

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 7 Νοεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου Εισηγήτρια και Εμμανουέλλα Σωτηροπούλου Μέλος.

Για να εξετάσει την από 25.10.2019 (διαβίβαση στο Κλιμάκιο την 29.10.2019) και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/1308/29-10-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο, και επί της οδού, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «.....», εδρεύουσας στην και επί της οδού, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Και κατά του παρεμβ/αινοντος οικονομικού φορέα «.....» που εδρεύει στις και επί της οδού, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή του, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της υπ'αρ. 2456/2019 και φέρουσας τον τίτλο «ΟΡΘΗ ΕΠΑΝΑΛΗΨΗ» απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, η οποία εξεδόθη στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης του έργου «Συντήρηση οδοστρώματος οριζόντιας και κατακόρυφης σήμανσης των οδικών αξόνων της και των προσβάσεων τους στα όρια της αρμοδιότητας».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Αγγελική Πουλοπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής επί της οποίας σωρεύεται το νυν εξεταζόμενο αίτημα προσωρινών μέτρων, κατεβλήθη το κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρο 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο

Αριθμός Απόφασης: Α512/2019

(βλ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 15.000,00 €, πληρώθηκε δε δια εμβάσματος της 25-10-2019 της Εθνικής Τράπεζας.

2. Επειδή, το εξεταζόμενο αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων σωρεύεται στην από 25-10-2019 και διαβιβασθείσα στο Κλιμάκιο την 29-10-2019 προσφυγή, δια της οποίας ο προσφεύγων, ο οποίος κατετάγη έκτος κατά σειρά μειοδοσίας στρέφεται κατά πράξης της αναθέτουσας η οποία εξεδόθη στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας άνω των ορίων, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 12.096.774,19 ευρώ που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 27-5-2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 22-5-2019 και άρα εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Ειδικότερα με την προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. 2456/26.09.2019 (Ορθή επανάληψη της 08.09.2019 Απόφασης, που είχε ήδη κοινοποιηθεί στους συμμετέχοντες) Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, εγκρίθηκε το 1ο πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού, δυνάμει του οποίου αναδεικνύεται ως προσωρινός μειοδότης του διαγωνισμού η παρεμβαίνουσα εταιρεία «.....», με ποσοστό μέσης έκπτωσης 60,27%.

3. Επειδή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη εξεδόθη παρανόμως και δη κατά παράλειψη της αναθέτουσας αρχής να αιτιολογήσει την αποδοχή των κατά τον προσφέγοντα ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών των συνδιαγωνιζομένων του ιδίως δε του προσωρινού αναδόχου και νυν παρεμβαίνοντος.

4. Επειδή ο παρεμβαίνων με την από 4-11-2019 παρέμβασή του αιτείται την απόρριψη της προσφυγής προσφυγής τόσο ως απαράδεκτης όσο και ως αβάσιμης.

5. Επειδή η αναθέτουσα με τις από 5-11-2019 απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ αιτείται την απόρριψη της προσφυγής τόσο ως απαράδεκτης όσο και ως αβάσιμης.

6. Επειδή (βλ. και αποφάσεις ΑΕΠΠ 3,6,8/2017), εκ των διατάξεων του άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017 προκύπτει ότι η αποτροπή της όποιας ζημίας (και όχι απαραίτητως ανεπανάρθωτης ή δυσεπανάρθωτης) επί των όποιων εν γένει θιγόμενων ή διακινδυνεύομενων συμφερόντων, ορίζεται ως γνώμονας για τη διαταγή και το ανά περίπτωση περιεχόμενο των όποιων

Αριθμός Απόφασης: Α512/2019

«κατάλληλων» προσωρινών μέτρων (μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται και «μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή»), καταλείπεται δε ευχέρεια κρίσης στην ΑΕΠΠ ως προς την επιβολή αυτών και τη διαμόρφωση του αντικειμένου τους, χωρίς να δεσμεύεται από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής. Η δε «καταλληλότητα» των ανά περίπτωση προσωρινών μέτρων προσδιορίζεται με βάση τη φύση της εκάστοτε διαφοράς και των κινδύνων που απορρέουν από την εξέλιξη της διαδικασίας που αφορά η Προσφυγή. Περαιτέρω, η πρόβλεψη της παρ. 3 του αρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του αρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης κάθε συμφέροντος όλων των (εν γένει) εμπλεκόμενων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την έννοια ότι η ΑΕΠΠ δεν λαμβάνει υπόψη μόνο την τυχόν επαπειλούμενη βλάβη του προσφεύγοντος, αλλά τη συνεκτιμά σε σχέση προς τα συμφέροντα οιοδήποτε τρίτου, συμπεριλαμβανομένων εξάλλου των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά διακήρυξης), όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος προς ομαλή εξέλιξη της διαδικασίας εν συνόλω, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη της επιβολής των όποιων προσωρινών μέτρων με τις επιπτώσεις αυτής. Η δε εξέταση χορήγησης προσωρινών μέτρων επιτελεί ρόλο, αντίστοιχο με αυτόν της προσωρινής διαταγής στο πλαίσιο της προσωρινής δικαστικής προστασίας, όπως προκύπτει εκ του ιδιαίτερα περιορισμένου χρονικού διαστήματος για την έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων (10 ημέρες από την επομένη της χρέωσης στο Κλιμάκιο κατ'άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017) και την εκ του νόμου εξάρτηση της Απόφασης περί χορήγησης ή μη προσωρινών μέτρων από το στοιχείο της ζημίας των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Α77/2018). Σκοπεί δε στον συγκεκριασμό 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 Ν. 4412/2016) ή και θα επιφέρουν βλάβη και καθυστερήσεις για την αναθέτουσα και τους έτερους ενδιαφερομένους δια της ακάθεκτης προόδου ενός διαγωνισμού, ο οποίος κινδυνεύει να ακυρωθεί εξ υπαρχής. Ως εκ τούτου, ο όποιος έλεγχος περί του παραδεκτού ή του βασίμου της προσφυγής επί αιτήματος

Αριθμός Απόφασης: Α512/2019

χορήγησης προσωρινών μέτρων, λαμβάνει χώρα σε συνάρτηση με την κατ' άρ. 15 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, επαπειλούμενη βλάβη σε συμφέροντα τρίτων από την άσκηση προσφυγής ήδη προδήλως απορριπτέας. Τέτοια βλάβη όμως δεν δύναται ούτως ή άλλως να προκύψει όταν το προσωρινό μέτρο εκ του ιδίου του περιεχομένου του, δεν μπορεί να προξενήσει κίνδυνο στη διαδικασία ή σε συμφέροντα τρίτων. Περαιτέρω, και αυτός ακόμη ο ως άνω έλεγχος, όταν καταρχήν υφίσταται εκ του προσωρινού μέτρου μια καταρχήν βλάβη σε συμφέρον τρίτου, περιορίζεται, λόγω της κατά τα ως άνω φύσης και σκοπού της διαδικασίας προσωρινών μέτρων ενώπιον της ΑΕΠΠ, σε πρόδηλα διαδικαστικά σφάλματα ή έλλειψη οιασδήποτε νομικής ή ουσιαστικής βάσης, τέτοιου είδους ώστε να μην απαιτείται επιστάμενη και αναλυτική κρίση και αιτιολογία της Απόφασης της ΑΕΠΠ ούτε μια έστω καταρχήν ερμηνεία του συναφούς νομοθετικού πλαισίου.

7. Επειδή, κατά τα ανωτέρω και δεδομένης της προκείμενης θεμελίωσης της βλάβης του προσφεύγοντος, επί τη βάσει της οποίας ασκεί την προσφυγή του, προκύπτουν ζητήματα παραδεκτού της προκείμενης προσφυγής. Το ζήτημα αυτό, όπως και όλα τα επιμέρους ζητήματα παραδεκτού και βασίμου που προβάλλονται, χρήζει κρίσης στο πλαίσιο εξέτασης αυτής καθαυτής της προσφυγής (και όχι στο πλαίσιο της όλως κατά νόμο επιταχυμένης και σκοπούσας στην αποτροπή άμεσου κινδύνου, διαδικασίας εξέτασης του αιτήματος προσωρινών μέτρων), η οποία εκ του νόμου δεν είναι δυνατόν να λάβει χώρα εντός του απώτατου για την έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων διαστήματος δέκα ημερών από τη χρέωση της προσφυγής στον αρμόδιο σχηματισμό της ΑΕΠΠ, κατά το άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017. Ενδιαμέσως δε, πρέπει να προστατευθούν τα συμφέροντα του προσφεύγοντος ως και του αναθέτοντος και κάθε τρίτου, από οιονδήποτε άμεσο και κατεπείγοντα κίνδυνο προκύψει εκ της ίδιας της συνέχισης της διαδικασίας προ της οριστικής κρίσης της ΑΕΠΠ.

8. Επειδή, εξάλλου, ως και εκ της φύσεως των προβαλλόμενων ισχυρισμών, ανεξαρτήτως παραδεκτού ή βασίμου αυτών, το μόνο πρόσφορο για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφέροντων του συνόλου των μερών από ενδεχόμενη ενδιάμεση βλάβη, μέτρο είναι η προσωρινή αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την έκδοση Απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προσφυγής. Δια της δε χορήγησης των προσωρινών μέτρων με το ως άνω περιεχόμενο και ενόψει του όλως συντόμου χρόνου εξέτασης της

Αριθμός Απόφασης: Α512/2019

Προσφυγής, αφενός προστατεύεται ο προσφεύγων από όποια τυχόν επικαλούμενη βλάβη ή κίνδυνό του ενδέχεται να απορρεύσει από την ενδιάμεση πρόοδο της διαδικασίας, αφετέρου εξυπηρετούνται τα εύλογα συμφέροντα του αναθέτοντος φορέα και των συμμετεχόντων στην προσβαλλομένη διαδικασία προς την ταχύτερη δυνατή πρόοδό της και επίλυση της διαφοράς υπό καθεστώς ασφάλειας δικαίου, χωρίς να συντρέχει, κατ' άρ. 15 παρ. 4 ΠΔ 39/2017, κανένας κίνδυνος ή ζημία για έτερο μέρος ή το ευρύτερο δημόσιο συμφέρον.

9. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, πρέπει να χορηγηθεί το προσωρινό μέτρο της αναστολής εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα η πρόσκληση του προσωρινού αναδόχου για υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης έως και την έκδοση Απόφασης επί της υπό κρίση Προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αναστέλλει τη διαγωνιστική διαδικασία έως και την έκδοση Απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής κατά το αιτιολογικό.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 7 Νοεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στις 8 Νοεμβρίου 2019.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ ΓΙΩΤΗ