

Η

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

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 19 Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος και Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και
Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 10-
12-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών
Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1319/11-12-2018 προδικαστικής προσφυγής του
οικονομικού φορέα «.....», νομίμως
εκπροσωπούμενου.

Κατά του αναθέτοντα φορέα «.....»
(.....), νομίμως εκπροσωπούμενου.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια
Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων
επιδιώκει την ακύρωση εκτελεστής διοικητικής πράξης και δη της
..... διακήρυξης ηλεκτρονικού διαγωνισμού με ανοιχτή διαδικασία
για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια
«.....», CPV, προϋπολογισθείσας
δαπάνης 83.850,00€, εκ του οποίου το ποσό των 64.500€ αφορά στην υπό
ανάθεση ποσότητα και το ποσό των 19.350€ το δικαίωμα προαίρεσης, που
αντιστοιχεί σε ποσοστό 30% (μη συμπ/νου ΦΠΑ) πλέον του αναλογούντος
ΦΠΑ, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών και ηλεκτρονικής

Αριθμός απόφασης: Α 554/2018

αποσφράγισης των προσφορών την 20-12-2018 και ώρα 10.00 π.μ. και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Ο διαγωνισμός θα διεξαχθεί ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος «sourceONE» ηλεκτρονικών διαγωνισμών της εταιρίας «cosmoONE» για λογαριασμό του, η δε διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με ΑΔΑΜ Συγχρόνως, με το συνημμένο στην προδικαστική προσφυγή αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων του, ο αιτών επιδιώκει να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης διακήρυξης, άλλως η σύναψη της σύμβασης, έως και την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

2. Επειδή, ειδικότερα με την υπόψη προσφυγή ο οικονομικός φορέας «.....» προβάλλει παράνομη προσθήκη στο άρθρο για τους δικαιούμενους συμμετοχής της υπόψη διακήρυξης. Ειδικότερα επικαλείται ότι δυνάμει του άρθρου 255 του νόμου 4412/2016 προβλέπονται περιοριστικά - γι' αυτό και η αναλυτική αναφορά τους - οι δικαιούμενοι συμμετοχής ως υποψήφιοι ανάδοχοι και οι δικαιούμενοι προς υποβολή προσφοράς. Περαιτέρω το άρθρο 314 του ίδιου νόμου, το οποίο ενσωματώνει στο εθνικό δίκαιο το άρθρο 85 του τέταρτου τμήματος της οδηγίας 2014/25/ΕΕ, προβλέπει ειδικά για τις προσφορές που περιέχουν προϊόντα καταγωγής τρίτων χωρών. Παρά ταύτα, η προσθήκη στο άρθρο 6 της προσβαλλόμενης διακήρυξης, με την οποία *«διευκρινίζεται ότι, από τις παραπάνω περιπτώσεις δεν αποκλείονται σε καμία περίπτωση χώρες που είναι σε διαδικασία υπογραφής σύμβασης κατά το στοιχείο γ συμπεριλαμβανομένων των παρατηρητών-observers- καθώς και χώρες που έχουν υπογράψει συμφωνίες προώθησης και αμοιβαίας προστασίας επενδύσεων ή ανάλογες οικονομικές συμφωνίες/συμβάσεις με την Ελλάδα»*, είναι, κατά τον προσφεύγοντα, προδήλως παράνομη. Τούτο διότι οι δικαιούμενοι να συμμετέχουν στους δημόσιους διαγωνισμούς των οποίων οι αναθέτουσες αρχές εδρεύουν στις χώρες της Ευρωπαϊκής Ένωσης, προβλέπονται και αριθμούνται περιοριστικά στην ανωτέρω διάταξη. Η συγκεκριμένη νομοθετική πρόβλεψη του νόμου 4412/2016 εισήχθη κατ' εφαρμογή της 25/ΕΕ οδηγίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και ο σκοπός που εξυπηρετεί είναι ο αποκλεισμός από τις δημόσιες ευρωπαϊκές διαγωνιστικές διαδικασίες προσφερόντων από τρίτες χώρες, οι οποίες δεν πληρούν τους

Αριθμός απόφασης: Α 554/2018

όρους συμμετοχής που διαλαμβάνονται στην οδηγία και στο νόμο. Εν προκειμένω, ελλοχεύει ο κίνδυνος συμμετοχής κινεζικών κυρίως εταιριών, στις οποίες, καθώς και στη χώρα προέλευσής τους, συντρέχουν σημαντικά ασυμβίβαστα. Η Κίνα, πχ, είναι παρατηρητής στον Παγκόσμιο Οργανισμό Εμπορίου (ΠΟΕ) από το 1996, χωρίς να δύναται να ανταποκριθεί στα προαπαιτούμενα της μετάβασής της σε καθεστώς συμβαλλόμενου. Οι λόγοι για τους οποίους επί είκοσι δύο (22) συναπτά έτη δεν γίνεται δεκτή ως συμβαλλόμενο μέλος του ΠΟΕ παρίστανται άκαμπτοι, διότι αφενός προσκρούουν στις διατάξεις περί κρατικής επιχορήγησης και αφετέρου σε αυτές περί παιδικής εργασίας στη χώρα. Ειδικότερα, όλες αυτές οι εταιρίες είναι δημόσιου χαρακτήρα και επιχορηγούνται από το κράτος για την λειτουργία και την παραγωγική τους δραστηριότητα. Περαιτέρω, επιχορηγούνται ομοίως και για την εξαγωγική τους δραστηριότητα. Συνεπώς, και μόνον με τη συνθήκη αυτή είναι απορριπτές από τους δημόσιους διαγωνισμούς, κατά τον προσφεύγοντα. Πέραν δε των κρατικών επιχορηγήσεων, σημαντικό εμπόδιο αποτελεί η εκτεταμένη παιδική εργασία στη χώρα αυτή, αλλά και σε πλειάδα τρίτων χωρών με φθηνά προϊόντα, ώστε και μόνο αυτή να καθιστά απαγορευτική τη συμμετοχή τους στους διαγωνισμούς του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου. Με την προσβαλλόμενη διακήρυξη παρέχεται η δυνατότητα συμμετοχής, στον εν θέματι διαγωνισμό, σε προσφέροντες από αυτές τις χώρες, τις οποίες ο ΠΟΕ και η ΕΕ προσπαθούν με το ανωτέρω νομοθετικό πλαίσιο να αποκλείσουν από τους δημόσιους Ευρωπαϊκούς διαγωνισμούς. Εάν ο νομοθέτης ήθελε να επιτρέψει τέτοιες συμμετοχές θα τις περιλάμβανε στις χώρες που περιοριστικά αναφέρει ως αποδεκτούς υποψηφίους στο άρθρο 255 του νόμου 4412/2016. Ο προσφεύγων προς απόδειξη του ισχυρισμού του περί υπερβολικής, αναιτιολόγητης και φωτογραφικής απαίτησης, επικαλείται τον υπ' αριθμόν διακήρυξης 508805/2018-08-01, τρέχοντα διαγωνισμό του ΔΕΔΔΗΕ για την προμήθεια τριφασικών μετασχηματιστών, προϋπολογισμού 10.479.750, στον οποίο δεν διαλαμβάνονται ουδόλως παρεξηγήσιμες και φωτογραφικές διατάξεις. Το ίδιο ισχύει και στους τρέχοντες διαγωνισμούς της ΔΕΗ, οι οποίοι είναι πλέον εναρμονισμένοι με την ισχύουσα νομοθεσία και δεν επιτρέπουν παράνομες συμμετοχές.(π.χ ο τρέχων ΔΥΠ 52318019). Και ο ακόμα, ως αναθέτουσα αρχή στους λοιπούς διαγωνισμούς προμηθειών που

Αριθμός απόφασης: Α 554/2018

προκηρύσσει αποφεύγει την προσθήκη φωτογραφικών διατάξεων. Χαρακτηριστικά επικαλείται ο προσφεύγων την υπ' αριθμόν ΔΔΠΕΑ/41746 προκήρυξή του για την «Μελέτη, Προμήθεια και Εγκατάσταση υπογείων και υποβρυχίων καλωδίων... για το υπόγειο τμήμα...Πάτρα-ΚΥΤ Μεγαλόπολης κλπ» προϋπολογισμού 70.000.000€, όπου απαγορεύεται η συμμετοχή σε υποψηφίους εγκατεστημένους σε χώρες που δεν γίνονται αποδεκτές στους Ευρωπαϊκούς διαγωνισμούς αλλά παρανόμως προσετέθησαν ως αποδεκτές στον παρόντα διαγωνισμό. Συνεπώς, ενώ οι κύριοι αναθέτοντες φορείς στον τομέα της ενέργειας εφαρμόζουν τη νομοθεσία χωρίς αυθαίρετες προσθήκες στους δικαιούμενους συμμετοχής, η καθής επιμένει ανεξήγητα να επιτρέψει σε ορισμένους διαγωνισμούς της τέτοιες συμμετοχές. Όμως η πράξη αυτή της αναθέτουσας αρχής συνιστά παράβαση της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας κατά τα ανωτέρω, δεδομένου ότι τα προσφερόμενα υλικά είναι καταγωγής τρίτων χωρών και συνεπώς δεν έπρεπε να γίνουν αποδεκτά. Η Κίνα, η Ινδία κλπ είναι τρίτες χώρες ως προς την Ευρωπαϊκή Ένωση και την Ελλάδα και κατά συνέπεια τα αγαθά παραγωγής και κατασκευής τους δεν μπορούν να γίνονται αποδεκτά στους δημόσιους διαγωνισμούς των κρατών μελών της ΕΕ, ιδίως αν έχουν ενσωματώσει στο εθνικό τους δίκαιο την οδηγία 2014/25/ΕΕ. Με την ανωτέρω οδηγία αποκρούει η ΕΕ τις τρίτες χώρες από την αγορά της, και πιο συγκεκριμένα αυτές που δεν επιτρέπουν ή θέτουν περιορισμούς στην προμήθεια εντός της επικράτειάς τους και δη από το δημόσιο, των προϊόντων των χωρών της ΕΕ. Όσες τρίτες χώρες αντιλαμβάνονται τις προμήθειες αγαθών και το ακώλυτο εμπόριο στη βάση της αρχής της αμοιβαιότητας συνάπτουν συμφωνίες με την ΕΕ, οι οποίες επιτρέπουν την αμοιβαία συμμετοχή στους εκατέρωθεν διαγωνισμούς προμηθειών. Η Σερβία, η Ινδία, ή η Κίνα όμως π.χ., για τα προϊόντα της οποίας πιθανολογείται ότι τίθενται οι προσθήκες εξαιτίας της μετοχικής σύνθεσης της καθ' ής, δεν εμπίπτουν σε αυτήν την κατηγορία και δεν έχουν συνάψει τέτοια σύμβαση με την ΕΕ, ούτε η θέση τους ως παρατηρητή δύναται να τους εξασφαλίσει νόμιμη συμμετοχή στους ευρωπαϊκούς διαγωνισμούς, καθόσον δεν συμμορφώνονται με τις υποχρεώσεις που έχουν αναλάβει, ιδίως στο πεδίο του ανταγωνισμού και των κρατικών επιχορηγήσεων. Με τον τρόπο αυτό αντιμετωπίζεται το ζήτημα των κρατικών προμηθειών μεταξύ των μελών της ΕΕ και των τρίτων χωρών. Ευρύτερα το θέμα αυτό ρυθμίζεται από την

Αριθμός απόφασης: Α 554/2018

πλειομερή Συμφωνία για τις δημόσιες προμήθειες (ΣΔΠ) από τον Παγκόσμιο Οργανισμό Εμπορίου. Όμως η Κίνα δεν έχει προσχωρήσει ούτε σε αυτή την Συμφωνία του ΠΟΕ και απέχει από την υπογραφή της. Δεν πληροί καμία προϋπόθεση του άρθρου 255 του ν. 4412/2016, που να κατατείνει στο παραδεκτό της αποδοχής των προσφερομένων υλικών. Καίτοι είναι προφανές ότι οι διατάξεις και η αιτιολογική τους βάση είναι σαφέστατες, θα χρησίμευε και στον πλέον δύσπιστο ως πειστικό ερμηνευτικό εργαλείο η παράγραφος 5 του άρθρου 85 της 2014/25/ΕΕ. Επίσης το άρθρο 86 της εν θέματι οδηγίας δεν περιορίζεται στην υποχρέωση παρακολούθησης της πρόσβασης των επιχειρήσεων της ΕΕ στις τρίτες χώρες, αλλά εισάγει και την έννοια των κυρώσεων προς όσες όχι μόνο δεν συνάπτουν μαζί της συμφωνίες αμοιβαίας αποδοχής αγαθών αλλά εμποδίζουν στην πράξη την αμοιβαία πρόσβαση. Αν επιτραπεί η συμμετοχή στον εν θέματι διαγωνισμό όσων παρανόμως και αυθαιρέτως προσετέθησαν στο άρθρο 255 του ν. 4412/2016 περί δικαιούμενων συμμετοχής, νοθεύεται ευθέως η διαγωνιστική διαδικασία, αφού εκτίθεται σε αθέμιτο ανταγωνισμό και καταστρατηγείται με τον τρόπο αυτό και η αρχή της ίσης μεταχείρισης, καθώς οι συμμετέχοντες από τρίτες χώρες δεν υποβάλλονται στα κόστη των ευρωπαϊκών εταιριών που δεν επιδοτούνται για την παραγωγή και την εξαγωγή των προϊόντων τους, ενώ τηρούν και την εργατική νομοθεσία που απαγορεύει τη μαύρη (αδήλωτη) καθώς και την παιδική εργασία.

3. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με τις από 13-12-2018 κατατεθείσες ενώπιον της ΑΕΠΠ απόψεις του επί του αιτήματος του προσφεύγοντος περί χορήγησης προσωρινής προστασίας, αιτείται την απόρριψή του υποστηρίζοντας ότι η προμήθεια του ως άνω υλικού είναι εξαιρετικά κρίσιμη για την ομαλή τροφοδότηση της χώρας με ηλεκτρική ενέργεια. Το ομοαξονικό καλώδιο υψηλής συχνότητας (HF,75 Ω) υπόγειας εγκατάστασης, χρησιμοποιείται για την υλοποίηση του φερεσυχνιακού τηλεπικοινωνιακού δικτύου του, ο οποίος χρησιμοποιείται για τον έλεγχο, την εποπτεία και τον τηλεχειρισμό των Υ/Σ και των σταθμών παραγωγής του Συστήματος από τα Κέντρα Ελέγχου Ενέργειας του καθώς και την τηλεπροστασία των Γραμμών Μεταφοράς. Ως εκ τούτου μια ενδεχόμενη – έστω και μικρής έκτασης- καθυστέρηση στην ολοκλήρωση της προμήθειας δύναται να έχει ως συνέπεια ουσιώδεις δυσχέρειες στη λειτουργία του

Αριθμός απόφασης: Α 554/2018

Συστήματος. Σε κάθε δε περίπτωση, ελλείπει αποθέματος του υπό προμήθεια υλικού, το ενδεχόμενο μη αναστρέψιμου γενικού black-out είναι υπαρκτό. Περαιτέρω δε, ενόψει της αξίας του παραπάνω υλικού είναι νομικά αδύνατο ο αναθέτων φορέας να το προμηθευθεί προσφεύγοντας με διαδικασίες κατεπείγουσες (όπως αυτή της διαδικασίας με διαπραγμάτευση και της απευθείας ανάθεσης. Εξάλλου, η προσφυγή στις ως άνω κατεπείγουσες διαδικασίες και νομικά προβληματική και χρονοβόρα θα είναι. Επιπλέον το οικονομικό αποτέλεσμα θα είναι πολύ αρνητικό για τον φορέα, καθώς κατά τις άνω διαδικασίες δεν αναπτύσσεται επαρκής ανταγωνισμός. Εν προκειμένω υφίστανται, κατά τον αναθέτοντα φορέα, επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος συνιστάμενοι στη διασφάλιση της εύρυθμης λειτουργίας του συστήματος μεταφοράς ηλεκτρικού ρεύματος, οι οποίοι κωλύουν την χορήγηση της αιτούμενης αναστολής (ΕΑ ΣτΕ 534/2011 σκ. 6 με εκτενή παραπομπή σε συναφή νομολογία). Σε κάθε περίπτωση, οι αντικρουόμενες θέσεις του αναθέτοντα φορέα και του προσφεύγοντος δύνανται να εξισορροπηθούν με την έκδοση απόφασης που δεν αναστέλλει εν όλω την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά δεν επιτρέπει την πρόοδο αυτής από ένα σημείο και έπειτα (π.χ. από το άνοιγμα των τεχνικών προσφορών και πριν το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών). Εξάλλου, ακόμη και αν ήθελε υποτεθεί ότι η προσφυγή θα κριθεί βάσιμη κατά την τακτική δικάσιμο, ο προσφεύγων έχει δικαίωμα να συμμετάσχει στον διαγωνισμό με επιφύλαξη και, ως εκ τούτου, μια κατά τα ως άνω απόφαση επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας δεν πρόκειται να του επιφέρει την παραμικρή βλάβη.

4. Επειδή, το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως, κατά τις διατάξεις των άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται σε εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω προσφυγής, βάσει της ρητής οικείας ευχέρειας που απονέμει το άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόν παρεμβαίνοντος ή του αναθέτοντα φορέα. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων, όπως κρίθηκε και στην απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3/2017 (σκέψη 2), προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια προσωρινά

Αριθμός απόφασης: Α 554/2018

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. Επειδή δε, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 της ως άνω απόφασης ΑΕΠΠ 3/2017 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 έννοια κατά την ως άνω μνημονευθείσα εξάλλου απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017, ότι το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, αναφέρεται 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, ήτοι πρώτον την κρίση περί τυχόν προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου της προσφυγής, με την πιθανολόγηση επί του προδήλως αβασίμου να αφορά την έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία νομικού πλαισίου, 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 την αναστολή 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 (βλ. και Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 3,6 και 8/2017).

5. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ’ άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 600,00 €, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του μέσω της τράπεζας ALPHA, εμπρόθεσμα και παραδεκτά ασκείται κατά τα λοιπά.

6. Επειδή, η διακήρυξη υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω

Αριθμός απόφασης: Α 554/2018

εκτιμώμενης αξίας της στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με το άρθρο 379 παρ. 7 του ν.4412/2016. Περαιτέρω, η προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (γ), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την εν γένει άσκηση της ως προσφυγής, αφού, όπως δηλώνει, είναι εισαγωγική και εμπορική εταιρία που κατά τα τελευταία 30 έτη προμηθεύει κατά κύριο λόγο τη ΔΕΗ, τον και το ΔΕΔΔΗΕ με μετασχηματιστές, αυτομετασχηματιστές και λοιπά υλικά και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό προσφέρουσα υλικά καταγωγής Ευρωπαϊκής Ένωσης. Ωστόσο, κατά δήλωσή του, θα υποστεί ως συμμετέχων βέβαιη βλάβη και ζημία, καθώς ως ευρωπαϊκή επιχείρηση και προσφέρουσα προϊόντα αμιγώς ευρωπαϊκής καταγωγής δεν δύναται να προσφέρει φθηνότερη, ανταγωνιστική και πλέον συμφέρουσα τιμή από τους υποψηφίους των τρίτων. Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη. Ομοίως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους και ερμηνεία, ως και υπαγωγή τους ως προς τους όρους της διακήρυξης σε αντιπαραβολή δε και με οικεία ερμηνεία του νόμου.

7. Επειδή, τεκμαίρεται ότι δεν υφίστανται υπέρτεροι λόγοι δημοσίου συμφέροντος, οι οποίοι δεν ανάγονται στη σφαίρα επιρροής του αναθέτοντα φορέα που να κωλύουν την παροχή αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας παρά την επίκλησή τους από τον αναθέτοντα φορέα. Επιπλέον, ο αναθέτων φορέας επικαλείται την έλλειψη αποθέματος του υπό προμήθεια υλικού, η εξασφάλιση του οποίου συνιστά δική του ευθύνη (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 38/2011). Εξάλλου, σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής θα ακυρωθούν ουσιώδεις όροι της διακήρυξης, γεγονός που θα οδηγήσει σε περαιτέρω καθυστέρηση της επίμαχης προμήθειας και σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία έχει προχωρήσει σε επόμενα στάδια, θα οδηγήσει σε

Αριθμός απόφασης: Α 554/2018

ανεπανόρθωτες ή δυσχερώς αναστρέψιμες καταστάσεις (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκέψεις 92-95). Συνεπώς, η ζημία του προσφεύγοντος, του αναθέτοντα φορέα, αλλά και των τυχόν παρεμβαινόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α19 και Α101/2017, Α91/2018). Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της διακήρυξης, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας τίθεται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα δικαίωση του προσφεύγοντος, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη τη συνέχιση του διαγωνισμού, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση του αναθέτοντα φορέα να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν επιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου κριθεί η προκείμενη προδικαστική προσφυγή. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της υπ' αρ. 1720/2018 Πράξης της Προέδρου 3ου Κλιμακίου για την 28-12-2018, 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 στον αναθέτοντα φορέα, στον προσφεύγοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο συνέχισης της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά της, διαφοράς. Σε κάθε περίπτωση, η εν προκειμένω χορήγηση προσωρινού μέτρου ανασταλτικού χαρακτήρα, η οποία, δεδομένων των παραπάνω θα καλύπτει το διάστημα από την έκδοση της παρούσας έως και την έκδοση απόφασης επί της εξεταζόμενης την 28-12-2018 προσφυγής και για το διάστημα 20 ημερών, κατά το οποίο η Α.Ε.Π.Π. κατ' αποκλειστική προθεσμία, κατ' αρ. 18 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, οφείλει να εκδώσει την οικεία απόφαση, παρίσταται ως σκόπιμη, προεχόντως προς προστασία των ιδίων των συμφερόντων του αναθέτοντα φορέα.

Αριθμός απόφασης: Α 554/2018

8. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή της αποσφράγισης των προσφορών έως και την 17η Ιανουαρίου 2019. Η παράταση αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό του αναθέτοντα φορέα δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία, πλην 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, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα του αναθέτοντα φορέα για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την ενδιάμεση και εντός του χρόνου της χορηγούμενης αναστολής, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

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

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη την αποσφράγιση των προσφορών έως και την 17^η Ιανουαρίου 2019.

Διατάσσει τον αναθέτοντα φορέα όπως άμεσα διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω παρατάσεως και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 19-12-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΑΝΩΛΟΓΛΟΥ ΜΑΡΙΑ**