

Η

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

**ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 2 Μαρτίου 2021, με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσιγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Εισηγητής, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει αυτεπαγγέλτως το ζήτημα διαταγής προσωρινών μέτρων επί της από 22-2-2021 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 402/23-2-2021 της ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

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

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της ΠΡΟΣΚΛΗΣΗΣ ΕΚΔΗΛΩΣΗΣ ΕΝΔΙΑΦΕΡΟΝΤΟΣ ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΝΑΤΟΪΚΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ με ανοικτή δημοπρασία, για την εκτέλεση του έργου «ΑΝΑΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΙΑΓΩΝΙΟΥ Τ/Δ ΣΤΟ Α/Δ ...» (...), συνολικού προϋπολογισμού 3.975.000,00 €, η οποία αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο της αναθέτουσας αρχής στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ με ΑΔΑ: ... και στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ... την 28-1-2021.

Η συζήτηση άρχισε αφού ακούστηκε ο Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και άρθρο 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ..., ποσού 15.000,00 ευρώ.

2. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της εμπροθέσμως κατατεθείσας με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου ενώπιον της ΑΕΠΠ, την 22-2-2021, προδικαστικής προσφυγής, που στρέφεται κατά της από 28-1-2021 δημοσιευθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ και δυνάμενης να εμπίπτει καταρχήν,

λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου δημοσίευσης, στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, εκτελεστής πράξης εκκίνησης διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, επί της οποίας παρήχθη τεκμήριο πλήρους γνώσης την 12-2-2021, όταν και η προσφεύγουσα δηλώνει πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης. Εξάλλου, η παρούσα σύμβαση δεν προκύπτει με εκ των προτέρων πρόδηλη βεβαιότητα και άνευ χρείας περαιτέρω ενδελεχούς εξέτασης του αντικειμένου και της διαδικασίας ανάθεσης αυτού, ότι αφορά κατ' άρθρο 16 παρ. 1 και άρθρο 17 Ν. 3978/2011, αντικείμενο εξαιρούμενου του πεδίου εφαρμογής του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016, ούτε προκύπτει προδήλως ότι τέτοια εξαίρεση δημιουργεί η ειδική διαδικασία επίλυσης διαφορών του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Ι ΔΙΕΘΝΟΥΣ ΟΔΗΓΙΑΣ ΝΑΤΟ AC4/-D/2261/ΕΚΔΟΣΗ 1996, που έχει εφαρμογή μόνο επί διαφορών μεταξύ χωρών προέλευσης συμμετεχόντων και του έθνους υποδοχής. Τούτο ενώ άλλωστε, η ίδια η αναθέτουσα στην Απόφαση Έγκρισης της Διαδικασίας, με αρ. πρωτ. .../... /14-1-2021 αναφέρει ως εφαρμοζόμενες στη διαδικασία διατάξεις αυτές του Ν. 4412/2016 και δη των άρθρων 86 και 95 αυτού. Η δε προσφεύγουσα, επικαλούμενη ιδιότητά της, ως ήδη αναδόχου της επικαλούμενης ως απολύτως συναφούς με τη νυν υπό ανάθεση, εργολαβίας ..., αλλά και βλάβη της εκ της προσβαλλόμενης, επί τη βάση ότι η αναθέτουσα προκήρυξε δι' αυτής ανοικτό διαγωνισμό, παρά τη συνδρομή των προϋποθέσεων του άρθρου 32 παρ. 2 περ. ββ' Ν. 4412/2016, προβάλλει ότι για τεχνικούς λόγους δεν υφίσταται εκ των προτέρων έδαφος ανάπτυξης ανταγωνισμού για τη δια της προσβαλλόμενης υπό ανάθεση σύμβαση, ενώ η ανάθεσή της σε έτερο πλην της ίδιας ανάδοχο, διακινδυνεύει την ολοκλήρωση αμφοτέρων των εργολαβιών και την τεχνικά επιβλαβή διάσπαση των εργασιών. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα προβάλλει, κατά παράβαση του άρ. 76 Ν. 4412/2016, θέσπιση παράνομου όρου συμμετοχής μόνο οικονομικών φορέων εγγεγραμμένων σε τάξη του ΜΕΕΠ από 3<sup>η</sup> και άνω. Η δε αναθέτουσα με τις από 26-2-2021 Απόψεις της επί των προσωρινών μέτρων, επικαλείται ότι η διαδικασία δεν θα ολοκληρωθεί την 19-3-2021, αφού απομένουν νέα στάδια και προθεσμίες διανομής τευχών σύμβασης και υποβολής προσφορών. Το δε ζήτημα της αρμοδιότητας της ΑΕΠΠ, του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας, ως και του εν γένει παραδεκτού τόσο των επιμέρους ισχυρισμών της, όσο και της ίδιας της προσφυγής, χρήζουν σε κάθε περίπτωση ενδελεχούς εξέτασης και πάντως

δεν δύνανται να κριθούν ως προδήλως μη συντρέχοντα, υπό την έννοια της απλής θεώρησης της προσφυγής και της μη χρείας αναλυτικής εξέτασης και σχετικής αιτιολόγησης. Άλλωστε, ο έλεγχος του τυχόν προδήλως απορριπτέου της προσφυγής, στο στάδιο χορήγησης προσωρινών μέτρων, περιορίζεται λόγω της φύσης και σκοπού αυτής της ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδικασίας, σε πρόδηλα διαδικαστικά σφάλματα ή έλλειψη οιασδήποτε νομικής ή ουσιαστικής βάσης, τέτοιου είδους, ώστε να μην απαιτείται επιστάμενη και αναλυτική κρίση και αιτιολογία της Απόφασης της ΑΕΠΠ ούτε μια έστω καταρχήν ερμηνεία του συναφούς νομοθετικού πλαισίου (Απόφαση ΑΕΠΠ Επταμελούς Α299/2019, σκ. 3).

3. Επειδή, η Επταμελής Σύνοψη, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των άρθρο 366 Ν. 4412/2016 και άρθρο 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται ακόμη και σε αυτεπάγγελτη εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του άρθρου 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω Προσφυγής, βάσει της ρητής οικείας ευχέρειας που απονέμει το άρθρο 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αίτησής τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόν παρεμβαίνοντος ή της αναθέτουσας. Η δε 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, δεύτερον την πιθανολόγηση συνδρομής μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των εμπλεκόμενων 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. Κατά τα δε εκτεθέντα στη σκέψη 2, η προσφυγή δεν προκύπτει ως προδήλως απαράδεκτη και τουλάχιστον, κατά το σύνολο των λόγων της ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Δεδομένου, εξάλλου, ότι περιέχει καταρχήν στοιχειοθετημένους και ορισμένους λόγους που χρήζουν περαιτέρω εξέτασης ομού μετά των Απόψεων και της τυχόν παρέμβασης και σε συνδυασμό με τα έγγραφα της διαδικασίας, εξέταση που δεν δύναται να λάβει χώρα στο όλως επιταχυμένο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας και, άρα δεν χωρεί άρση

αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης κατ' άρθρο 15 παρ. 3, αλλά αντίθετα χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρθρου 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017.

4. Επειδή, ανεξαρτήτως παραδεκτού ή βασίμου των ισχυρισμών της προσφυγής, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας, αλλά και κάθε τρίτου συμμετέχοντος, εκ της συνέχισης της διαδικασίας και δη, της λήξης χρόνου υποβολής αιτήσεων ενδιαφέροντος και δικαιολογητικών συμμετοχής, η οποία κατά την προσβαλλόμενη πρόσκληση, ορίστηκε για την 19-3-2021, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της ίδιας της διαδικασίας ανάθεσης και της εκκίνησης αυτής, ως και των όρων περί συμμετοχής σε αυτή, η τυχόν πρόοδος της διαδικασίας, ενδεχομένως να καταστήσει αλυσιτελή την άσκηση της προσφυγής, δημιουργώντας συγχρόνως και αβεβαιότητα περί χρείας ή μη υποβολής τυχόν νυν εκδήλωσης ενδιαφέροντος εκ της προσφεύγουσας ή τρίτου ενδιαφερόμενου, ενώ και η αναθέτουσα θα υποβληθεί στον κίνδυνο διεξαγωγής διαδικασίας που τυχόν θα ακυρωθεί, οι δε τυχόν μετέχοντες σε αυτή θα κινδυνεύσουν από την αλυσιτελή υποβολή αίτησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος και συμμετοχής και από τον φόρτο και το κόστος σύνταξης και υποβολής αίτησης συμμετοχής ή εκδήλωσης ενδιαφέροντος, ως και από αυτή καθαυτή την αλυσιτελή εκδήλωση του ενδιαφέροντός τους. Περαιτέρω, η τυχόν πρόοδος της διαδικασίας ενδεχομένως να οδηγήσει σε έκδοση νέων εκτελεστών πράξεων και νέες προσφυγές σε επόμενα στάδια της διαδικασίας, οι οποίες θα καταστούν άνευ αντικειμένου ενδιαιμέσως λόγω τυχόν ακύρωσης της ίδιας της διαδικασίας εν όλω. Περαιτέρω, δεδομένου του όλως βραχείου διαστήματος ως την ήδη ορισθείσα για την 24-3-2021, δια της Πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ 492/24.2.2021, εξέταση της προσφυγής και την έκδοση Απόφασης επ' αυτής, 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 ή τρίτους. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επόμενων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης της Επταμελούς Σύθεσης της ΑΕΠΠ επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς.

5. Επειδή, εξάλλου, βάσει και του άρθρου 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ασχέτως δε της ύπαρξης ή μη ή και του ανά περίπτωση ειδικότερου περιεχομένου του αιτήματος του προσφεύγοντος δεδομένης της αυτεπάγγελτης εξουσίας του αρμοδίου για την εξέταση της ίδιας της προσφυγής, σχηματισμού της ΑΕΠΠ, επί της απόφασης διαταγής ως και της διαμόρφωσης του περιεχομένου του ανά περίπτωση προσωρινού μέτρου, 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 προσφυγής, αναστολή προόδου της διαδικασίας, η οποία είναι υλοποιήτεια δια της παράτασης του καταληκτικού χρόνου υποβολής αιτήσεων συμμετοχής, που έχει προγραμματιστεί για την 19-3-2021 και τούτο τουλάχιστον για το διάστημα έως και την παρέλευση της αποκλειστικής προθεσμίας για την έκδοση Απόφασης από την ΑΕΠΠ και σε όποιον εφεξής χρόνο κρίνει η αναθέτουσα. Επομένως, πρέπει αυτεπαγγέλτως να διαταχθούν Προσωρινά Μέτρα και δη με το ως άνω ειδικότερο περιεχόμενο.

#### **ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ**

Διατάσσει αυτεπαγγέλτως προσωρινά μέτρα επί της διαδικασίας για την ανάθεση του έργου «ΑΝΑΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΤΜΗΜΑΤΟΣ ΔΙΑΓΩΝΙΟΥ Τ/Δ ΣΤΟ Α/Δ ...» (...).

Αναστέλλει την επί της διαδικασίας, καταληκτική προθεσμία εκδήλωσης ενδιαφέροντος και υποβολής δικαιολογητικών, έως και την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2-3-2021 και εκδόθηκε αυθημερόν.

**Ο Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

Αριθμός Απόφασης: Α 33/2021

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

**Κωνσταντίνος Πουρναρας**