

H

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Φεβρουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Αγγελική Πουλοπούλου και
Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το συνημμένο αίτημα προσωρινών μέτρων στην από
26.2.2020 κατατεθείσα και με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 241/26-2-2020
Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «

», νομίμως εκπροσωπουμένου.

Κατά του αναθέτοντος φορέα «

», νομίμως εκπροσωπουμένου.

Ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση των υπ' αρ.

και

Αποφάσεων Προέδρου ΔΣ και Διευθύνοντος Συμβούλου
του αναθέτοντος για τη διενέργεια διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη
δημοσίευση με αντικείμενο την ανάθεση των υπηρεσιών καθαρισμού των
στεγασμένων και υπαίθριων χώρων του

για

το χρονικό διάστημα από 1-3-2020 έως 30-4-2020,
της αναθέτουσας και την ανάθεση της σύμβασης στον οικονομικό φορέα

, περί των οποίων ο προσφεύγων δηλώνει γνώση την
25-2-2020 (εφεξής «πρώτη προσβαλλομένη» και «δεύτερη προσβαλλομένη»
αντίστοιχα), ως και κάθε άλλης συναφούς πράξης ή παράλειψης του
αναθέτοντος.

Με το συνημμένο στην προσφυγή του αίτημα προσωρινών μέτρων, ο προσφεύγων ζητά την αναστολή προόδου της ως άνω διαδικασίας, ιδίως δε

κάθε ενέργειας που κατατείνει σε σύναψη ή εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέψης κατά το Νόμο

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

και ποσού 2.350,00 ευρώ, φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

2. Επειδή, το εξεταζόμενο αίτημα ερείδεται επί ασκούμενης την 26-2-2020 νομίμως υπογεγραμμένης προσφυγής, η οποία κατατέθηκε μέσω ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην ΑΕΠΠ, συννόμως κατ' άρ. 362 παρ. 1 εδ. β' Ν. 4412/2016, αφού η προσβαλλομένη αφορά διαδικασία μη διενεργούμενη δια του ΕΣΗΔΗΣ. Ο δε προσφεύγων έλαβε γνώση των προσβαλλόμενων πράξεων 25-2-2020, ήτοι την ίδια ημέρα που αναρτήθηκε στη ΔΙΑΥΓΕΙΑ η με αρ. πρωτ.

Απόφαση Προέδρου ΔΣ και Διευθύνοντος Συμβούλου του αναθέτοντος (ήτοι, η δεύτερη προσβαλλομένη), με την οποία εγκρίθηκε πρακτικό διαπραγμάτευσης της διαδικασίας διαπραγμάτευσης και ανατέθηκε η σύμβαση στον οικονομικό φορέα , ενώ δεν του κοινοποιήθηκε η πρώτη προσβαλλομένη και συνεπώς δεν είχε δυνατότητα γνώσης της από 12-2-2020 πρώτης προσβαλλομένης απόφασης περί διενέργειας της ως άνω διαδικασίας, η οποία κατέτεινε και αποτέλεσε το έρεισμα για την έκδοση της δεύτερης, στο πλαίσιο της διαδικασίας, που με την πρώτη προκηρύχθηκε. Άρα, καταρχήν προκύπτει ότι εμπροθέσμως ασκεί την παρούσα. Έχει δε έννομο συμφέρον για την προσφυγή του, υπό την ιδιότητά του αφενός ως νυν ανάδοχος της υπό ανάθεση υπηρεσίας, αφετέρου ως διαγωνιζόμενος σε τρέχουσα ιδίου αντικειμένου διαδικασία, αλλά και σε κάθε περίπτωση, ως δραστηριοποιούμενος στο αντικείμενο της υπό ανάθεση δια της

προσβαλλομένης σύμβασης, οικονομικός φορέας, ο οποίος όμως δεν κλήθηκε να υποβάλει προσφορά. Με την προσφυγή του δε επικαλείται παρανομία της διαδικασίας που δια της προσβαλλομένης προκηρύχθηκε, διότι πρώτον, δεν πληρούνται, κατά τους ισχυρισμούς του, οι προϋποθέσεις του άρ. 269 Ν. 4412/2016 περί διαδικασίας με διαπραγμάτευση χωρίς προηγούμενη δημοσίευση και δεύτερον, η διενεργηθείσα διαδικασία έλαβε χώρα κατά κακή χρήση της διακριτικής ευχέρειας του αναθέτοντος, λόγω μη κλήσης και του ίδιου του προσφεύγοντος προς υποβολή προσφοράς σε αυτή.

3. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται ακόμη και σε αυτεπάγγελτη εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του άρ. 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 της αναθέτουσας. 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 adhoc τα όποια Προσωρινά Μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του Προσφεύγοντος ή οιουδήποτε 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 Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017 περί του σκοπού των "καταλλήλων" προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του άρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του άρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκομένων 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 εμπλεκομένων 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 εμπλεκομένων 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 (βλ. και Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 3,6 και 8/2017).

4. Επειδή, συνεπεία όσων αναφέρθηκαν στη σκ. 2 και σε συνδυασμό με τα μνημονευθέντα στη σκ. 3, η προσφυγή δεν προκύπτει ως προδήλως απαράδεκτη ούτε ως προδήλως αβάσιμη, δεδομένου εξάλλου ότι περιέχει καταρχήν στοιχειοθετημένους και ορισμένους λόγους που χρήζουν περαιτέρω εξέτασης ομού μετά των Απόψεων και των τυχόν παρεμβάσεων και σε συνδυασμό με τα έγγραφα της διαδικασίας, εξέταση που δεν δύναται να λάβει χώρα στο όλως επιταχυμένο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας. Στο δε στάδιο παροχής προσωρινής προστασίας από την ΑΕΠΠ, προέχει όχι η διεξοδική κρίση επί του παραδεκτού ή του βασίμου της προσφυγής, αλλά η προστασία των διακυβευόμενων συμφερόντων, Επομένως, δεν συντρέχει περίπτωση διάγνωσης λόγου προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου, τουλάχιστον στο όλως περιορισμένο πεδίο εξέτασης περί προδήλου λάγου απόρριψης που αφορά το στάδιο της διαδικασίας εξέτασης περί χορήγησης προσωρινών μέτρων από την ΑΕΠΠ. Ούτως, δεν χωρεί επί οιασδήποτε εξ αυτών άρση αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης κατ' άρ. 15 παρ. 3, αλλά αντίθετα χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, του αναθέτοντος φορέα και του ήδη, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος αναδόχου, εκ της περάτωσης, εκτέλεσης και εν γένει επέλευσης εννόμων συνεπειών εκ των προσβαλλόμενων πράξεων είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ A19 και A101/2017). Τούτο αφού, πρώτον, ο προσφεύγων υφίσταται προφανή ζημία εξ αυτών, δια της οριστικής απώλειας συμβατικού αντικειμένου που θα δύνατο να διεκδικήσει είτε δια διαγωνιστικής διαδικασίας είτε και ως καλούμενος προς υποβολή προσφοράς, στη διαδικασία ως προκηρύχθηκε, ενώ, άλλωστε, δια της προόδου της διαδικασίας, η όποια προδικαστική προστασία του θα αποβεί αλυσιτελής. Δεύτερον, τα συμφέροντα του αναθέτοντος διακινδυνεύονται δια της ανάθεσης και εκτέλεσης τυχόν μη νόμιμης σύμβασης, με όποιες εις βάρος του επαπειλούμενες οικονομικές ζημίες, εφόσον γίνει δεκτή η προσφυγή και εν τέλει υποχρεωθεί μετά από ακύρωση των προσβαλλόμενων πράξεων, σε τυχόν εκατέρωθεν αποζημιώσεις, ενώ εξάλλου, επαπειλείται και η διενέργεια τυχόν μη νομίμων πληρωμών επί μη νομίμων δαπανών, με όποια ευθύνη για τον αναθέτοντα και τα οικεία όργανα του. Τρίτον και ο νυν ανάδοχος διακινδυνεύεται με την ανάληψη και εκκίνηση εκτέλεσης σύμβασης που τυχόν καταλήξει μη νόμιμη και ούτως ακυρωθεί, εξέλιξη που θα βλάψει τα οικονομικά και επιχειρηματικά συμφέροντα του, με όποια ζημία από τυχόν ανάληψη και δημιουργία εις βάρος του δαπανών για την προετοιμασία του να εκτελέσει τη σύμβαση, ως και για την εκτέλεση αυτής. Εξάλλου, ήδη δια της 318/2020 Πράξης Προέδρου 1^{ου} Κλιμακίου, η εξέταση της προσφυγής προσδιορίστηκε για την 23-3-2020, ήτοι εντός λίαν συντόμου διαστήματος στο πλαίσιο του άρ. 365 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Σε κάθε δε περίπτωση, η υπογραφή της σύμβασης ούτως ή άλλως απαγορεύεται κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016, το οποίο ιδρύει αυτοδίκαιο οικείο κώλυμα, που εξάλλου, δεν ήρθη, κατά την οικεία κατ' άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, οικεία αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με την ανωτέρω σκ. 4. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Σε κάθε περίπτωση, η εν προκειμένω χορήγηση προσωρινού μέτρου ανασταλτικού χαρακτήρα, η οποία,

Αριθμός Απόφασης :Α85/2020

δεδομένων των παραπάνω, θα καλύπτει το διάστημα από την έκδοση της παρούσας έως και την έκδοση απόφασης, παρίσταται ως σκόπιμη και προς προστασία των ιδίων των συμφερόντων του αναθέτοντος, σύμφωνα με τα ανωτέρω.

6. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο, σύμφωνα και με όσα αναφέρθηκαν στη σκ. 2 έχει και αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων. Ούτως, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοίᾳ 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 και των προσβαλλόμενων πράξεων, ως και των εννόμων συνεπειών και αποτελεσμάτων που απορρέουν από τις προσβαλλόμενες πράξεις, μεταξύ των οποίων και της εκτέλεσης της οικείας σύμβασης, έως και την έκδοση Απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προσφυγής.

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό με το περιεχόμενο της αμέσως προηγούμενης σκέψης.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το Αίτημα Λήψης Προσωρινών Μέτρων.

Διατηρεί το κατ' άρ. 364 Ν. 4412/2016 κώλυμα υπογραφής σύμβασης επί των προσβαλλομένων πράξεων και της προσβαλλομένης διαδικασίας.

Αναστέλλει την εκτέλεση των υπ' αρ. και

Αποφάσεων Προέδρου ΔΣ και Διευθύνοντος Συμβούλου του αναθέτοντος και κάθε έννομη συνέπεια και αποτέλεσμα αυτών,

Αριθμός Απόφασης :A85/2020

συμπεριλαμβανομένης της εκτέλεσης της υπό ανάθεση δια των προσβαλλόμενων πράξεων, σύμβασης, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 28 Φεβρουαρίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ



Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΓΙΩΤΗ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗ

a.o

Γιωτή Παρασκευή

