

Αριθμός απόφασης: Α 189,190/2020

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ**

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 29 Ιουνίου 2020, με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 22.06.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 779/23-06-2020 του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «» και με διακριτικό τίτλο «» (εφεξής πρώτη προσφεύγουσα), που εδρεύει στην, οδός αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται και

το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 23.06.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 789/24-06-2020 Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία, «» και τον διακριτικό τίτλο «» (εφεξής δεύτερη προσφεύγουσα), που εδρεύει στην αριθ., Αθήνα, ΤΚ, όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του (.....) ΝΟΜΟΥ, που εδρεύει στην οδό, αρ.,, Τ.Κ. (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»).

Με τις εν θέματι Προδικαστικές Προσφυγές η πρώτη και η δεύτερη Προσφεύγουσα στρέφονται κατά της υπ' αριθ. Πρωτ. διακήρυξης (εφεξής «η προσβαλλόμενη») του, για την ανάθεση της σύμβασης

Αριθμός απόφασης: Α 189,190/2020

για την «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΜΟΝΑΔΑΣ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΑΣΤΙΚΩΝ ΣΤΕΡΕΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ (ΑΣΑ)», αιτούμενες την ακύρωση αυτής, κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα σε αυτές. Ετέρωθεν, αμφότερες αιτούνται όπως ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και πάντως, η πρόοδος του διαγωνισμού και διαταχθεί κάθε κατάλληλο προς τούτο μέτρο, μέχρι την έκδοση αποφάσεων επί των εν λόγω προσφυγών.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 779/23.06.2020 Προδικαστική Προσφυγή, στην οποία, όπως προαναφέρθηκε, σωρεύεται το εξεταζόμενο αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, εισήχθη προς συζήτηση ενώπιον της Επταμελούς Σύνθεσης της Αρχής δυνάμει της υπ' αριθ. 964/2020 Πράξης του Προέδρου της και σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 Ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016), 1, 2-3, 5-9, 12-15 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2-3, 6, 8 και 9 του Π.Δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017).

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 15.000,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό).

3. Επειδή, η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 789/24.06.2020 Προδικαστική Προσφυγή, στην οποία, όπως προαναφέρθηκε, σωρεύεται το εξεταζόμενο αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, εισήχθη προς συζήτηση ενώπιον της Επταμελούς Σύνθεσης της Αρχής δυνάμει της υπ' αριθ. 969/2020 Πράξης του

Αριθμός απόφασης: Α 189,190/2020

Προέδρου της και σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 Ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016), 1, 2-3, 5-9, 12-15 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2-3, 6, 8 και 9 του Π.Δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017).

4. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 15.000,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό).

5. Επειδή, με την υπ' αριθ. Πρωτ. διακήρυξη προκηρύχθηκε η διενέργεια δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού, διεθνούς, διαγωνισμού, για την ανάθεση της σύμβασης «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΜΟΝΑΔΑΣ ΕΠΕΞΕΡΓΑΣΙΑΣ ΑΣΤΙΚΩΝ ΣΤΕΡΕΩΝ ΑΠΟΒΛΗΤΩΝ (ΑΣΑ)», προϋπολογισμού 44.289.484,90 € μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. με το δικαίωμα προαίρεσης, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής (συμφερότερη προσφορά), η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 01.06.2020 και με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α Ειδικότερα, το έργο περιλαμβάνει την κατασκευή Μονάδας Επεξεργασίας Στερεών Αποβλήτων, συνολικής δυναμικότητας 35.000 τόνων Αστικών Σύμμεικτων Αποβλήτων (ΑΣΑ) ανά έτος. Περιλαμβάνει όλες τις αναγκαίες υποδομές και την προμήθεια κινητού εξοπλισμό. Η δημοπρατούμενη σύμβαση είναι μικτή σύμβαση, κατά την έννοια του άρθρου 4 παρ. 4 του Ν.4412/2016 και περιλαμβάνει δύο διακριτά τμήματα: α) ΤΜΗΜΑ 1: την μελέτη, την κατασκευή και την 6μηνη δοκιμαστική λειτουργία του έργου της Μονάδας Επεξεργασίας

Αριθμός απόφασης: Α 189,190/2020

Απορριμμάτων (ΜΕΑ) β) ΤΜΗΜΑ 2: την υπηρεσία λειτουργίας του έργου για έξι (6) έτη.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του ανωτέρω αντικειμένου του (μικτή σύμβαση), στο οποίο κατατείνει η υπόψη σύμβαση, της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, που αποτελεί μη κεντρική κυβερνητική αρχή και ανήκει στον υποτομέα ΟΤΑ και του χρόνου αποστολής της Προκήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε. στις 26.05.2020 (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του Βιβλίου Ι (άρθρο 3 - 221), καθώς και στις οικείες διατάξεις του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό εξέταση πρώτη Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, εντός δέκα 10 ημερών από την πραγματική λήψη γνώσης, η οποία, έλαβε χώρα στις 11 Ιουνίου 2020 [η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία, για την άσκηση της παρούσας, θα έληγε στις 21.06.2020, ημέρα, όμως, Κυριακή, και, συνεπώς, από τον συνδυασμό των διατάξεων του άρθρου 12 του ΠΔ 38/2017, του άρθρου 10, παρ. 7, του Ν. 2690/1999 (Κώδικας Διοικητικής Διαδικασίας), του άρθρου 242 του Αστικού Κώδικα και του άρθρου Ι, παρ. 12, της από 29.12.1980 Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, η οποία κυρώθηκε με τον Ν. 1157/1981, παρατείνεται και λήγει μέχρι την επόμενη εργάσιμη ημέρα, και η οποία είναι νωρίτερα της τεκμαιρόμενης λήψης γνώσης, η οποία, όπως προαναφέρθηκε, έλαβε χώρα στις 16 Ιουνίου 2020 (βλ., ad hoc, ΣΤΕ ΕΑ 56/2020).

7. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) ορίζεται ότι: *«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*

Αριθμός απόφασης: Α 189,190/2020

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 ...». Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017). Περαιτέρω, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «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».

8. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων

Αριθμός απόφασης: Α 189,190/2020

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.

9. Επειδή, εν προκειμένω, η πρώτη προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν, έχει άμεσο, ενεστώδες και προσωπικό έννομο συμφέρον, όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη, αφού υφίσταται ζημία και πλήττεται η συμμετοχής της στον διαγωνισμό αυτόν. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι *«ότι όροι της προκήρυξης εμφανίζουν πλημμέλειες και οι οποίοι είναι κρίσιμοι για τη διατύπωση παραδεκτής προσφοράς ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό»* επικαλούμενη μεταξύ άλλων ότι εξ' ορισμένων όρων της διακήρυξης λαμβάνει χώρα παράβαση των άρθρων 18 και 54 του Ν. 4412/2016, ενώ υποστηρίζει επίσης ότι υπάρχουν ασάφειες της διακήρυξης ως προς την υποχρέωση η μη εκπόνησης από τον ανάδοχο στατικής μελέτης.

10. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣΤΕ ΕΑ 86/2018, ΣΤΕ ΟΛ 12-15/2018, πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ ΟΛ 146-148/2016, ΔΕΦΑΘ 26/2019).

11. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση πρώτη Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως

Αριθμός απόφασης: Α 189,190/2020

αβάσιμη, σε κάθε δε περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η πρώτη Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, αφού, ως ισχυρίζεται, οι υπόψη όροι της διακήρυξης είναι παράνομοι και υφίσταται άμεση βλάβη στα συμφέροντά της εξ αυτών, σε σημείο που να αποκλείεται ή να καθίσταται ουσιωδώς δυσχερή η (λυσιτελής) συμμετοχής της στον διαγωνισμό (ΔΕφ.Αθ. 26/2019), αναφέροντας τα συγκεκριμένα πραγματικά εκείνα στοιχεία που χρειάζονται, ώστε να μπορεί να κριθεί εάν οι πλημμέλειες των όρων που προσβάλλονται καθιστούν ανέφικτη ή πάντως ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της (ΣΤΕ ΕΑ 86/2018). Τούτων δοθέντων, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της πρώτης προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με τους προβαλλόμενους όρους της υπό εξέταση διακήρυξης, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχουν, δε, τεχνική κρίση που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

12. Επειδή, η ζημία της πρώτης προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και σε περίπτωση τυχόν ακύρωσης της προσβαλλόμενης είναι πρόδηλη, αφού θα έχει ως αποτέλεσμα την ακύρωση των επόμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής για τον υπό κρίση διαγωνισμό και τελικώς την ματαίωση αυτού, οδηγώντας σε καθυστέρηση της υπόψη υπηρεσίας.

13. Επειδή, 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 πρώτης και δεύτερης Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: Α 189,190/2020

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και δη της αποδοχής του αιτήματος χορήγησης προσωρινής προστασίας της πρώτης προσφεύγουσας, παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του αιτήματος χορήγησης προσωρινών μέτρων της δεύτερης προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της πρώτης προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αρ. πρωτ. διακήρυξης και δη την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση Προσφυγής.

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της δεύτερης προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη την 29^η Ιουνίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 29 Ιουνίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Φώτιος Θ. Κασίγιαννης
Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.

Κωνσταντίνος Πουρναράς