

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 14 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην, από 02.07.2021, Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1326/05.07.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», με διακριτικό τίτλο “...”, που εδρεύει στο ..., επί της Πλατείας ..., ..., νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά του Δήμου ... (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή στην οποία ο προσφεύγων σωρεύει και αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ’ αριθ. 237/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... κατά το μέρος αποδοχής της οικονομικής προσφοράς της προσωρινής αναδόχου ένωσης οικονομικών φορέων «...– ...».

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Ζαράρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει κατατεθεί και δεσμευτεί το υπ’ αριθμ. ...ποσού εξακοσίων ευρώ 600,00€ αναλογούν e-Παράβολο (βλ. έγγραφο της ΓΓΠΣ περί δέσμευσης του ως άνω παραβόλου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν.

Αριθμός απόφασης: Α217/2021

4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά Απόφασης που εκδόθηκε στο πλαίσιο διακήρυξης που αφορά σε ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου Γήπεδο 5x5 με ηλεκτροφωτισμό στο Τ. Δ. ..., εκτιμώμενης αξίας 80.645,16 Ευρώ (πλέον Φ.Π.Α. 24%), και το κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής.

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) με Α.Δ.Α.Μ. : ...2021-04-16 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό ...

4. 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.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα ο προσφεύγων προσβάλλει την με αριθμ. 237/2021 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερομένους στις 24.06.2021. Κατατέθηκε επίσης, νομίμως υπογεγραμμένη με χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017. Περαιτέρω, ο προσφεύγων του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει το έννομο συμφέρον του για την ακύρωση της προσβαλλόμενης 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).

6. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 14.07.2021 σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προκειμένου να λάβει γνώση

Αριθμός απόφασης: Α217/2021

κάθε ενδιαφερόμενος τρίτος, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής.

7. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου η αναθέτουσα αρχή δεν απέστειλε στην ΑΕΠΠ εντός 3ημέρου τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας.

8. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, καταρχήν νομίμως και παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, και η κατατεθείσα παρέμβαση κατόπιν της με αρ. 1687/05.07.2021 Πράξης της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου κατόπιν χρέωσης της στο κρίνον Κλιμάκιο.

9. Επειδή, ο προσφεύγων κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού, θεμελίωσης των προϋποθέσεων παραδεκτού, ισχυρίζεται ότι *II. ΠΡΟΒΑΛΛΟΜΕΝΟΣ ΛΟΓΟΣ ΑΚΥΡΩΣΗΣ Παράβαση διάταξης της διακήρυξης τεθείσας επί ποινή αποκλεισμού – Μη δήλωση κατανομής της αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης Στο άρθρο 3.1 της διακήρυξης ορίζεται ότι (με δικές μας υπογραμμίσεις και επισημάνσεις): «Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υποχρεωτικά υπογράφεται ψηφιακά, είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση, είτε από εκπρόσωπό τους, νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά, επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής.». Η ως άνω διάταξη της διακήρυξης αποτελεί μεταφορά στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, το οποίο ορίζει ότι: «7. Η ένωση «οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά, η οποία υπογράφεται υποχρεωτικά είτε από όλους τους οικονομικούς φορείς που αποτελούν την ένωση είτε από εκπρόσωπό τους νομίμως εξουσιοδοτημένο. Στην προσφορά απαραίτητως πρέπει να προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του (συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους) κάθε μέλους της*

Αριθμός απόφασης: Α217/2021

ένωσης, καθώς και ο εκπρόσωπος/συντονιστής αυτής.». Το νόημα της ως άνω διάταξης έχει ερμηνεύσει η ΑΕΠΠ με σωρεία αποφάσεών της, νομολογία που θεωρείται πλέον παγιωμένη. Ειδικότερα, όπως έχει κριθεί από την ΑΕΠΠ (πρβλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 765/2021, σκ. 22 επ. με παραπομπή σε περαιτέρω νομολογία) «(...) από τις ανωτέρω διατάξεις προκύπτει ότι τόσο ο νόμος όσο και η διακήρυξη απαιτούν ρητώς και σαφώς, σε περίπτωση υποβολής προσφοράς εκ μέρους ένωσης οικονομικών φορέων, να προσδιορίζεται στην προσφορά, επί ποινή απόρριψής της, μεταξύ άλλων, η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους. Επίσης, όπως έχει κριθεί, τόσο κατά τη γραμματική, όσο και κατά τη λογική ερμηνεία της, η διάταξη του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν 4412/2016 έχει την έννοια ότι η προσφορά ένωσης οικονομικών φορέων πρέπει, με ποινή το απαράδεκτο, να περιλαμβάνει την έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους στην ένωση και να συμπεριλαμβάνει την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης, (κατανομή) η οποία, ως μέγεθος διακριτό από την έκταση της συμμετοχής, δεν περιλαμβάνεται κατά νόμο σε αυτήν, δεδομένου άλλωστε ότι είναι δυνατό να μη συμπίπτει, κατά ποσοστό, με αυτήν (Δ.Εφ.Τρίπολης Ν8/2019, Α.Ε.Π.Π. 423/2020, 279/2020, 29/2020, 884,885/2019, 1044/2018).». Δεν καταλείπεται, συνεπώς, ουδεμία αμφιβολία αναφορικά με το περιεχόμενο της διάταξης του άρθρου 96 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 αλλά και του άρθρου 3.1 της κρίσιμης διακήρυξης το οποίο (περιεχόμενο) είναι σαφέστατο και η αντίθεση προς αυτό οδηγεί άνευ ετέρου σε απόρριψη της (αντιβαίνουσας προς τις ως άνω διατάξεις) προσφοράς. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του συνόλου των υποβληθέντων εγγράφων εκ μέρους του οικονομικού φορέα «...– ...», η ως άνω ένωση δεν έχει δηλώσει την κατανομή της αμοιβής μεταξύ των μελών που την αποτελούν. Ειδικότερα, αφενός μεν δεν προσκομίζεται κάποιο ιδιωτικό έγγραφο σύστασης της ένωσης οικονομικών φορέων από το οποίο να προκύπτει τέτοια κατανομή, αφετέρου ούτε και από κάποιο σημείο των υποβληθέντων ΤΕΥΔ των δύο μελών της ένωσης (ή από οποιοδήποτε άλλο έγγραφο της προσφοράς τους) προκύπτει η κατανομή της αμοιβής μεταξύ των μελών που την αποτελούν, κατά σαφή παραβίαση της διάταξης του άρθρου 3.1 της διακήρυξης, η οποία ρητά και κατηγορηματικά έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού. Πιο συγκεκριμένα, στην παράγραφο Α του Μέρους ΙΙ (σελίδες 3

Αριθμός απόφασης: Α217/2021

και 4) του ΤΕΥΔ της ατομικής επιχείρησης – μέλους της ένωσης, «...», μετά την καταφατική απάντηση στην ερώτηση περί συμμετοχής του οικονομικού φορέα από κοινού με άλλους αναφέρονται επί λέξει τα εξής: ΕΡΩΤΗΣΗ: «Εάν ναι: α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...):» ΑΠΑΝΤΗΣΗ: «α) ... ΕΠΙΚΕΦΑΛΗΣ- ΜΕΛΟΣ ΕΝΩΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ (100% ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ», ΕΡΩΤΗΣΗ: «β) Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης» ΑΠΑΝΤΗΣΗ: «β) ... ΜΕΛΟΣ ΕΝΩΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ ΥΠΕΥΘΥΝΗ Η/Μ ΕΡΓΑΣΙΩΝ (100% ΤΩΝ Η/Μ ΕΡΓΑΣΙΩΝ)», ΕΡΩΤΗΣΗ: «γ) Κατά περίπτωση, επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας» ΑΠΑΝΤΗΣΗ: «γ) ...: ... – ...». Περαιτέρω, στην παράγραφο Α του Μέρους ΙΙ (σελίδες 3 και 4) του ΤΕΥΔ της ατομικής επιχείρησης – μέλους της ένωσης, «...», μετά την καταφατική απάντηση στην ερώτηση περί συμμετοχής του οικονομικού φορέα από κοινού με άλλους αναφέρονται επί λέξει τα εξής: ΕΡΩΤΗΣΗ: «Εάν ναι: α) Αναφέρετε τον ρόλο του οικονομικού φορέα στην ένωση ή κοινοπραξία (επικεφαλής, υπεύθυνος για συγκεκριμένα καθήκοντα ...):» ΑΠΑΝΤΗΣΗ: «α) ... –ΜΕΛΟΣ ΕΝΩΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ – ΥΠΕΥΘΥΝΗ Η/Μ -100% ΤΩΝ Η/Μ ΕΡΓΑΣΙΩΝ», ΕΡΩΤΗΣΗ: «β) Προσδιορίστε τους άλλους οικονομικούς φορείς που συμμετέχουν από κοινού στη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης» ΑΠΑΝΤΗΣΗ: «β) ...– ΕΚΠΡΟΣΩΠΟΣ-ΜΕΛΟΣ ΕΝΩΣΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ - ΥΠΕΥΘΥΝΗ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ-100% ΤΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΟΔΟΠΟΙΙΑΣ», ΕΡΩΤΗΣΗ: «γ) Κατά περίπτωση, επωνυμία της συμμετέχουσας ένωσης ή κοινοπραξίας» ΑΠΑΝΤΗΣΗ: «γ) ...: ... – ...». Είναι σαφές ότι τα δύο μέλη της μειοδότης ένωσης οικονομικών φορέων δεν έχουν καθορίσει το ποσοστό της μεταξύ τους αμοιβής, ως όφειλαν επί ποινή αποκλεισμού με βάση το άρθρο 3.1 της διακήρυξης, παρά μόνο έχουν δηλώσει ότι η κ. ...του ...είναι υπεύθυνη για το 100% των εργασιών οδοποιίας και ότι η κ. ... του ...είναι υπεύθυνη για το 100% των ηλεκτρομηχανολογικών εργασιών. Ωστόσο, οι ως άνω δηλώσεις ουδόλως ανταποκρίνονται στην υποχρέωση των ως άνω περί κατανομής της μεταξύ τους αμοιβής. Όπως έχει κριθεί από την ΑΕΠΠ (πρβλ. ενιαία απόφαση ΑΕΠΠ 1080, 1081/2021, σκ. 5, σελ. 15-16, με δικές μας υπογραμμίσεις και επισημάνσεις) «(...) Πλην όμως, δεν ορίζει τίποτα σχετικά

Αριθμός απόφασης: Α217/2021

με κατανομή αμοιβής και αυτό ενώ ανωτέρω, ο κάθε οικονομικός φορέας δεν αναλαμβάνει γενικώς ένα ποσοστό επί εργασιών ή επί της σύμβασης, ώστε τυχόν να ερμηνευθεί ότι εννοεί ότι θα αναλάβει και την αναλογούσα αμοιβή, αλλά με ρητό τρόπο ορίζονται οι σχετικές κατανομές, ειδικά «για την εκτέλεση των εργασιών», χωρίς ούτως κάποιον προσδιορισμό, που θα επέτρεπε τη συναγωγή ότι αντιστοίχως και κατά την αξία των σχετικών προς εκτέλεση εργασιών, θα κατανεμηθούν και οι επιμέρους αμοιβές. Το δε γεγονός πως κατά λογική ακολουθία, θα ήταν εύλογο να κατανεμηθούν αντιστοίχως και τα ποσοστά αμοιβής, συνιστά μια υπόθεση, χωρίς έρεισμα πάντως στην ως άνω δήλωση και την προσφορά και επί της ουσίας αποτελεί ανεπίτρεπτη το πρώτον συμπλήρωση αυτών με νέο περιεχόμενο, ως και απαράδεκτη και ανεπίκαιρη πλέον και κατόπιν της ανεπιφύλακτου συμμετοχής της ως άνω ένωσης, επί της ουσίας αμφισβήτηση του ρητού όρου της διακήρυξης περί συγκεκριμένης δήλωσης ως προς την κατανομή αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης. Εξάλλου, κατά τον ως άνω όρο της διακήρυξης «επί ποινή απόρριψης της προσφοράς, προσδιορίζεται η έκταση και το είδος της συμμετοχής του κάθε μέλους της ένωσης, συμπεριλαμβανομένης της κατανομής αμοιβής μεταξύ τους» και άρα, ακόμη και όταν δεν προσδιορίζεται διακριτά και ειδικά η κατανομή αμοιβής, αυτή θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να προκύπτει πως προσδιορίζεται και συμπεριλαμβάνεται στην κατανομή των εργασιών, πράγμα που δεν ισχύει εν προκειμένω, λόγω σαφούς και ειδικής αναφοράς αποκλειστικά σε ευθύνη για εκτέλεση συγκεκριμένων εργασιών. Άρα, η προσφορά της ως άνω ένωσης είναι αποκλειστέα, λόγω μη προσδιορισμού κανενός στοιχείου περί κατανομής αυτής καθαυτής της αμοιβής μεταξύ των μελών της ένωσης.» Ως εκ τούτου, η προσφορά της μειοδότης ένωσης οικονομικών φορέων αντιβαίνει στο άρθρο 3.1 της διακήρυξης το οποίο έχει τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, κατά συνέπεια η Επιτροπή Διαγωνισμού όφειλε άνευ ετέρου να απορρίψει εκ του λόγου αυτού την προσφορά του εν λόγω οικονομικού φορέα. Η ως άνω πλημμέλεια της Επιτροπής Διαγωνισμού, διά της έγκρισης του πρακτικού της δυνάμει της προσβαλλόμενης απόφασης, κατέστη και πλημμέλεια της εγκριτικής του πρακτικού απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ..., η οποία τυγχάνει εξ αυτού του λόγου ακυρωτέα»

Αριθμός απόφασης: Α217/2021

10. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...]» (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.11.1999, Υπόθεση C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, σκέψη 31• ΔΕΕ, Απόφαση της 7.12.2000, Υπόθεση C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, σκέψη 61• ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45).

11. Επειδή, στη διάταξη του άρθρου 91 («Λόγοι απόρριψης προσφορών») παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι «[...] Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία αποκλίνει από τα άρθρα 92 έως 100, και 102 έως 104 ή υποβλήθηκε κατά παράβαση των απαράβατων όρων περί σύνταξης και υποβολής της προσφοράς, όπως οι όροι αυτοί ορίζονται στα έγγραφα της σύμβασης. β) Η οποία περιέχει ατέλειες, ελλείψεις, ασάφειες ή σφάλματα, εφόσον αυτά δεν επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση ή, εφόσον επιδέχονται συμπλήρωση ή διόρθωση, δεν έχουν αποκατασταθεί κατά την αποσαφήνιση και τη συμπλήρωση της, σύμφωνα με το άρθρο 102 [...]».

12. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή

Αριθμός απόφασης: A217/2021

της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

13. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής).

14. Επειδή, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως, πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στη Διακήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 12.12.2002, Υπόθεση C-470/99, Universale-Bau, σκέψη 91· ΔΕΕ, Απόφαση της 29.04.2005, Υπόθεση C-496/1999, CAS Succhi di Frutta SpA, σκέψη 111 κλπ).

15. Επειδή, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 25 και απόφαση SAG ELV Slovensko κ.λπ., C 599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους

Αριθμός απόφασης: Α217/2021

οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C 278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL ECLI:EU:C:2015:228, σκ. 27). Περαιτέρω, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει την διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά στοιχείων που απαιτούνται από αυτήν. Επομένως, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα (βλ. επίσης εξ αντιδιαστολής Απόφαση Pirro Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51).

16. Επειδή, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 20 παρ. 1, 94 και 95 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, 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

17. 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

Αριθμός απόφασης: Α217/2021

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

18. 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

Αριθμός απόφασης: Α217/2021

κατάστασης, προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

19. 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.

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

21. 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).

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, 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. Και τούτο, διότι τυχόν παράβαση της ενωσιακής και της εσωτερικής νομοθεσίας, θα κριθεί με την οριστική Απόφαση επί της Προδικαστικής της Προσφυγής, η έκδοση της οποίας - σε κάθε περίπτωση - θα λάβει χώρα εντός 20 ημερών από την ορισθείσα ημερομηνία συζήτησης με την με αριθμό 1687/2021 Πράξη της Προέδρου του 7ου Κλιμακίου. Καθίσταται δε προφανές, ενόψει των

Αριθμός απόφασης: Α217/2021

προβαλλόμενων ισχυρισμών που περιλαμβάνονται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, ότι 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), αλλά ανήκει στην κρίση του Δικαστηρίου, εν προκειμένω καταρχήν στην Α.Ε.Π.Π., η οποία θα κρίνει, υπό το φως της κείμενης εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας και νομολογίας, σε σχέση με τα στοιχεία του φακέλου και των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών.

23. Επειδή, σύμφωνα με τα ως άνω διαλαμβανόμενα, ο 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.

24. Επειδή, όψει των ανωτέρω, στο παρόν στάδιο, δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία της προσφεύγουσας και επομένως, δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτής για τη χορήγηση μέτρων προσωρινής προστασίας.

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί χορήγησης αναστολής-προσωρινών μέτρων.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε στις 15. 07.2021, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΧΡΥΣΑΝΘΗ Γ. ΖΑΡΑΡΗ

ΕΛΕΝΗ Α. ΛΕΠΙΔΑ