

Αριθμός απόφασης: Α 462 / 2018

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**4<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 18-10-2018, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρο και Εισηγήτρια, Κωνσταντίνο Κορομπέλη και Κυριακή Σιδηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 05-10-2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1015/08-10-2018 και χρέωσης στο 4<sup>ο</sup> Κλιμάκιο της 08-10-2018, του οικονομικού φορέα με την επωνυμία

με διακριτικό τίτλο

που εδρεύει στην και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής προσφεύγων).

Κατά της όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, κατά ορθή εκτίμηση αυτής, ο προσφεύγων επιδιώκει την ανάκληση, αλλιώς ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, ήτοι της απόφασης με αριθμό του Διοικητικού Συμβουλίου της, δυνάμει της οποίας εγκρίθηκαν τα υπ' αριθ. 1Α/8-82018, 1Β/20-8-2018, 2Α/3-9-2018 και 2Β/25-9-2018 Πρακτικά της Επιτροπής του επίδικου Διαγωνισμού καθώς και κάθε άλλης συναφούς προγενέστερης ή μεταγενέστερης πράξης ή παράλειψης, αναφορικά με την με αριθμό Διακήρυξη.

Αριθμός απόφασης: Α 462 / 2018

Με την Προδικαστική Προσφυγή του ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, δυνάμει της οποίας εγκρίθηκαν τα υπ' αριθ. 1Α/8-82018, 1Β/20-8-2018, 2Α/3-9-2018 και 2Β/25-9-2018 Πρακτικά της Επιτροπής του επίδικου Διαγωνισμού, αναδείχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος του διαγωνισμού ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....»

..... και ήρθη η εμπιστευτικότητα συγκεκριμένων δικαιολογητικών που υπεβλήθησαν από τον οικονομικό φορέα.....

Επί της ανωτέρω προδικαστικής προσφυγής κατατέθηκε εμπρόθεσμα και νομότυπα η από 12-10-2018 παρέμβαση του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην Αθήνα και εκπροσωπείται νόμιμα, με την οποία αιτείται: 1) να γίνει δεκτή η παρέμβαση του, 2) να διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της «.....», κατά το σκέλος που απέκλεισε την προσφορά του προσφεύγοντα και που έκρινε νόμιμη την προσφορά του και 3) να απορριφθούν οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντα κατά το σκέλος που βάλλουν κατά του αποκλεισμού του και κατά της προσφοράς του παρεμβαίνοντα.

Ετέρωθεν, ο προσφεύγων αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα.

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. .... διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός διαγωνισμός «.....», με αντικείμενο σύμβασης την ανάδειξη αναδόχου, ο οποίος με το κατάλληλο προσωπικό του (διοικητικό προσωπικό, τεχνικό προσωπικό, οδηγούς,

Αριθμός απόφασης: Α 462 / 2018

χειριστές μηχανημάτων έργων και εργάτες), θα εκτελεί: α) την υποστήριξη των εργασιών της επίβλεψης και παρακολούθησης λειτουργίας, καθώς και της συντήρησης των εγκαταστάσεων του ..... με τεχνικό προσωπικό, β) την υποστήριξη των εργασιών διακίνησης, μεταφοράς και φορτοεκφόρτωσης διαφόρων υλικών, καθώς και των εργασιών τελικής διάθεσης υπολειμμάτων στους χώρους του ..... και του ..... με οδηγούς και χειριστές μηχανημάτων έργου. γ) την υποστήριξη των εργασιών χειροδιαλογής των αστικών στερεών αποβλήτων (σύμμεικτων και ανακυκλωσίμων υλικών από το Πρόγραμμα Διαλογής στην Πηγή) στις θέσεις εργασίας που προβλέπονται για το σκοπό αυτό, στους θαλάμους χειροδιαλογής του ..... , καθώς και των εργασιών συλλογής μικροαπορριμμάτων από τους εξωτερικούς χώρους του ..... και του ..... με εργατικό προσωπικό, δ) την υποστήριξη των εργασιών διαλογής ογκωδών απορριμμάτων στο χώρο προσωρινής αποθήκευσης του ..... με εργάτες και χειριστές μηχανημάτων έργου, ε) την υποστήριξη των εργασιών στην υποδιεύθυνση Κομποστοποίησης του ..... με τεχνικό προσωπικό, εργάτες και χειριστές μηχανημάτων έργου, στ) την υποστήριξη των εργασιών συλλογής στερεών αποβλήτων (σύμμεικτων απορριμμάτων, ανακυκλώσιμων υλικών και ογκωδών αντικειμένων) στα όρια της ..... με οδηγούς και εργατικό προσωπικό, ζ) την υποστήριξη της οικονομικής διαχείρισης στη Διεύθυνση Διοικητικών & Οικονομικών Υπηρεσιών της ..... , με Λογιστή Τ.Ε., η) την υποστήριξη της τεχνικής λειτουργίας στη Διεύθυνση Τεχνικής Υπηρεσίας της ..... με Πολιτικό Μηχανικό Π.Ε. και Μηχανικό Φυσικών Πόρων & Περιβάλλοντος Τ.Ε.». Η παρούσα σύμβαση δεν υποδιαιρείται σε τμήματα, δεδομένου ότι για την ορθή εκτέλεση των ανωτέρω εργασιών απαιτείται το σύνολο του ζητούμενου προσωπικού. Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά: βάσει τιμής. Οι παρεχόμενες υπηρεσίες κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): 90510000 Υπηρεσίες επεξεργασίας και διάθεσης μη επικίνδυνων απορριμμάτων και απόβλητων και συμπληρωματικού CPV:



## Αριθμός απόφασης: Α 462 / 2018

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).

7. 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».

8. 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. Ετέρωθεν, δεν θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. 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.

Αριθμός απόφασης: Α 462 / 2018

9. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

10. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.), γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί 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.

11 Επειδή, εν προκειμένω, ο προσφεύγων στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον του στο γεγονός ότι έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά του στον επίδικο Διαγωνισμό και εύλογα προσδοκά να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενος ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη, κατά το μέρος που με αυτήν, παρά το νόμο και

## Αριθμός απόφασης: Α 462 / 2018

την επίδικη Διακήρυξη αποκλείστηκε η προσφορά του και αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης ο έτερος διαγωνιζόμενος. Συνεπώς, αν γίνει δεκτή η κρινόμενη, ο προσφεύγων δύναται να αναδειχθεί ανάδοχος της επίδικης σύμβασης. Ειδικότερα, ως ισχυρίζεται ο προσφεύγων α) η προσβαλλόμενη δεν φέρει επαρκή και ειδικώς εμπειριστατωμένη αιτιολογία αναφορικά με τον αποκλεισμό του προσφεύγοντα, δηλαδή η προσβαλλόμενη Απόφαση απλά αναφέρει, χωρίς ωστόσο να αιτιολογεί και να θεμελιώνει στο σκεπτικό της, γιατί ο προσφεύγων δεν διαθέτει το απαιτούμενο βάσει της Διακήρυξης προσωπικό, β) το υποβληθέν ΕΕΕΣ του οικονομικού φορέα με την επωνυμία

είναι ελλιπές κατά περιεχόμενο και για τον λόγο αυτό θα έπρεπε να έχει απορριφθεί η προσφορά του, γ) ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία

«...» όρισε όλα τα αρχεία της προσφοράς του ως «ΕΜΠΙΣΤΕΥΤΙΚΟ», με αποτέλεσμα να μην είναι φανερά προς αξιολόγηση από το προσφεύγοντα, κατά παράβαση των θεμελιωδών αρχών της ίσης μεταχείρισης, της διαφάνειας, της τυπικότητας, της αντικειμενικότητας και της αμεροληψίας και της διάταξη του άρθρου 21 παρ. 3, 4 & 5 του Ν. 4412/2016 (άρθρο 21 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), και δ) ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία

προσέφερε ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά και για τον λόγο αυτό θα έπρεπε να αποκλειστεί.

12. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διάγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται

Αριθμός απόφασης: Α 462 / 2018

μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου. (ΣΤΕ: ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

13. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε δε περίπτωση ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή του θα πρέπει να γίνει δεκτή. Επέκεινα οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί του περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και των τιθέμενων από τη Διακήρυξη όρων, που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη και με την κρίση αυτής, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχουν δε τεχνική κρίση που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

14. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντα, της αναθέτουσας αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και της προόδου στο επόμενο στάδιο, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της κρίσης επί της προσφοράς του προσφεύγοντα και του προσωρινού μειοδότη, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη έτερη εκτελεστή πράξη της Αναθέτουσας Αρχής, οδηγώντας τοιοιτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, τα οποία δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας.

15. Επειδή, εξάλλου, 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 διαγωνιστικής διαδικασίας, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή μεταβίβαση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης

### Αριθμός απόφασης: Α 462 / 2018

αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης ή έκδοσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με το στάδιο αυτό και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα είναι άκυρες.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανάρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

17. Επειδή, επέκεινα νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα, ενώ η υπό εξέταση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη.

18. Επειδή, η ΑΑ έχει στείλει τις απόψεις της, στις οποίες δεν αναφέρει κανένα λόγο δημοσίου συμφέροντος υπέρ της μη χορήγησης της αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας.

19. Επειδή, σε κάθε περίπτωση κατά την κρίση του παρόντος Κλιμακίου υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα, προκειμένου να χορηγηθεί αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων.

### **Για τους λόγους αυτούς**

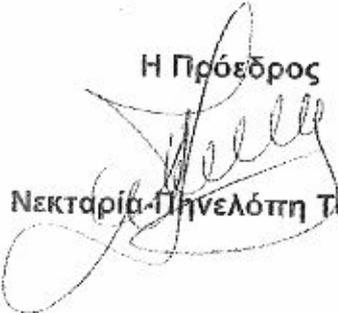
Δέχεται το αίτημα αναστολής του προσφεύγοντος.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας με αριθμό ..... με εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ευρώ 8.282.770,19 συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24% (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: € 6.679.653,38 ΦΠΑ: €1.603.116,81), με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ ..... μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 462 / 2018

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 18  
Οκτωβρίου 2018.

Η Πρόεδρος

  
Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη

Η Γραμματέας

  
Γεωργία Παν. Ντεμερούκα