

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Μαΐου 2019 με την εξής σύνθεση: Αγγελική Πουλοπούλου, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 22-4-2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 492/24-4-2019 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της αναρτηθείσας στο ΕΣΗΔΗΣ την 10-4-2019, με αριθμό 514/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής με θέμα «ΘΕΜΑ 37ο: Έγκριση αποτελέσματος αποσφράγισης των φακέλων με τα δικαιολογητικά συμμετοχής από την Επιτροπή Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων Διεθνών Μειοδοτικών Διαγωνισμών για την υπ' αριθμ. διακήρυξη Ανοικτού Διεθνούς Μειοδοτικού Διαγωνισμού «.....» και έγκριση αποτελεσμάτων αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών», κατά το μέρος και κατ' έγκριση των υπ' αριθμ. 5/2019/ΘΕΜΑ 2Ο και 7/2019 ΘΕΜΑ 2 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού, αφενός απέκλεισε τον προσφεύγοντα, αφετέρου έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα και περαιτέρω ανέδειξε τον τελευταίο ως προσωρινό ανάδοχο, στο πλαίσιο της ως άνω διαδικασίας ανάθεσης

Αριθμός Απόφασης: Α201/2019

δημόσιας σύμβασης με αρ. (αριθ. πρωτ., ΑΔΑ:.....), εκτιμώμενης αξίας 1.362.853,01 ευρώ άνευ ΦΠΑ., η οποία απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 11-2-2019 και δημοσιεύτηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ την 19-2-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α την 12-2-2019.

Με το συνημμένο στην προσφυγή αίτημα χορήγησης προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων αιτείται την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως και την έκδοση Απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της Προσφυγής.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα με το από 3-5-2019 και με αρ. πρωτ. 3615 έγγραφο της προς την ΑΕΠΠ αιτείται την απόρριψη του αιτήματος προσωρινών μέτρων, ως και την κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 άρση του κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 κωλύματος σύναψης σύμβασης, ενώ και δια των από 3-5-2019 και με αρ. πρωτ. 3614 Απόψεις της ενώπιον της ΑΕΠΠ αιτείται την απόρριψη των προσωρινών μέτρων.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 22-4-2019 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως και συγκεκριμένα της αναρτηθείσας στο ΕΣΗΔΗΣ την 10-4-2019 πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών ως και οικονομικών προσφορών και ανάδειξης προσωρινού αναδόχου, καθ' ο μέρος δι' αυτής αφενός ο προσφεύγων απεκλείσθη, αφετέρου εκρίθη ως αποδεκτός και αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος ο ως άνω έτερος διαγωνιζόμενος. Με τον πρώτο λόγο του, ο προσφεύγων βάλλει κατά του αποκλεισμού του κατά το στάδιο οικονομικών προσφορών, επί τη βάση ότι δεν συντάχθηκε κατά τους όρους 3.2.4 και 3.2.6 της διακήρυξης, διότι δεν περιείχε το οικείο έντυπο του

Αριθμός Απόφασης: Α201/2019

εκπροσώπου του νυν προσωρινού αναδόχου κατά το εξής περιεχόμενο της « ... α) Τα αποδεικτικά έγγραφα με τα στοιχεία των εργαζομένων που περιλαμβάνονται στον Πίνακα II του Παραρτήματος Β' της παρούσης, όπως αυτά προβλέπονται από τη σχετική νομοθεσία τηρούνται σε ξεχωριστά αρχεία του αναδόχου και είναι διαθέσιμα ανά πάσα στιγμή ζητηθούν από την αναθέτουσα αρχή (Τέτοια έγγραφα είναι οι άδειες κυκλοφορίας και οδήγησης των μηχανοκίνητων οχημάτων, ασφαλιστήρια συμβόλαια, ταυτοποιητικά έγγραφα, Πιστοποιητικ Γνώσης Ορθολογικής Χρήσης Γεωργικών Φαρμάκων). β) Οι ψεκαστές που θα απαρτίζουν τα συνεργεία θα είναι κάτοχοι Πιστοποιητικού Γνώσης Ορθολογικής Χρήσης Γεωργικών Φαρμ κων τα οποία τηρούνται σε ξεχωριστά αρχεία του αναδόχου και είναι διαθέσιμα ανά πάσα στιγμή ζητηθούν από την αναθέτουσα αρχή γ) Οι οδηγοί των μηχανοκίνητων οχημάτων έχουν τη δυνατότητα να παρουσιαστούν στην περιοχή ψεκασμού εντός 24 ωρών (ΣΕΠ.δ) ότι έχει εξασφαλιστεί η έγγραφη συναίνεση των ιδιοκτητών των μηχανοκίνητων μέσων αγροτικών φορτηγών αυτοκινήτων ότι αυτά μπορούν να χρησιμοποιηθούν από άλλον οδηγό σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία. (ΣΕΠ.ε) ότι για τα αναφερόμενα στην συνημμένη κατάσταση του ΠΙΝΑΚΑ II (του Παραρτήματος Β) ονοματεπώνυμα αυτών που θα εργαστούν στη δακοκτονία, έχει εξασφαλιστεί η συνεργασία με κάθε νόμιμο τρόπο (υπογεγραμμένων συμβ άεων, σύμφωνα με την κείμενη εργατική νομοθεσία) για το χρονικό διάστημα από την έναρξη των ψεκασμών έως το πέρας τους και τα αντίγραφά τους θα προσκομιστούν κατά το στάδιο της κατακύρωσης». Εμπροθέσμως και νομοτύπως ως και μετ' εννόμου συμφέροντος παρεμβαίνει ο ως άνω προσωρινός ανάδοχος με την από 30-4-2019 παρέμβασή του κατόπιν της από 22-4-2019 κοινοποίησης σε αυτόν της προσφυγής. Επικαλείται δε ότι η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη επειδή, όπως ισχυρίζεται δεν επισυνήφθη το παράβολο και το αποδεικτικό πληρωμής του και επειδή, ως νομίμως αποκλεισθείς δεν έχει έννομο συμφέρον αμφισβήτησης της νομιμότητας της συμμετοχής άλλου διαγωνιζομένου, αλλά και διότι η οικονομική προσφορά του προσφεύγοντος ήταν μεγαλύτερη από τη δική του και ούτως δεν θα αναδεικνυόταν μειοδότης ακόμη και αν τύγχανε αποδεκτός. Ως προς τον δε πρώτο λόγο της προσφυγής, ο παρεμβαίνων επικαλείται ότι ο όρος 3.2.4 της διακήρυξης ήταν

Αριθμός Απόφασης: Α201/2019

σαφής και απαιτούσε και τη συμπλήρωση του οικείου εντύπου του ΥΠΟΔΕΙΓΜΑΤΟΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Γ της διακήρυξης και της οικονομικής προσφοράς συστήματος και ότι ο προσφεύγων απαραδέκτως το πρώτον πλέον βάλλει κατ' αυτού. Περαιτέρω, ο παρεμβαίνων προβάλλει ότι ο προσφεύγων έπρεπε να αποκλειστεί και για επιπλέον λόγους από όσους αποκλείστηκε αφού δεν προσκόμισε τα αναφερόμενα στα άρ. 2.4, 2.6 και 3.2.3.1 της διακήρυξης ούτε καν καταστατικό του, ώστε να κριθεί αν το φυσικό πρόσωπο που υπέβαλε την προσφορά έχει πράγματι εξουσία εκπροσώπησης και αν αυτή ανήκει σε ένα πρόσωπο που υπογράφει ψηφιακά το ΕΕΕΣ ή σε περισσότερα μέλη ΔΣ, ενώ δεν προσκόμισε ούτε αποδεικτικά άσκησης δραστηριότητας συναφούς με το αντικείμενο της προμήθειας, ώστε να κριθεί αν καλύπτει ελάχιστες προδιαγραφές καταλληλότητας. Ως προς τα ειδικότερα ισχυριζόμενα εκ του προσφεύγοντος στον δεύτερο λόγο της προσφυγής, ο παρεμβαίνων αιτιάται ότι οι περί πλαστότητας υπογραφών αιτιάσεις είναι αβάσιμες και επιφυλάσσεται παντός νομίμου δικαιώματός του. Ότι ήδη προ ασκήσεως της προσφυγής, ειδοποίησε την αναθέτουσα ότι ο πίνακας προσωπικού δεν θα ισχύσει, αλλά ότι συμφώνως με το άρ. 10 του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ της διακήρυξης, θα στελεχωθούν τα συνεργεία με προσωπικό που θα του υποδείξουν οι τοπικοί φορείς και ήδη αιτήθηκε την υπόδειξή τους, με αποτέλεσμα οι οικείες αιτιάσεις να εισφέρονται αλυσιτελώς. Ότι όσον αφορά την απαίτηση κατοχής πιστοποιητικού γνώσης ορθολογικής χρήσης γεωργικών φαρμάκων, αυτή ανατρέχει σε μελλοντικό χρόνο, ότι έχει ήδη συνάψει συμβάσεις εργασίας με αρκετούς εργαζόμενους και όσοι εκ των εξ αυτού δηλωθέντων δεν δεχθούν να συνεργασθούν θα αντικατασταθούν με άλλους. Περαιτέρω επικαλείται ότι και ο προσφεύγων υπέβαλε πίνακα που φέρει παρατυπίες και δη πλαστές υπογραφές του, και που τέθηκαν από τον προσφεύγοντα κατ' απομίμηση της υπογραφής του, όπως οι ίδιοι βεβαιώνουν με υπεύθυνη δήλωση. Ότι όσα ο προσφεύγων αναφέρει περί λανθασμένης πινακίδας μηχανοκίνητου μέσου είναι αναληθή. Ότι η διακήρυξη δεν θέτει επί ποινή αποκλεισμού την ορθή συμπλήρωση του πίνακα προσωπικού, αφού δεν απαιτεί να απασχολείται αυτό ήδη αλλά να προσληφθεί μελλοντικά από τον ανάδοχο. Η δε αναθέτουσα με το ως άνω

Αριθμός Απόφασης: Α201/2019

από 3-5-2019 έγγραφό της προς την ΑΕΠΠ προβάλλει την επιτακτική ανάγκη άμεσης εκτέλεσης του προγράμματος δακοκτονίας, προς τον σκοπό της πρόληψης νέας ζημίας στην ελαιοπαραγωγή της Π.Ε. Λέσβου, όπως κατά την περασμένη χρονιά, όταν και οι ψεκασμοί εκκίνησαν τον Ιούλιο, προβάλλει δε εν γένει λόγους δημοσίου συμφέροντος που καθιστούν επιτακτική την ολοκλήρωση της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης άμεσα, αιτούμενη περαιτέρω και την άρση του κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 κωλύματος σύναψής της. Περαιτέρω, με τις από 3-5-2019 και με αρ. πρωτ. 3614 ενώπιον της ΑΕΠΠ Απόψεις της, προβάλλει εκ νέου τα ανωτέρω, επιπλέον δε τούτου ότι ο πρώτος λόγος της προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος, αφού κατά τον όρο 3.2.4 της διακήρυξης και το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Γ αυτής ήταν σαφές ότι απαιτείτο και η υποβολή στην οικονομική προσφορά του οικείου εντύπου, ενώ σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων ανεπιφύλακτα μετείχε στη διαδικασία χωρίς να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ή να ζητήσει διευκρινίσεις. Ως προς τον δεύτερο λόγο της προσφυγής προβάλλει ότι τυγχάνει επίκλησης άνευ εννόμου συμφέροντος, διότι νομίμως απεκλείσθη ο προσφεύγων και ούτως κατέστη τρίτος ως προς τη διαδικασία, ενώ δεν συντρέχει εφαρμογή της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης.

2. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται ακόμη και σε αυτεπάγγελτη εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω Προσφυγής, βάσει της ρητής οικείας ευχέρειας που απονέμει το άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόνπαρεμβαίνοντος ή της αναθέτουσας. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων, όπως κρίθηκε και στην Απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3/2017 (σκέψη 2), προκύπτει 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 οιουδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής. Επειδή δε, τα αναφερόμενα στη σκ.

Αριθμός Απόφασης: Α201/2019

2 της ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017 περί του σκοπού των “καταλλήλων” προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του αρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του αρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκομένων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την έννοια κατά την ως άνω μνημονευθείσα εξάλλου Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017, ότι το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, αναφέρεται στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκομένων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια, ήτοι πρώτον την κρίση περί τυχόν προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου της Προσφυγής, με την πιθανολόγηση επί του προδήλως αβασίμου να αφορά την έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία νομικού πλαισίου. Εξάλλου, σε περίπτωση προδήλως αβασίμου ή προδήλως απαραδέκτου χωρεί και κατ’ αρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 άρση αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης, με αποτέλεσμα η εξέταση περί της απουσίας των ως άνω στοιχείων να συνιστά αυτονόητη προϋπόθεση για κάθε περαιτέρω εξέταση αιτήματος προσωρινών μέτρων. Δεύτερον, την πιθανολόγηση συνδρομής μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των εμπλεκομένων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, τρίτον τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την όποια ζημία που δύναται να προκληθεί από το προσωρινό μέτρο και τέταρτον την εξέταση του περιεχομένου των μέτρων με πρόκριση εκείνων που είναι κατάλληλα για την αποτροπή της ζημίας και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως με την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (βλ. και Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 3,6 και 8/2017).

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ’ αρ. 5 ΠΔ 39/2017 και αρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με αρ., ποσού 6.815,00 ευρώ), πληρώθηκε δε μέσω Τραπεζής Πειραιώς την 20-4-2019, τα οικεία δε έγγραφα επισυνάφθηκαν και συγκατατέθηκαν μετά της προσφυγής

Αριθμός Απόφασης: Α201/2019

στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και τούτο ασχέτως ότι η κοινοποίηση της προσφυγής από την αναθέτουσα στον παρεμβαίνοντα δεν περιέλαβε το παράβολο και το αποδεικτικό πληρωμής του. Πάντως ουδόλως το παραδεκτό της προσφυγής κρίνεται από τα κοινοποιηθέντα στον παρεμβαίνοντα συνοδευτικά της προσφυγής στοιχεία, αλλά από τα όντως κατατεθέντα από τον προσφεύγοντα. Επομένως, ο οικείος ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος τυγχάνει απορριπτέος. Περαιτέρω, η Προσφυγή αφορά διαδικασία άνω των ορίων, που υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και δη του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Περαιτέρω, η Προσφυγή εμπροθέσμως ασκήθηκε κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης στον προσφεύγοντα η 10-4-2019 και χρόνος άσκησης της προσφυγής η 22-4-2019, εμπροθέσμως κατά παρέκταση από την 20-4-2019 ημέρα Σάββατο), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον για την άσκηση της ως άνω Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται δια της ακύρωσης της προσβαλλόμενης καθ' ο μέρος τον απέκλεισε, προκειμένου ούτως να επανέλθει στον διαγωνισμό και τούτο ανεξάρτητα από την αποδοχή του δεύτερου σκέλους της προσφυγής ως προς την αποδοχή του νυν προσωρινού αναδόχου, αφού δια μόνης της επαναφοράς του στον διαγωνισμό και κατάταξής του στη σειρά των αποδεκτών μειοδοτών, με αποτέλεσμα να διατηρεί δικαίωμα ανάθεσης σε αυτόν της σύμβασης, εφόσον για οιονδήποτε λόγο αποκλειστεί σε επόμενο στάδιο και δη κατά την κατακύρωση ο προσωρινός ανάδοχος ή δεν προσέλθει προς υπογραφή της σύμβασης. Ομοίως, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η προσφυγή και αυτοτελώς κατά της αποδοχής του έτερου διαγωνιζομένου, καθώς αν αυτός αποκλεισθεί, ο προσφεύγων θα καταστεί μόνος αποδεκτός μετέχων, εφόσον γίνει δεκτό και το πρώτο ως άνω σκέλος της προσφυγής του, ως προς τον δικό του αποκλεισμό, ενώ ακόμη και αν αυτό το πρώτο σκέλος της προσφυγής απορριφθεί, ο προσφεύγων και πάλι διατηρεί έννομο συμφέρον

Αριθμός Απόφασης: Α201/2019

για τον αποκλεισμό του νυν προσωρινού αναδόχου και μόνου αποδεκτού μετέχοντος, ώστε να ματαιωθεί και να επαναπροκηρυχθεί ο διαγωνισμός, επί τω τέλει εκ μέρους του υποβολής νέας προσφοράς. Και τούτο διότι σε αντίθεση με όσα ισχυρίζονται ο παρεμβαίνων και η αναθέτουσα, ο αποκλεισθείς διαγωνιζόμενος έχει έννομο συμφέρον προς προσβολή της αποδοχής άλλων διαγωνιζομένων και δη ακόμη και σε μεταγενέστερα του αποκλεισμού του ιδίου, στάδια της διαδικασίας, επί τω τέλει αποκλεισμού όλων των αποδεκτών καταρχήν μετεχόντων και ματαίωσης του διαγωνισμού, εκτός αν ενδιάμεσως έχει καταστεί οριστικώς αποκλεισθείς, κατάσταση στην οποία περιέρχεται μόνο αν ο αποκλεισμός του επικυρωθεί δια τελεσίδικης δικαστικής απόφασης στο πλαίσιο οριστικής δικαστικής προστασίας (ΣΤΕ ΕΑ 22/2018, σκ. 73), ήτοι αν δεν υποβάλει καθόλου προδικαστική προσφυγή κατά του αποκλεισμού του (Απόφαση ΑΕΠΠ 1011/2018) και ούτως απωλέσει το δικαίωμα άσκησης παραδεκτής αίτησης ακύρωσης ή προσβάλει μόνο την αποδοχή ορισμένων εκ των προσφορών και ούτως δεν είναι δυνατή, ακόμη και κατόπιν αποδοχής της προσφυγής, η ματαίωση του διαγωνισμού ή αν η τυχόν προσφυγή του απορριφθεί, εν συνεχεία παρέλθει άπρακτη η προθεσμία άσκησης αίτησης ακύρωσης κατ' αυτής ή αν η αίτηση ακύρωσης ασκηθεί και απορριφθεί (Αποφάσεις 1^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ 1011, 1093 και 1159/2018, σε συμφωνία με ΣΤΕ ΕΑ 349/2017, 22, 106, 144/2018, περαιτέρω δε σύμφωνη και η μεταγενέστερη ΣΤΕ 30/2019 αναστέλλουσα την ισχύ της Απόφασης 3^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ 1094/2018 και εφεξής και Αποφάσεις 1^{ου} Κλιμακίου ΑΕΠΠ 216 και 254/2019. Περαιτέρω, η αρχή του ενιαίου μέτρου κρίσης εφαρμόζεται πλέον, βάσει των ανωτέρω, αποκλειστικά όταν ο προσφεύγων δεν αμφισβητεί τον δικό του αποκλεισμό ή σε κάθε περίπτωση, κριθεί μεν ότι τυγχάνει νομίμως αποκλεισθείς, πλην όμως δεν βάλλει κατά όλων των αποδεκτών μετεχόντων (διότι αν βάλλει κατά όλων, τότε εφαρμοστέα είναι η ως άνω πρόσφατη πλην παγία νομολογία και διατηρεί έννομο συμφέρον για τον αποκλεισμό όλων των αποδεκτών μετεχόντων ομού, αλλά όχι για ορισμένους εξ αυτών μεμονωμένα, αφού ούτως δεν θα είναι δυνατή η ματαίωση του διαγωνισμού, καθώς θα απομένουν αποδεκτοί μετέχοντες). Η δε εκ του παρεμβαίνοντος και της αναθέτουσας επικαλούμενη νομολογία δεν είναι πλέον εφαρμοστέα, εν όψει της παραπάνω πρόσφατης πλην παγίας

Αριθμός Απόφασης: Α201/2019

μεταστροφής της νομολογίας του ΣΤΕ και δη προς συμμόρφωση με την οικεία ενωσιακή νομολογία, βλ. ΔΕΕ, C-131/16, Archus & Gama [2017] ECLI:EU:C:2017:358, σκ. 59, C-355/13, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich [2016] ECLI:EU:C:2017:358, σκ. 36, και C-689/13 Puligienica Facility Esco SpA [2016] ECLI:EU:C:2016:199, σκ. 27). Συνεπώς, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η προσφυγή ως προς αμφότερα τα σκέλη της και δη για έκαστο εξ αυτών αυτοτελώς και ασχέτως αποδοχής του έτερου, οι δε περί του αντιθέτου ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος και της αναθέτουσας τυγχάνουν στο σύνολό τους απορριπτέοι. Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη. Ομοίως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους με αντιπαραβολή των εγγράφων των προσφορών και όσων προσκομίζει, τις οικείες όποιες τυχόν Απόψεις καταθέσει η αναθέτουσα ως και την ήδη ως άνω ασκηθείσα παρέμβαση, και ερμηνεία ως και υπαγωγή των ως άνω ως προς τους όρους της διακήρυξης σε αντιπαραβολή δε και με οικεία ερμηνεία του νόμου. Επομένως, δεν χωρεί άρση αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης κατ' άρ. 15 παρ. 3, αλλά αντίθετα χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017. Εξάλλου, αλυσιτελώς η αναθέτουσα προβάλλει τους επικαλούμενους λόγους δημοσίου συμφέροντος, καθώς αυτοί ουδόλως συνιστούν κατά νόμο και δη κατά τη διάταξη του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 έρεισμα άρσης του κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 αυτοδικαίου κωλύματος σύναψης σύμβασης, παρά τέτοια ερείσματα αποτελούν μόνο το προδήλως απαράδεκτο ή το προδήλως αβάσιμο της προσφυγής που εν προκειμένω δεν συντρέχουν. Επιπλέον, δεδομένης και της σοβαρότητας των εκατέρωθεν ισχυρισμών ουδόλως το δημόσιο συμφέρον εξυπηρετείται από την επίσπευση σύναψης σύμβασης εν μέσω των συνθηκών αυτών και με αμφίβολο τόσο τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος όσο και την αποδοχή του νυν προσωρινού αναδόχου. Επομένως, το οικείο αίτημα της αναθέτουσας περί άρσης του κωλύματος σύναψης σύμβασης πρέπει να απορριφθεί.

Αριθμός Απόφασης: Α201/2019

4. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και του ήδη προσωρινού αναδόχου, εκ της συνέχισης του διαγωνισμού εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι της κατακύρωσης, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α19 και Α101/2017). Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας αποκλεισμού οικονομικού φορέα αλλά και νομιμότητας της αποδοχής του προσωρινού αναδόχου, τόσο στο στάδιο των δικαιολογητικών-τεχνικών προσφορών, όσο και κατ' αποτέλεσμα στο στάδιο των οικονομικών προσφορών, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου κατακύρωσης τίθενται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της πρώτης, άρα και κρίση του παρανόμου του αποκλεισμού του προσφεύγοντος, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης στον νυν προσωρινό ανάδοχο, προξενώντας 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 του τελευταίου και αποζημιωτικών αιτημάτων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 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 δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα του αποκλεισμού κατά τα προηγούμενα στάδια του νυν προσφεύγοντος, αλλά και της αποδοχής του ίδιου του νυν προσωρινού αναδόχου, βάσει της εξέτασης επί της προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει η προσφυγή, ο νυν ανακηρυχθείς προσωρινός ανάδοχος θα έχει υποβληθεί ασκόπως στον φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή του αυτή θα πρέπει εν συνεχεία να ακυρωθεί ή να ανακληθεί από την αναθέτουσα. Υπενθυμίζεται δε ότι σε περίπτωση οριστικοποίησης της κατακύρωσης, ναι μεν η Α.Ε.Π.Π. δεν εμποδίζεται να προβεί σε ακύρωση αυτής, η δε προσφεύγουσα να την προσβάλει, πλην όμως ο ακυρωθείς οριστικός ανάδοχος ενδέχεται να

Αριθμός Απόφασης: Α201/2019

αποκτήσει πιθανά αγωγικά δικαιώματα αποκλειστικά κατά της ίδιας της αναθέτουσας, 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 συμβάσεώς του με την τελευταία, η οποία όμως θα ήταν εξαρχής αδύνατη εάν τελικώς γίνει δεκτή η προσφυγή, και απλώς παρέστη ως πιθανή και λίαν υλοποιήσιμη, ακριβώς λόγω των μη νομίμων πράξεων της αναθέτουσας που μεσολάβησαν μεταξύ των προσβαλλομένων και την έκδοση της απόφασης. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 613/2019 Πράξεως Προέδρου 1ου Κλιμακίου για την 8-5-2019, αλλά και του αποκλειστικού διαστήματος στο οποίο η εξέταση μπορεί να λάβει χώρα κατ' άρ. 365 παρ. 4 και 8 Ν. 4412/2016, ήτοι εντός 40 ημερών από την άσκηση της προσφυγής, σε κάθε περίπτωση και ακόμη και αν αναβληθεί ή ματαιωθεί η ως άνω εξέταση, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της 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, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Σε κάθε περίπτωση, η εν προκειμένω χορήγηση προσωρινού μέτρου ανασταλτικού χαρακτήρα, η οποία, δεδομένων των παραπάνω, θα καλύπτει το διάστημα από την έκδοση της παρούσας έως και την έκδοση απόφασης, παρίσταται ως σκόπιμη, προεχόντως προς προστασία των ιδίων των συμφερόντων της αναθέτουσας, ιδίως δε από ακούσια πρόκληση ζημίας στην ίδια ή τον προσωρινό ανάδοχο από τυχόν κατακύρωση, η οποία πιθανόν να καταστεί μη νόμιμη δια της ακυρώσεως των προσβαλλόμενων πράξεων.

5. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο, σύμφωνα και με όσα αναφέρθηκαν στη σκ. 2 έχει και αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου

Αριθμός Απόφασης: Α201/2019

περιεχομένου των προσωρινών μέτρων. Ούτως, 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 προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, και συγκεκριμένα η αναστολή του σταδίου συλλογής δικαιολογητικών κατακύρωσης και οριστικής κατακύρωσης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση ή ανάκληση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης πρακτικού, έκδοσης πράξης για προσκόμιση δικαιολογητικών ή αξιολόγηση ή έγκριση αυτών, σχετικώς με το στάδιο αυτό και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί αποδοχής της προσφοράς του νυν προσωρινού αναδόχου, πράξεις θα κηρυχθούν αυτοδικαίως μη νόμιμες (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α95/2017).

6. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό. Να απορριφθεί το αίτημα της αναθέτουσας περί άρσης του κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 κωλύματος σύναψης σύμβασης.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων.

Απορρίπτει το αίτημα της αναθέτουσας περί άρσης του κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 αυτοδικαίου κωλύματος σύναψης σύμβασης.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη του σταδίου κατακύρωσης, ως και της διαδικασίας προσκόμισης-παραλαβής από τον προσωρινό ανάδοχο, αξιολόγησης και έγκρισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Αριθμός Απόφασης: Α201/2019

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή και όλα τα σχετιζόμενα με τη διαγωνιστική διαδικασία όργανα αυτού, όπως άμεσα ανακαλέσουν και ματαιώσουν και, έως και την έκδοση απόφασης του Κλιμακίου επί της προσφυγής, απέχουν από κάθε τυχόν ήδη προγραμματισμένη ή μη συνεδρίαση, απόφαση και εν γένει ενέργειά τους περί τη συλλογή από την προσωρινή ανάδοχο και την αξιολόγηση δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύνταξη πρακτικών, ως και έγκριση τυχόν ήδη εκδοθέντος σχετικού πρακτικού και έκδοση πράξης οριστικής κατακύρωσης και ανακήρυξης οριστικού αναδόχου.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως άμεσα 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, καθώς και όπως ενημερώσει πάραυτα τον προσωρινό ανάδοχο για την αναστολή που δια της παρούσας χορηγήθηκε ως προς τη διαδικασία οριστικής κατακύρωσης σε αυτήν και ως προς την υποχρέωση της για προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 6 Μαΐου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

ΜΙΧΟΠΟΥΛΟΥ ΜΑΡΙΑ