

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μαργαρίτα Κανάβα, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής - λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 04.12.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1816/07.12.2020 της προσφεύγουσας Ένωσης Οικονομικών Φορέων ..., με διεύθυνση : ..., οδός ... αρ. ..., ΤΚ ..., η οποία αποτελείται από τις ακόλουθες εταιρίες: 1. την ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «...» (δ.τ. ...), η οποία εδρεύει στην ..., επί της οδού ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται και 2. την ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «...» (δ.τ. ...), η οποία εδρεύει στο Δήμο .../..., ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή της και να ακυρωθούν, ολικά ή μερικά η με αρ. πρωτ. 2553/24.11.2020 πράξη της αναθέτουσας αρχής, η με αρ. πρωτ. 2593/01.12.2020 πράξη της αναθέτουσας αρχής, καθώς και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη. Ταυτόχρονα η προσφεύγουσα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα να ανασταλεί η εκτέλεση των προσβαλλόμενων πράξεων και να ληφθεί κάθε άλλο κατάλληλο μέτρο, έως την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1816/07.12.2020 προδικαστική προσφυγή, συναφώς και το κρινόμενο αίτημα προσωρινής προστασίας που σωρεύεται σε αυτήν, εισήχθη προς εξέταση ενώπιον της Επταμελούς Σύθεσης της Αρχής, δυνάμει της με αρ. 2177/2020 Πράξης του Προέδρου της, με την οποία επιπλέον ορίστηκε εισηγητής και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 του 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, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ... με την ένδειξη «δεσμευμένο», εξοφληθέν δυνάμει του από 04.12.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Alpha Bank), ύψους 15.000,00€.

3. Επειδή, ο «... (εφεξής: «...») ...» προκήρυξε, με την από Φεβρουαρίου 2019 διακήρυξη, Δημόσιο Διεθνή Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό με τη διαδικασία του Ανταγωνιστικού Διαλόγου (Α' Φάση), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, από πλευράς βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου για το έργο «ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΜΟΝΑΔΑΣ ΜΗΧΑΝΙΚΗΣ ΔΙΑΛΟΓΗΣ ΣΥΜΜΕΙΚΤΩΝ ΑΠΟΡΡΙΜΜΑΤΩΝ ΚΑΙ ΚΟΜΠΟΣΤΟΠΟΙΗΣΗΣ ΟΡΓΑΝΙΚΟΥ ΚΛΑΣΜΑΤΟΣ ΣΤΟΝ ΔΗΜΟ ...-ΛΕΙΤΟΥΡΓΙΑ ΜΟΝΑΔΑΣ», εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 33.840.991,46 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. και με δικαίωμα προαίρεσης, εκτιμώμενης αξίας 12.380.400 ευρώ, μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. Περίληψη της Διακήρυξης εστάλη με ηλεκτρονικά μέσα στην Υπηρεσία

Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 06.03.2019. Η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 08.03.2019 με ΑΔΑΜ: ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) (Συστημικός Αριθμός ...).

4. Επειδή, κατά τη διακήρυξη, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, κατόπιν παρατάσεων, ορίσθηκε η 7η Μαΐου 2019 και ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών η 13η Μαΐου 2019. Στον διαγωνισμό υπέβαλαν εμπροθέσμως αιτήσεις συμμετοχής τέσσερις οικονομικοί φορείς, ήτοι: α) η ένωση προσώπων «...-...», β) η ένωση οικονομικών φορέων «...-...» (προσφεύγουσα), γ) η εταιρεία «...», και δ) η εταιρεία «...». Στη συνέχεια, η Επιτροπή του Διαγωνισμού συνέταξε το από 04.09.2019 Πρακτικό 1, δυνάμει του οποίου εισηγήθηκε αφενός μεν τη συμμετοχή στην επόμενη φάση του διαγωνισμού των εκ των συμμετεχόντων «...» και «...-...» (προσφεύγουσας), οι οποίοι και βαθμολογήθηκαν, σύμφωνα με το άρθρο 13 της διακήρυξης, αφετέρου δε την απόρριψη των αιτήσεων συμμετοχής των «...» και «...- ...». Η Αναθέτουσα Αρχή με την 104/20.9.2019 απόφαση (22ο Πρακτικό Συνεδριάσεως) του Διοικητικού Συμβουλίου της, υιοθέτησε το ανωτέρω Πρακτικό 1, καθ' ο μέρος με αυτό γνωμοδοτείτο η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας από την «...» και την αιτούσα, ενώ το απέρριψε ως προς τον αποκλεισμό της «...» και της «...-...», αποφάσισε δε τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας του ανταγωνιστικού διαλόγου με τη συμμετοχή όλων των οικονομικών φορέων που είχαν υποβάλει αιτήσεις συμμετοχής. Με την ίδια απόφαση αποφασίσθηκε η επιστροφή του ανωτέρω Πρακτικού 1 στην Επιτροπή του Διαγωνισμού, με σκοπό τη βαθμολόγηση, βάσει του άρθρου 13 της διακήρυξης, και των αιτήσεων συμμετοχής των ανωτέρω «...» και «...- ...», τις οποίες, όπως προεκτέθηκε, η Επιτροπή δεν βαθμολόγησε διότι είχε εισηγηθεί τον αποκλεισμό τους. Η 104/20.9.2019 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, με συνημμένο σε αυτήν το προαναφερόμενο Πρακτικό 1, αναρτήθηκε στη «Διαύγεια» στις 26.09.2019 και στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 27.09.2019. Κατόπιν τούτων, η Επιτροπή Διαγωνισμού συνεδρίασε εκ νέου

στις 18.10.2019 και εξέδωσε το υπ' αριθμ. πρωτ. 2004/23.10.2019 Πρακτικό 1, με αντικείμενο τη συμπλήρωση της βαθμολόγησης της «...» και της «...—...». Το τελευταίο αυτό Πρακτικό περί συμπληρωματικής βαθμολογίας έγινε αποδεκτό με την υπ' αριθμ. 127/24.10.2019 απόφαση του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής (26ο πρακτικό), με την οποία αποφασίσθηκε η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, με τη συμμετοχή όλων των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν αίτηση συμμετοχής. Κατά της ανωτέρω 127/24.10.2019 αποφάσεως του ΔΣ της Αναθέτουσας Αρχής η προσφεύγουσα άσκησε την από 8.11.2019 προδικαστική προσφυγή, στρεφόμενη καθ' όλων των λοιπών συμμετεχόντων στον διαγωνισμό. Η προδικαστική προσφυγή έγινε εν μέρει δεκτή με την 18/2020 απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) και ακυρώθηκε η 127/24.10.2019 απόφαση, καθ' ο μέρος με αυτή έγινε δεκτή η συμμετοχή της εταιρείας «...», ενώ απορρίφθηκε καθ' ο μέρος εστρέφετο κατά της συμμετοχής της ένωσης «...—...» και της εταιρείας «...». Αίτηση αναστολής ασκηθείσα εκ μέρους της προσφεύγουσας κατά της ως άνω απόφασης της Α.Ε.Π.Π. ως προς το μέρος κατά το οποίο απορρίφθηκε η από 8.11.2019 προδικαστική προσφυγή της, απορρίφθηκε με την 30/2020 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας. Επίσης, αίτηση αναστολής της «...» κατά της ίδιας ως άνω απόφασης της Α.Ε.Π.Π. ως προς το μέρος κατά το οποίο έγινε δεκτή η από 8.11.2019 προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας, έγινε δεκτή με την 31/2020 απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας. Ως δε η προσφεύγουσα προβάλλει, κατά της ως άνω 18/2020 απόφαση της Α.Ε.Π.Π. – και των υπ' αριθμ. 127/2019 και 104/2019 αποφάσεων του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής - έχει ασκήσει τη με αρ. κατ. 1302/2020 αίτηση ακύρωσης, ενώπιον του Συμβουλίου της Επικρατείας, για την οποία εκκρεμεί η δημοσίευση απόφασης.

5. Επειδή, ακολούθως, με τη με αρ. 41/2020 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής εγκρίθηκε η διακήρυξη της Β' Φάσης- Στάδιο 1- Πρόσκληση Συμμετοχής στον Διάλογο του Διαγωνισμού (στο εξής: «Διακήρυξη Β' Φάσης»). Κατόπιν δε πραγματοποίησης του διαλόγου και υποβολής των Προτάσεων από τους προεπιλεγέντες διαγωνιζόμενους, σε συνέχεια της με αρ. πρωτ.

Αριθμός Απόφασης: Α 277/2020

1742/07.08.2020 Πρόσκλησης Υποβολής Πρότασης της Αναθέτουσας Αρχής, εκδόθηκε η με αρ. 115/2020 απόφαση του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποφασίστηκε «...Κανένας Προεπιλεγείς Διαγωνιζόμενος να μην αποκλειστεί από την εν λόγω Φάση Β' Στάδιο 1ο του Διαγωνισμού, 2. Ως προτιμητέες τις ακόλουθες Προτάσεις ανά πτυχή διαλόγου, ήτοι αυτές που συγκέντρωσαν τη μεγαλύτερη βαθμολογία: - Για την πτυχή «Μονάδα Υποδοχής» προτιμητέα κρίνεται η πρόταση του εξής Προεπιλεγέντα: • ΕΝΩΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ ...-.... - Για την πτυχή «Μηχανική Διαλογή» προτιμητέες κρίνονται οι προτάσεις των εξής Προεπιλεγέντων: • ΕΝΩΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ ...- ... • ... με δ.τ. ... - Για την πτυχή «Τεχνολογία Κομποστοποίησης» προτιμητέα κρίνεται η πρόταση του εξής Προεπιλεγέντα: • ... - Για την πτυχή «Τεχνολογίες Απόσμησης/Αποκονίωσης – Έργα Περιβαλλοντικής Προστασίας Έργου» προτιμητέα κρίνεται η πρόταση του εξής Προεπιλεγέντα: • ΕΝΩΣΗ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΩΝ ΦΟΡΕΩΝ ... - ... 3. Όλοι οι Προεπιλεγέντες να συμμετάσχουν στο 2ο Στάδιο της Β' Φάσης του διαγωνισμού...». Η εν λόγω απόφαση κοινοποιήθηκε προς «όλους τους συμμετέχοντες» μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ, στις 13.11.2020. Η προσφεύγουσα υπέβαλε στις 19.11.2020 μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» ενώπιον της αναθέτουσας αρχής, το με αρ. πρωτ. HEL-20201119-108411/19.11.2020 αίτημά της, περί λήψης γνώσης των υποβληθεισών Προτάσεων και λοιπών εγγράφων των λοιπών πλην της ίδιας προεπιλεγέντων διαγωνιζόμενων φορέων. Με το προαναφερθέν αίτημα η προσφεύγουσα ζήτησε από την αναθέτουσα αρχή να της χορηγήσει «...πρόσβαση στο συνολικό περιεχόμενο των υποβληθεισών Προτάσεων και λοιπών εγγράφων (συμπεριλαμβανομένης της δήλωσης της Ομάδας Διαλόγου Προεπιλεγέντος) των λοιπών διαγωνιζόμενων φορέων (ήτοι των υπ' αριθμών 163469, 163472 και 164581 απαντήσεων που υπεβλήθησαν στο πλαίσιο της υπ' αριθμόν ΕΣΗΔΗΣ ... Πρόσκλησης Υποβολής Δικαιολογητικών), προκειμένου να είμαστε σε θέση να ελέγξουμε τη νομιμότητα της παραπάνω Απόφασής σας και να ασκήσουμε, σε περίπτωση που απαιτείται, τα προβλεπόμενα μέσα παροχής έννομης

προστασίας...». Επί του ως άνω αιτήματος της προσφεύγουσας ένωσης, εκδόθηκαν οι με αρ. πρωτ. 2553/24.11.2020 και 2593/01.12.2020 πράξεις της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες, αφενός, κρίθηκε ότι, με βάση το άρθρο 15 της Διακήρυξης Β' Φάσης, για την παροχή πρόσβασης στα αιτούμενα από την προσφεύγουσα στοιχεία απαιτείτο η συναίνεση των λοιπών προεπιλεγέντων διαγωνιζόμενων και, αφετέρου, η αναθέτουσα αρχή αρνήθηκε τελικώς τη χορήγηση των ζητούμενων στοιχείων, ελλείψει συναίνεσης από τους λοιπούς προεπιλεγέντες διαγωνιζόμενους. Διευκρινίστηκε δε ότι θα γνωστοποιηθεί μόνο το περιεχόμενο των Προτιμητέων Προτάσεων ανά πτυχή διαλόγου και μόνο όταν αποσταλούν τα τεύχη της Β' Φάσης- Στάδιο 2- Πρόσκληση Υποβολής Δεσμευτικών Προσφορών του Διαγωνισμού. Κατά των ως άνω με αρ. πρωτ. 2553/24.11.2020 και 2593/01.12.2020 πράξεων της αναθέτουσας αρχής, καθώς και κάθε άλλης συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης, πράξης ή παράλειψης, ασκήθηκε η περιλαμβάνουσα το υπό εξέταση αίτημα αναστολής προσφυγή.

6. Επειδή, η προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2018, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

7. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς οι προσβαλλόμενες με αρ. πρωτ. 2553/24.11.2020 και με αρ. πρωτ. 2593/01.12.2020 πράξεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στην προσφεύγουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 24.11.2020 και 02.12.2020 αντίστοιχα, οπότε και έλαβε γνώση αυτών η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 04.12.2020. Η

προσφυγή κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου.

8. Επειδή, στις 09.12.2020 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την περιλαμβάνουσα το υπό εξέταση αίτημα αναστολής προσφυγή προς τους λοιπούς διαγωνιζόμενους, μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, στις 11.12.2020 η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π., μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, τις απόψεις της επί της προσφυγής, στις οποίες, ως προς το υπό εξέταση αίτημα αναστολής αναφέρει ότι «Τέλος θεωρούμε ότι δεν υφίσταται περίπτωση αναστολής, δεδομένου ότι η διαγωνιστική διαδικασία βρίσκεται στο στάδιο της εκπόνησης των τευχών δημοπράτησης του 2ου σταδίου της Β φάσης, τα οποία ακόμη δεν έχουν ολοκληρωθεί για να δημοσιευτούν, επιπλέον δε η αιτούσα δεν έχει αποκλειστεί και συνεπώς δεν υφίσταται καμία βλάβη η οποία να θεμελιώνει αναστολή».

10. Επειδή, η προσφεύγουσα επικαλούμενη τα άρθρα 30 και 55 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, τα άρθρα 30 παρ. 3 και 70 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 της Διακήρυξης Β' Φάσης, προβάλλει ότι κατά την ορθή ερμηνεία των ως άνω διατάξεων και υπό το πρίσμα της αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της απορρέουσας από αυτήν αρχή της διαφάνειας, η οριζόμενη σε αυτές απαγόρευση κοινοποίησης των πληροφοριών που περιέρχονται σε γνώση της Αναθέτουσας Αρχής από τον εκάστοτε προεπιλεγέντα διαγωνιζόμενο, χωρίς τη συναίνεσή του, ισχύει μόνο κατά το αυστηρώς οριοθετημένο χρονικό διάστημα που λαμβάνει χώρα ο εν στενή εννοία διάλογος, δηλαδή ο διάλογος που, όπως προαναφέρθηκε, διενεργείται πριν από την υποβολή των Προτάσεων, ενώ η εν λόγω απαγόρευση ουδόλως καταλαμβάνει το χρονικό διάστημα μετά τη λήξη αυτού του διαλόγου και δη το χρονικό διάστημα μετά την έκδοση της απόφασης με την οποία η Αναθέτουσα Αρχή κρίνει οριστικώς επί του παραδεκτού ή μη και της βαθμολογίας των υποβληθεισών Προτάσεων των προεπιλεγέντων διαγωνιζομένων. Ως

ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, μετά την έκδοση εκ μέρους της Αναθέτουσας Αρχής οριστικής πράξης επί της αξιολόγησης των υποβληθεισών Προτάσεων, κάθε προεπιλεγείς διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα -και, συνεπώς, η Αναθέτουσα Αρχή έχει αντίστοιχη υποχρέωση, ιδίως εάν αυτό ζητηθεί ρητώς- να λάβει γνώση όλων των υποβληθεισών Προτάσεων και των λοιπών στοιχείων, διότι μόνο με τη γνώση αυτών «...εξασφαλίζεται ότι οι εν λόγω ενδιαφερόμενοι έλαβαν γνώση ή μπορούσαν να λάβουν γνώση της παραβάσεως του δικαίου της Ένωσης την οποία προβάλλουν...». Ήτοι, κατά την προσφεύγουσα, μετά την έκδοση της σχετικής πράξης, εφαρμοστέες είναι πλέον οι προαναφερθείσες διατάξεις του άρθρου 55 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 70 του Ν. 4412/2016 και όχι οι διατάξεις του άρθρου 30 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και του άρθρου 30 του Ν. 4412/2016, ούτε οι διατάξεις του άρθρου 15 της Διακήρυξης Β' Φάσης. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η ίδια ερμηνεία συνάδει και με την αρχή του επικαίρου, υποστηρίζοντας ότι δεν θα ήταν συμβατός με την αρχή αυτή τυχόν ισχυρισμός ότι ένας προεπιλεγείς διαγωνιζόμενος, αν δεν λάβει γνώση των επίμαχων στοιχείων κατά τον παραπάνω κρίσιμο χρόνο, δεν θα απωλέσει τάχα κάποιο δικαίωμά του, διότι θα λάβει τελικώς γνώση των εν λόγω στοιχείων σε επόμενα στάδιο του Διαγωνισμού και, τότε, θα μπορεί να ασκήσει τα προβλεπόμενα μέσα παροχής έννομης προστασίας. Ως επίσης προβάλλει, ουδέποτε έλαβε γνώση της αιτιολογίας της με αρ. 115/2020 απόφαση του ΔΣ της Αναθέτουσας Αρχής, διότι ουδέποτε της δόθηκε πρόσβαση στα υποβληθέντα από τους λοιπούς προεπιλεγέντες διαγωνιζόμενους στοιχεία, και, ιδίως, στις υποβληθείσες Προτάσεις τους, ούτε τα στοιχεία αυτά έχουν αναρτηθεί μέχρι σήμερα στο ΕΣΗΔΗΣ. Ενόψει των παραπάνω, αμέσως και, πάντως εντός δέκα ημερών από την ανάρτηση της προαναφερθείσας απόφασης του ΔΣ της Αναθέτουσας Αρχής στο ΕΣΗΔΗΣ, υπέβαλε ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής, το με αρ. πρωτ. HEL-20201119-108411/19.11.2020 αίτημά της, το οποίο, ως ισχυρίζεται, εφόσον υποβλήθηκε μετά την έκδοση οριστικής (εκτελεστής) πράξης της Αναθέτουσας Αρχής περί της αξιολόγησης των υποβληθεισών Προτάσεων, δηλαδή, σε κάθε περίπτωση, μετά την ολοκλήρωση του εν στενή εννοία διαλόγου, ήταν καθόλα νόμιμο και

έπρεπε να γίνει δεκτό αμέσως και, πάντως, εντός δέκα πέντε ημερών, σύμφωνα με το άρθρο 70 του Ν. 4412/2016. Ωστόσο, το παραπάνω αίτημά της απορρίφθηκε ρητώς, με τις προσβαλλόμενες πράξεις, με το σκεπτικό ότι εν προκειμένω εφαρμόζεται το άρθρο 15 της Διακήρυξης Β' Φάσης και, συνεπώς, για την αποδοχή του αιτήματός της απαιτείτο η συναίνεση των λοιπών προεπιλεγέντων διαγωνιζόμενων που, τελικώς, δεν παρασχέθηκε. Με το εν λόγω δε περιεχόμενο, ως προβάλλει, οι προσβαλλόμενες πράξεις της Αναθέτουσας Αρχής είναι, προδήλως εσφαλμένες και παράνομες, πρωτίστως διότι, εν προκειμένω, δεν εφαρμόζεται το άρθρο 15 της Διακήρυξης Β' Φάσης, αλλά -ιδίως- το άρθρο 70 του Ν. 4412/2016, στο παρόν δε στάδιο η προσφεύγουσα δικαιούται να λάβει γνώση των ζητηθέντων στοιχείων, ανεξαρτήτως της συναίνεσης των λοιπών προεπιλεγέντων διαγωνιζόμενων. Κατά την προσφεύγουσα δε η απαίτηση μιας τέτοιας συναίνεσης θα μπορούσε ενδεχομένως να δικαιολογηθεί μόνον αναφορικά με συγκεκριμένα στοιχεία που μπορεί μεμονωμένως να είχαν πράγματι χαρακτηριστεί νομίμως ως εμπιστευτικά, ωστόσο, εν προκειμένω, ουδόλως τίθεται -ούτε ετέθη από την Αναθέτουσα Αρχή- περίπτωση τέτοιου μεμονωμένου χαρακτηρισμού, ενώ σε κάθε περίπτωση, τέτοιος χαρακτηρισμός δεν θα μπορούσε να αφορά το σύνολο των ζητηθέντων στοιχείων. Ισχυρίζεται τέλος η προσφεύγουσα ότι τα προαναφερθέντα δεν ανατρέπονται από το γεγονός ότι, όπως αναφέρεται στη με αρ. πρωτ. 2593/01.12.2020 προσβαλλόμενη πράξη της Αναθέτουσας Αρχής, κατά την αποστολή «των τευχών της Β' Φάσης - Στάδιο 2ο» του Διαγωνισμού, θα λάβει χώρα η κοινοποίηση των Προτιμητέων Προτάσεων ανά πτυχή διαλόγου, καθώς αφενός, δυνάμει της με αρ. 115/2020 απόφασης του ΔΣ της Αναθέτουσας Αρχής κρίθηκαν νομότυπες οι Προτάσεις όλων των προεπιλεγέντων διαγωνιζόμενων, στο πλαίσιο δε του άρθρου 20 της Διακήρυξης Β' Φάσης, η προσφεύγουσα δικαιούται, σε κάθε περίπτωση, να ελέγξει όλες τις Προτάσεις (όχι μόνο τις Προτιμητέες Προτάσεις) και, εάν συντρέχει περίπτωση, να επιδιώξει τον αποκλεισμό από την επόμενη φάση του Διαγωνισμού εκείνων των προεπιλεγέντων διαγωνιζόμενων των οποίων οι

Προτάσεις δεν είναι, κατά την γνώμη της, νομότυπες και αφετέρου, αντίθετη ερμηνεία θα προσέκρουε και στην αρχή του επικαίρου.

11. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) 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 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).

12. Επειδή, 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».

13. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι 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 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.

14. Επειδή, κατά τα προαναφερόμενα, η με Γ.Α.Κ. 1816/07.12.2020 προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη. Σε κάθε, δε, περίπτωση η προσφεύγουσα προβάλλει συγκεκριμένους λόγους, αποδίδοντας πλημμέλειες στις προσβαλλόμενες αποφάσεις. Ενόψει, δε, των προβαλλόμενων αιτιάσεων, αυτές χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, μελέτης του συνόλου των εγγράφων της σύμβασης, καθώς επίσης και συνεκτίμησης των απόψεων και των πορισμάτων της νομολογίας. Συνακόλουθα η κρίση τόσο επί του παραδεκτού όσο και επί του βασίμου της προσφυγής, δεν μπορεί να εξενεχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 46/2015, 41/2015, 35/2015, 10/2015, 9/2015), αλλά μόνο με την οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

15. Επειδή, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από την αναθέτουσα αρχή, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της από τη χορήγηση προσωρινών μέτρων. Περαιτέρω, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του σε περίπτωση χορήγησης προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη. Εξάλλου, η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια, και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία.

16. Επειδή, συνακόλουθα, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων, λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

Αριθμός Απόφασης:Α 277/2020

17. Επειδή, συνεπώς, πρέπει να διαταχθεί, η αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της με ΓΑΚ Α.Ε.Π.Π. 1816/07.12.2020 προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 14 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Φώτιος Θεοδ. Κασιγιαννης
Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.

Κωνσταντίνος Πουρναράς