνο στον οποίο εμείς συμβληθήκαμε με το μουσείο και παραδώσαμε το έργο και τίθεται ως γενικό κριτήριο, από το οποίο συμπεραίνει κανείς ότι το μουσείο είναι αυξημένου διεθνούς κύρους και μεγάλης επισκεψιμότητας. Συμπερασματικά, λοιπόν, η εταιρεία μας έχει συμβληθεί με τρία μουσεία επισκεψιμότητας που απαιτεί η διακήρυξη και τα όσα διαλαμβάνει η αιτιολογία του Πρακτικού περί του αντιθέτου είναι κατ' ουσίαν αβάσιμα». (4) Ως προς την επικαλούμενη από την αναθέτουσα αρχή μη προσκόμιση των απαιτούμενων πιστοποιητικών περί μη εκπομπής βλαβερών ουσιών, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι «Η αιτιολογία της Προσβαλλομένης στο σκέλος 2 είναι επίσης αβάσιμη ως προς την ουσία της (πέραν της αοριστίας για την οποία έγινε ήδη λόγος). Τούτο καθώς το πιστοποιητικό το οποίο προσκομίσαμε σχετικά είναι καθόλα έγκυρο και αποδεικνύει πλήρως τη μη εκπομπή βλαβερών ουσιών. Η ίδια η διακήρυξη αναφέρει ενδεικτικά και μόνο το πιστοποιητικό του συστήματος αξιολόγησης BEMMA του ινστιτούτου BAM, χωρίς να αποκλείει κάποιον άλλον φορέα πιστοποίησης. Εν προκειμένω η εταιρεία μας προσκόμισε το με αριθμό 030-03-011-00184 πιστοποιητικό συμμόρφωσης του φορέα Swiss Approval Technische Bewertung A.E., ο οποίος, ως φορέας Πιστοποίησης, πιστοποίησε την μη εκπομπή βλαβερών ουσιών. Για την πιστοποίηση δε αυτή, έλαβε υπόψη την με αριθμό FLTR-0460916 έκθεση των εργαστηρίων SpectrumLabs Quality Control Laboratories, η οποία έκθεση όμως δεν ήταν αναγκαίο να προσκομισθεί, αφού δεν αποτελούσε μέρος του Πιστοποιητικού, το οποίο και μόνο ήταν αρκετό για την παραδεκτή και βάσιμη ουσιαστικά συμμετοχή της εταιρείας μας στον διαγωνισμό. Είναι δε πάγια πρακτική της εταιρείας μας να προσκομίζει στους διαγωνισμούς μόνο τα Πιστοποιητικά χωρίς

τις αντίστοιχες εκθέσεις των εργαστηρίων που κάνουν τις μετρήσεις/τεστ, χωρίς ποτέ ως τώρα να συναντήσουμε κάποιο κώλυμα ή λόγο αποκλεισμού. Σημειωτέον πως το πιστοποιητικό περί μη εκπομπής βλαβερών ουσιών που προσκομίσαμε έχει γίνει δεκτό σε πολλούς διεθνείς διαγωνισμούς, όπως π.χ. στο μουσείο του Λούβρου, ο οποίος διαγωνισμός τελικά κατακυρώθηκε στην εταιρεία μας (2018-011M). Ας σημειωθεί δε ότι και οι δύο προαναφερθέντες φορείς είναι διαπιστευμένοι φορείς, ενταγμένοι στο Εθνικό Σύστημα Διαπίστευσης Ε.ΣΥ.Δ. Από όλα τα παραπάνω, είναι φανερό ότι η Προσβαλλομένη σφάλλει προδήλως κατά το μέρος που δεν κάνει δεκτό το πιστοποιητικό που προσκομίσαμε, ως επαρκές δικαιολογητικό για τη απόδειξη της μη εκπομπής βλαβερών ουσιών».

8. Επειδή, μέχρι την έκδοση της παρούσας η αναθέτουσα αρχή δεν είχε αποστείλει Απόψεις επί των λόγων της Προσφυγής και επί του αιτήματος παροχής προσωρινής προστασίας.

9. 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».

10. 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».

11. 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.

12. 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.

13. 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), που δεν διαφοροποιείται εν

προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, 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.

14. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατά της προσβαλλόμενης πράξης, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία καθώς και, ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων.

15. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της αιτούσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και από την εκκίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι 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 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 άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης.

16. Επειδή, περαιτέρω, η αναστολή εκτέλεσης διοικητικής πράξης επιτρέπεται, κατ' αρχήν, μόνον για την διατήρηση υφισταμένης πραγματικής κατάστασης και όχι για την δημιουργία νέας. Κατά συνέπεια, επί άσκησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης με την οποία ματαιώνεται η διαδικασία διεξαγομένου διαγωνισμού, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτέλεσης της πράξης αυτής, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στην Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει τον διαγωνισμό και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στην δημιουργία νέας κατάστασης. Εάν όμως πιθανολογείται σοβαρά ότι η ματαίωση του διαγωνισμού εχώρησε κατά

παράβαση κανόνα του κοινοτικού ή εθνικού δικαίου, το Δικαστήριο μπορεί, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του αιτούντος από την εν λόγω παράβαση, να διατάξει, ως ασφαλιστικό μέτρο, την μη έκδοση νέας Διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο (ΔΕφΑθ 198/2017, Ε.Α. ΣΤΕ 368/2016, 154/2016, 127/2016 κ.α.).

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και την εκκίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση κύριας απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29.10.2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κουρή Σταυρούλα

Μανώλογλου Μαρία