

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Πρόεδρος και Εισηγητής, Πουλοπούλου Αγγελική και Σωτηροπούλου Εμμανουέλα, Μέλη.

Για να εξετάσει το ζήτημα περί εφαρμογής του άρ. 15 παρ. 1 και 3 ΠΔ 39/2017 επί της από 10-1-2020 κατατεθείσας και από 13-1-2020 διαβιβασθείσας Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/24/13-1-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Με την ως άνω Προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της με αρ. πρωτ. διακήρυξης ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ για την “Προμήθεια και Τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών του", εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 193.906,00 ευρώ, η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 28-11-2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Με το επ’ αυτής συνημμένο αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, αιτείται την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ’ άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο (με στοιχεία αρ. και ποσού

969,53 ευρώ), φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, η από 10-1-2020 προσφυγή στρέφεται κατά διακήρυξης διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 28-11-2019 και η οποία λόγω χρόνου δημοσίευσης και εκτιμώμενης αξίας υπόκειται στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, προκύπτει ότι (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 3,6,8/2017) εκ των διατάξεων του άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 παρ. 1 και 3 ΠΔ 39/2017 προκύπτουν τα εξής. Πρώτον, εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, δεύτερον, της διατύπωσης του όρου “κατάλληλα μέτρα” όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την “καταλληλότητά” τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, τρίτον, της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της “καταλληλότητας”, την επανόρθωση της εικαζόμενης παραβάσεως και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και τέταρτον, του ότι το άρ. 366 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και το άρ. 15 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 αναφέρουν ότι τα “μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται” στην έννοια των “καταλλήλων μέτρων”, συμπεραίνεται 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 οιοδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής, ενώ ομοίως αυτεπαγγέλτως δύναται κατ’ άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 να άρει το κατ’ άρ. 364 Ν. 4412/2016 καταρχήν αυτοδίκαιο κώλυμα σύναψης σύμβασης που παράγεται δια μόνης της ασκήσεως προδικαστικής προσφυγής και η αρμοδιότητα αυτή του Κλιμακίου δεν εξαρτάται από τη χρεία οιοδήποτε αιτήματος εκ της αναθέτουσας ή τρίτου. Επειδή, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 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) εμπλεκόμενων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την ακόλουθη έννοια. Το Κλιμάκιο κατά την κρίση του, δεν λαμβάνει υπόψη του μόνο την τυχόν επαπειλούμενη βλάβη του προσφεύγοντος, αλλά τη συνεκτιμά ως 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 όρων διακήρυξης), όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων. Επομένως, όσον αφορά την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου (όπως κατ'άρ. 372 παρ. 4 εδ. ι' Ν. 4412/2016, και άρ. 5 παρ. 5 εδ. α' του προϊσχύσαντος Ν. 3886/2010) ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη του προσφεύγοντος (όπως κατ'άρ. 52 ΠΔ 18/1989), αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Α62/2017). Πρώτον, πιθανολογείται το τυχόν προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο της Προσφυγής και η εξ αυτού δικαιολόγηση εφαρμογής του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, ζήτημα που προηγείται προφανώς κάθε περαιτέρω κρίσης περί τυχόν επιβολής προσωρινών μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 και 2 ΠΔ 39/2017, αφού επί προδήλως απορριπτέας προσφυγής ουδόλως δύναται να υφίσταται αξιοπροστατευτέα βλάβη του προσφεύγοντος δικαιολογούσα χορήγηση προσωρινών μέτρων. Δεύτερον, πιθανολογείται η ύπαρξη μιας μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των συμφερόντων που εμπλέκονται στη διαδικασία ανάθεσης, συμπεριλαμβανομένου τόσο αυτών του προσφεύγοντος, όσο και ακόμη και των

έτερων μετεχόντων και ενδιαφερομένων για συμμετοχή στη διαδικασία, ανεξαρτήτως ενδιάμεσης εκ μέρους τους παρεμβάσεως. Τρίτον, σταθμίζεται η ως άνω συνολική ζημία που προκύπτει εκ της συνέχισης της διαδικασίας επί του όλου των θιγομένων συμφερόντων, με την αντίστοιχη ζημία που δύναται να προκληθεί εκ της αναστολής της διαδικασίας. Τέταρτον, εξετάζεται το δυνητικό περιεχόμενο των προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ'έφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ'άρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μίγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (πρβλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 3,6,8/2017 και εξής).

4. Επειδή, κατά το άρ. 361 παρ. 1 περ. γ' Ν. 4412/2016, ως και το ταυτοσήμου περιεχομένου άρ. 4 παρ. γ' ΠΔ 39/2017, ήδη από 13-12-2019, ήτοι δεκαπέντε ημέρες από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ (ο δε χρόνος δημοσίευσης στο ΕΣΗΔΗΣ είναι αδιάφορος νομικά, όσον αφορά την τεκμαιρόμενη, κατά τις ως άνω διατάξεις, γνώση της διακήρυξης) είχε παραχθεί το οικείο νόμιμο τεκμήριο πλήρους γνώσης, που εκκινεί υποχρεωτικά τη δεκαήμερη προς άσκηση προσφυγής, προθεσμία, ασχέτως δηλούμενου χρόνου γνώσης από τον προσφεύγοντα, αν ο τελευταίος είναι μεταγενέστερος του τεκμηρίου αυτού. Συνεπώς, είναι αδιάφορος τόσο ο χρόνος δημοσίευσης στο ΕΣΗΔΗΣ, όσο και ο εκ του προσφεύγοντος δηλούμενος (στο σημ. Δ Ενότητας 9 του δικογράφου του) χρόνος γνώσης, την 3-1-2020 (και δη, ενώ αβάσιμα ο προσφεύγων αναφέρει την 3-1-2020 ως 15^η ημέρα από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ), αφού κατά τις ως άνω διατάξεις, η προθεσμία εκκινεί από την πραγματική ή την τεκμαιρόμενη γνώση και άρα, από οιαδήποτε εκ των δύο προηγείται, με αποτέλεσμα, η τυχόν δήλωση μεταγενέστερης της τεκμαιρόμενης (προκύπτουσας κατ' αντικειμενικό τρόπο συναρτήσει του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ), γνώσης της διακήρυξης ουδόλως να επιδρά στην εκκίνηση της οικείας προθεσμίας και σε κάθε περίπτωση επί του απώτατου χρόνου άσκησης της προσφυγής. Εν προκειμένω δε, η προθεσμία προς άσκηση της προσφυγής

είχε ήδη λήξει την 23-12-2019, ήτοι 18 ημέρες πριν την άσκηση της προκείμενης προσφυγής και άρα, η προσφυγή είναι σε κάθε περίπτωση προδήλως εκπρόθεσμη και κατ' αποτέλεσμα, προδήλως απαράδεκτη και προς τούτο απορριπτέα.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να απορριφθεί το Αίτημα Προσωρινών Μέτρων του προσφεύγοντος. Περαιτέρω, πρέπει, κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 να αρθεί το αυτοδίκαιο, κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016, κώλυμα σύναψης σύμβασης επί της προκείμενης διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων.

Αίρει το κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016, παραχθέν εκ της προκείμενης προσφυγής, αυτοδίκαιο κώλυμα σύναψης σύμβασης επί της της διαδικασίας που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ. διακήρυξης ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ για την “Προμήθεια και Τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση παιδικών χαρών του”.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 20-1-2020 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΙΩΤΗ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ