

**Αριθμός απόφασης: Α 48 / 2020**

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 30 Ιανουαρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 23.1.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 67/23.1.2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στη ....., επί της οδού ....., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της Ανώνυμης Εταιρείας ΔΗΜΟΤΙΚΑ ΠΑΡΚΙΝΓΚ ΔΗΜΟΥ ..... και δη κατά της με αρ. .... Διακήρυξης του ως άνω αναθέτοντος φορέα ηλεκτρονικού, δημόσιου, ανοικτού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την παραχώρηση της λειτουργίας των δημοτικών χώρων στάθμευσης .... και ..., με κριτήριο κατακύρωσης την χαμηλότερη τιμή για ένα έτος, που προκηρύχθηκε με την ως άνω Διακήρυξη με ΑΔΑΜ στο ΚΗΜΔΗΣ .... και συστημικό αύξοντα αριθμό στο ΕΣΗΔΗΣ ..., εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας ύψους 96.000,00€ πλέον Φ.Π.Α., για τους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προκείμενης Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο ηλεκτρονικό

## **Αριθμός απόφασης: Α 48 / 2020**

παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ..... ποσού 600,00€, που αποτελεί και το κατά νόμον κατώτατο ποσό παραβόλου, δεδομένου ότι υπολογίζεται επί του 0,5% της προϋπολογισθείσας δαπάνης της προς ανάθεση σύμβασης άνευ ΦΠΑ, η αξία της οποίας εν προκειμένω ανέρχεται συνολικά στο ποσό των 96.000,00€ άνευ ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η οποία χρεώθηκε στο 2<sup>ο</sup> Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 23.1.2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, η προσφεύγουσα, πέραν του αιτήματος να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη, επιπλέον επιδιώκει να ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της, ιδίως δε η διαδικασία σχετικά με την αποσφράγιση των προσφορών.

3. Επειδή, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου (άρ. 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2, Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017).

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του κύριου αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της υπόψη σύμβασης, που ανέρχεται σε ποσό 96.000,00€ άνευ ΦΠΑ καθώς και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση στο ΚΗΜΔΗΣ την 13.1.2020) εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς και του Ν. 4412/2016 (αρ. 6 παρ. 1, 61 παρ. 1). Συνακόλουθα, η κρινομένη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του ως άνω νόμου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, ως ισχύει, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οποία: «1 Σε περίπτωση προσφυγής κατά πράξης της αναθέτουσας αρχής, η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής είναι: (α) ... (β) ... (γ) δέκα (10) ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης που βλάπτει

### **Αριθμός απόφασης: Α 48 / 2020**

τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα. Ειδικά για την άσκηση προσφυγής κατά προκήρυξης, η πλήρης γνώση αυτής τεκμαίρεται μετά την πάροδο δεκαπέντε (15) ημερών από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ», αφού η προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή στις 23.1.2020, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης ως άνω νόμιμης προθεσμίας, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη πράξη/διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 13.1.2020 και επιπλέον, ως η προσφεύγουσα δηλώνει στο έντυπο της προσφυγής της, έλαβε γνώση του κειμένου της διακήρυξης την 13.1.2020.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα διά της υπό εξέταση προσφυγής της στρέφεται κατά της της με αρ. 15/13.1.2020 Διακήρυξης της Ανώνυμης Εταιρείας ΔΗΜΟΤΙΚΑ ΠΑΡΚΙΝΓΚ ΔΗΜΟΥ .... με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την παραχώρηση της λειτουργίας των δημοτικών χώρων στάθμευσης ..... και ....., ισχυριζόμενη ότι η επίμαχη διακήρυξη περιέχει όρο παράνομο, ασύνδετο και δυσανάλογο προς το αντικείμενο της καθώς και καταχρηστικό, παραβιάζοντας ούτως τις αρχές της ανάπτυξης υγιούς ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης των προσφερόντων με συνέπεια να βλάπτεται και να παρεμποδίζεται η προσήκουσα συμμετοχή της στον διαγωνισμό, παρεμποδίζοντας την και πάντως καθιστώντας την άκρως δυσχερή. Διατείνεται πιο συγκεκριμένα η προσφεύγουσα ότι είναι μη νόμιμος ο όρος 2.2.5 περ. β της επίμαχης διακήρυξης σχετικά με την Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, όπου ορίζεται ότι: «Η επάρκεια της οικονομικής και της χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου Αναδόχου αποδεικνύεται: α) [...] β) κατά την διάρκεια της τελευταίας κλεισμένης χρήσης (2018) πριν την δημοσίευση της παρούσας να έχουν εκτελέσει ανάλογες συμβάσεις λειτουργίας χώρων στάθμευσης με κύκλο εργασιών ύψους τουλάχιστον 150.000,00€ (άνευ ΦΠΑ)». Για τον λόγο δε αυτό, στοιχειοθετεί προσωπικό, ενεστώσ, άμεσο και πραγματικό έννομο συμφέρον να προσβάλλει τον σχετικό όρο της διακήρυξης ως μη νόμιμο και αντίθετο με το εθνικό και κοινοτικό δίκαιο που αφορά, τόσο στην νομιμότητα, όσο και στην ουσία της υπόθεσης, ζητώντας την ακύρωση της ως προς τον όρο της παραγράφου 2.2.5 περ. β' αυτής που παραβιάζει το Ν.4412/2016., καθόσον

## **Αριθμός απόφασης: Α 48 / 2020**

υποστηρίζει ότι αντιβαίνει στην νομιμότητα, παραβιάζει την αρχή της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας και οδηγεί σε νόθευση του ανταγωνισμού.

7. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1 και 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 το δικαίωμα προδικαστικής προσφυγής επιφυλάσσεται σε όποιον έχει εν γένει συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση, συνεπώς και σε όποιον έχει ενδιαφέρον για συμμετοχή σε διαγωνισμό, όπερ μεθερμηνευόμενο στην περίπτωση της προσβολής όρου διακήρυξης καλύπτει και όποιον προτίθεται μεν να υποβάλει προσφορά πλην όμως η μη νομιμότητα ή η ασάφεια των όρων αυτής ενδέχεται να οδηγήσουν στον αποκλεισμό του, άρα και στην ατελέσφορη υποβολή προσφοράς ή σε συμμετοχή του σε διαδικασία παραβιάζουσα τις αρχές της ισότητας, της διαφάνειας και ιδίως του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με συνέπεια να διακινδυνεύονται τα συμφέροντα του στην ανάθεση της σύμβασης.

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, η προσφεύγουσα προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και έχει εύλογο ενδιαφέρον και προτίθεται να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος των προσβαλλόμενων με την υπόψη διακήρυξη όρων, καθίσταται ιδιαίτερος δυσχερής έως αδύνατη η συμμετοχή της και η υποβολή της προσφοράς της. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα αιτείται την διασφάλιση του ως άνω δικαιώματος της, ήτοι της δυνατότητας της να συμμετάσχει εντέλει στον υπόψη διαγωνισμό και να αξιολογηθεί επί ίσοις όροις αφού ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της επίμαχης διακήρυξης, θεμελιώνοντας την ύπαρξη προσωπικού, άμεσου και ενεστώτος έννομου συμφέροντος της για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ' αυτής βλάβη της.

9. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, διότι τυχόν πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας θα δημιουργήσει δυσχερώς αναστρέψιμες καταστάσεις και ως εκ τούτου επιβάλλεται η χορήγηση εν προκειμένω αναστολής.

### **Αριθμός απόφασης: Α 48 / 2020**

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το με αρ. πρωτ. 57/30.1.2020 έγγραφο της αποστέλλει τις απόψεις της στο επιληφθέν κλιμάκιο της ΑΕΠΠ αιτούμενη την απόρριψη της προσφυγής αλλά και διατυπώνοντας ισχυρισμούς περί αναρμοδιότητας της ΑΕΠΠ, ισχυριζόμενη συναφώς ότι δεν υπάγεται η εταιρεία με την επωνυμία «Δημοτικά Πάρκινγκ Δήμου ....» και διακριτικό τίτλο «.....» στο Ν. 4412/2016.

11. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού προκύπτει ότι ενώ καταληκτική ημερομηνία υποβολής (αλλά και αποσφράγισης) προσφορών είχε ορισθεί η 28.1.2020, η αναθέτουσα αρχή παρέκτεινε την προθεσμία κατά 6 ημέρες, ήτοι μέχρι την 3.2.2020 και ώρα 12:00.

12. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι πέραν των προϋποθέσεων του παραδεκτού που αυτή πληροί, επιπλέον, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παράνομων και καταχρηστικών όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης δεν μπορεί να απορριφθούν ως προδήλως αβάσιμοι. Οριστική κρίση, ωστόσο, επί της ουσίας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος φορέα δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής. Περαιτέρω οριστική κρίση αναφορικά και με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής περί αναρμοδιότητας εν προκειμένω της ΑΕΠΠ θα διαληφθεί ομοίως κατά την έκδοση της οριστικής απόφασης από την ΑΕΠΠ. Σημειώνεται εντούτοις ότι στη προσβαλλόμενη διακήρυξη όχι μόνο διατυπώνεται στο παρατεθέν σε αυτή θεσμικό πλαίσιο ότι η υπόψη σύμβαση εντάσσεται στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 αλλά συμπεριλαμβάνεται και ειδικό κεφάλαιο (3.4) με τίτλο Προδικαστικές Προσφυγές –Προσωρινή Δικαστική Προστασία, όπου αποτυπώνεται ενδελεχώς η διαδικασία άσκησης προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ.

### **Αριθμός απόφασης: Α 48 / 2020**

13. Επειδή, η ενδεχόμενη ζημία της προσφεύγουσας και της αναθέτουσας αρχής εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου αυτού στο επόμενο στάδιο, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Τούτο, διότι, μεσοσύσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της διακήρυξης, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας, τίθεται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμες τις έτερες εκτελεστές πράξεις της προσωρινής και οριστικής κατακύρωσης, προξενώντας ούτως πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν επιλοχώσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα των προσβαλλομένων όρων στο πλαίσιο της εξέτασης της προκείμενης προσφυγής. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της έχει ήδη προσδιοριστεί, δια της με αριθμ. 98/2020 Πράξεως του Προέδρου του 2<sup>ου</sup> Κλιμακίου, για την 28<sup>η</sup>.2.2020, η όποια επίπτωση από την διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή, τη προσφεύγουσα 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 του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ανεξάρτητα από το περιεχόμενο του ειδικότερου αιτήματος της προσφεύγουσας, η ΑΕΠΠ έχει αυτεπάγγελη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

14. Επειδή, δεδομένων τούτων, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των

### **Αριθμός απόφασης: Α 48 / 2020**

διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η διαδικασία, ήτοι αποσφραγιστούν οι προσφορές και αναδειχθεί ενδεχομένως προσωρινός ανάδοχος. Η αναστολή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (βλ. σκ. 13), χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

15. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αρ. .... Διακήρυξη της Ανώνυμης Εταιρείας ΔΗΜΟΤΙΚΑ ΠΑΡΚΙΝΓΚ ΔΗΜΟΥ ..... ηλεκτρονικού, δημόσιου, ανοικτού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την παραχώρηση της λειτουργίας των δημοτικών χώρων στάθμευσης ..... και ....., με κριτήριο κατακύρωσης την χαμηλότερη τιμή για ένα έτος, και ιδίως αναστέλλει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών της ως άνω διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της υπό εξέταση Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 30 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 31 Ιανουαρίου 2020.

**Αριθμός απόφασης: Α 48 / 2020**

**Ο Πρόεδρος**

**Κωνσταντίνος Κορομπέλης**

**Η Γραμματέας**

**Τζέιμου Γιάννακα**