

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

2ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 17 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση:
Αικατερίνη Ζερβού Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμύρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην, από 07.02.2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/210/07.02.2022 των Οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...», εφεξής προσφεύγων.

Κατά της ..., (εφεξής αναθέτων φορέας).

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή στην οποία ο προσφεύγων σωρεύει και αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, επιδιώκει να ακυρωθεί, η υπ' αριθμ. 2/ 2022 απόφαση του Αναθέτοντα Φορέα και ειδικότερα κατά το μέρος αυτής που έκρινε τις προσφορές των τριών συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων αποδεκτές, παρόλο που, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, εντοπίζονται σημαντικές πλημμέλειες που θα έπρεπε να οδηγήσουν αντ' αυτού στον αποκλεισμό τους από τη διαγωνιστική διαδικασία. Ομοίως αιτείται να ακυρωθεί κάθε άλλη συναφής πράξη ή παράλειψη προγενέστερη ή μεταγενέστερη του Αναθέτοντα Φορέα.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Ζαράρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής έχει κατατεθεί

Αριθμός απόφασης: Α 132/2022

και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. ... ποσού 15.000,00 € αναλογούν e-Παράβολο (βλ. έγγραφο αυτόματης δέσμευσης του ως άνω παραβόλου από τη ΓΓΠΣ και το από 04.02.2022 αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής του), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64).

2. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά Απόφασης που εκδόθηκε στο πλαίσιο Διακήρυξης Ανοιχτού Ηλεκτρονικού (ΑΡ. ΕΣΗΔΗΣ ...) Διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου: "ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΙΣ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΛΥΜΑΤΩΝ ... ΠΕΡΙΟΧΗΣ ΔΗΜΟΤΙΚΗΣ ΕΝΟΤΗΤΑΣ ..." Εκτιμώμενης αξίας 3.320.000,00 Ευρώ (Πλέον Φ.Π.Α. 17%), με κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει τιμής (ΑΔΑΜ ...).

3. Επειδή, η επίμαχη διαδικασία, ως εκ του αντικειμένου της, της προϋπολογισθείσας δαπάνης αλλά και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, προσφέρων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του για την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον υπόψη Διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (ΕΑ 1216/2006, ΕΑ 512/2002, 517/2001 κλπ), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

5. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, καταρχήν, νομίμως και παραδεκτως εισάγεται ενώπιον του 2ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, το υπό εξέταση αίτημα αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων κατόπιν της με αρ. 256/08.02.2022 Πράξης της Προέδρου του 2^{ου} Κλιμακίου.

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 20 παρ. 1, του Συντάγματος, συνάγεται ότι ο κοινός νομοθέτης υποχρεούται να εξασφαλίζει τη δυνατότητα έννομης προστασίας έναντι των εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών. Η προστασία αυτή, δεν αφορά μόνο την οριστική επίλυση της διαφοράς, αλλά περιλαμβάνει και την προσωρινή δικαστική προστασία, δηλαδή τη λήψη του μέτρου που κρίνεται κατάλληλο για να αποσοβηθεί η ανεπανόρθωτη βλάβη,

Αριθμός απόφασης: Α 132/2022

που κατά περίπτωση συνδέεται με την άμεση εκτέλεση της διοικητικής πράξης, ήτοι για να αποσοβηθεί η ματαίωση του σκοπού, για τον οποίο παρέχεται το κύριο ένδικο βοήθημα. Ως ανεπανόρθωτη δε βλάβη, η αποσόβηση της οποίας καθιστά, συνταγματικά επιβεβλημένη την παροχή προσωρινής προστασίας, νοείται όχι μόνον η κατά κυριολεξία μη αναστρέψιμη, αλλά και εκείνη, της οποίας η αποκατάσταση, υπό τις συγκεκριμένες οικονομικές και λοιπές συνθήκες, είναι για το διάδικο δυσχερής σε τέτοιο βαθμό, ώστε να αδυνατεί πράγματι να την επιτύχει. (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011

7. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016, ως τροποποιηθέν ισχύει με το άρθρο 137 ν 4782/2021 (36/Α) : «1. «Άρθρο 366 Προσωρινά μέτρα 1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψής του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 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 μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, 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 δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων». Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 142 ν.4782/2021 « Έναρξη ισχύος» ευχερώς

Αριθμός απόφασης: Α 132/2022

προκύπτει ότι η ισχύς του άρθρου 137 του ίδιου νόμου άρχεται από την 1η.6.2021.

8. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: «Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Συνεπώς, η Απόφαση επί του αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της Απόφασης επί αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, είναι η διασφάλιση των (κατ' ελάχιστον) αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης, προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

9. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της Προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του - τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου - και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, Προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

10. Επειδή, περαιτέρω, κατά πάγια νομολογία, η αναστολή χορηγείται μόνο εάν με βάση συγκεκριμένους και ειδικούς λόγους που αποδεικνύονται, πιθανολογείται ότι σε περίπτωση άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης, θα επέλθει στον αιτούντα ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς δυνάμενη να

Αριθμός απόφασης: Α 132/2022

επανορθωθεί βλάβη (ΕΑ 88, 103, 197, 209/1991, 548-550/1990, ΔΕφΑθ 9/2015, 62/2015, 878/2016 κλπ).

11. Επειδή, εν προκειμένω η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κωλύει τη σύναψη της σύναψης, επί ποινή ακυρότητας (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017).

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου στο παρόν στάδιο του Διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, δεν προκύπτει ότι υφίσταται ζημία των συμφερόντων του προσφεύγοντος, η οποία να κρίνεται προσωρινά προστατευτέα, ήτοι έως την έκδοση Απόφασης από την Αρχή. Ο δε προσφεύγων δεν αποδεικνύει τη ζημία του και εν προκειμένω, ουδεμία ζημία πρόκειται να υποστεί από τυχόν πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού ούτως ή άλλως από την Προσφυγή καθαυτή κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης σύμφωνα με το άρθρο 364 ν. 4412/2016, έχει ήδη αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος. Εν προκειμένω, τυχόν παράβαση της ενωσιακής και της εθνικής νομοθεσίας, θα κριθεί με την οριστική Απόφαση επί της Προδικαστικής της Προσφυγής, η έκδοση της οποίας θα λάβει χώρα εντός 20 ημερών από την ορισθείσα ημερομηνία συζήτησης με την με αριθμό 256/2022 Πράξη της Προέδρου του 2ου Κλιμακίου.

13. Επειδή, περαιτέρω, καθίσταται προφανές, ότι ενόψει των προβαλλόμενων ισχυρισμών που περιλαμβάνονται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, η διαπίστωση της βασιμότητας και η οριστική κρίση επ' αυτών, απαιτεί κρίση που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 631/2011, 367/2008, 709/2007 ΔΕφΑθ (Συμβ) 109/2011, 166/2011 9/2015, 10/2015, 35/2015, 41/2015, 46/2015), ίδια λόγω της πολυπλοκότητας και τους πλήθους των προβαλλόμενων ισχυρισμών η δε Α.Ε.Π.Π., θα κρίνει, υπό το φως της κείμενης εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας και νομολογίας, σε σχέση με τα στοιχεία του φακέλου και τους εκατέρωθεν προβαλλόμενους ισχυρισμούς αλλά και κατόπιν αναζήτησης τυχόν διευκρινήσεων.

14. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα χορήγησης αναστολής - προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να απορριφθεί.

Αριθμός απόφασης: Α 132/2022

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα χορήγησης αναστολής-προσωρινών μέτρων.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 17 Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε, αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αικατερίνη Ζερβού

**Ευαγγελία Πέτρου
α/α Παναγιώτα Καλαντζή**