

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 30 Ιουλίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος-Εισηγητής, Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου και Μιχαήλ Σειραδάκης, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13/07/2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 674/17.07.2018 της κοινοπραξίας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην οδό, ....., νομίμως εκπροσωπούμενης από τον .....του Ευάγγελου.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «\.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου Τανάγρας και κατά της υπ. αριθ. 444/2018 (ΑΔΑ 7Υ27ΩΗΒ-Χ51) απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Τανάγρας περί έγκρισης του πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα κοινοπραξία επιδιώκει να ακυρωθεί η ως άνω προσβαλλόμενη περί έγκρισης του πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» και την ανάληψη του εν λόγω έργου από την ίδια.

Με την παρέμβαση η Παρεμβαίνουσα, επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση προσφοράς και την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή ο Δήμος Τανάγρας με την υπ. αριθ. 4393/2018 διακήρυξη, προκήρυξε Ηλεκτρονικό Ανοικτό Διαγωνισμό κάτω των ορίων με σφραγισμένες

## Αριθμός Απόφασης : 600/2018

προσφορές και κριτήριο κατακύρωσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, για την ανάδειξη Αναδόχου για την «ΒΕΛΤΙΩΣΗ – ΑΝΑΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΟΔΟΥ ΠΡΟΣΒΑΣΗΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΚΕΝΤΡΟ ΓΕΡΟΝΤΟΛΟΓΙΑΣ ΣΤΟ ΔΗΛΕΣΙ ΒΟΙΩΤΙΑΣ» συνολικού προϋπολογισμού 241.935,48€ πλέον Φ.Π.Α. 24% (58.064,52€) ήτοι τελικής αξίας 300.000,00€ (τριακοσίων χιλιάδων ευρώ) συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. με CPV 45233120-6. Συναφώς η προκήρυξη έφερε αριθμό 18PROC002890502 2018-03-30 και Α/Α ΕΣΗΔΗΣ 72163.

2. Επειδή με την ως άνω προσβαλλόμενη πράξη υπ. αριθμ. 444/2018 (Α.Δ.Α.: 7Υ27ΩΗΒ-Χ51) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Τανάγρας περί έγκρισης του Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού για τον έλεγχο δικαιολογητικών και κατακύρωσης αποτελέσματος διαγωνισμού του έργου «ΒΕΛΤΙΩΣΗ – ΑΝΑΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΟΔΟΥ ΠΡΟΣΒΑΣΗΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΚΕΝΤΡΟ ΓΕΡΟΝΤΟΛΟΓΙΑΣ ΣΤΟ ΔΗΛΕΣΙ ΒΟΙΩΤΙΑΣ», με αρ. μελέτης 13/2017, η οποία κοινοποιήθηκε στις 12/7/2018, αποφασίστηκε η κήρυξη ως προσωρινού αναδόχου του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» με προβλεπόμενη μέση τεκμαρτή έκπτωση  $E_m=60,87\%$ .

3. Επειδή με την υπό κρίση Προσφυγή της, η οποία κατετέθη την 13/07/2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά της ως άνω προσβαλλόμενης πράξης.

4. Επειδή για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο.

5. Επειδή η Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016.

7. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. γ), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, εφόσον η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε σε χρόνο μεταγενέστερο από την 26η Ιουνίου 2017.

9. Επειδή η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή η Προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή ως συμμετέχουσα υποβάλλοντας προσφορά στον επίδικο διαγωνισμό και επομένως εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.

Επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω κατ' ουσία από το 3ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π.

11. Επειδή στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι *«Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368»*.

12. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 367 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: *«1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των*

*ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ 39/2017.*

13. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π., σύμφωνα με τις προαναφερόμενες διατάξεις, επιλαμβάνεται προδικαστικών προσφυγών που στρέφονται κατά πράξεων ή παραλείψεων αναθετουσών αρχών που εκδίδονται/συντελούνται κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, όπως αυτές προσβάλλονται ενώπιον της, από κάθε πρόσωπο το οποίο έχει ή είχε έννομο συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση, εξετάζοντας τους προβαλλόμενους πραγματικούς και νομικούς ισχυρισμούς των εμπλεκόμενων μερών και αποφαινεται αιτιολογημένα.

14. Επειδή με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι «Σύμφωνα με το άρθρο 23.3 παράγραφος β.β. της διακήρυξης του έργου 'ΒΕΛΤΙΩΣΗ -ΑΝΑΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΟΔΟΥ ΠΡΟΣΒΑΣΗΣ ΠΡΟΣ ΤΟ ΚΕΝΤΡΟ ΓΕΡΟΝΤΟΛΟΓΙΑΣ ΣΤΟ ΔΗΛΕΣΙ ΒΟΙΩΤΙΑΣ' του Δήμου Τανάγρας στο οποίο αναφέρονται τα δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγω αποκλεισμού του άρθρου 22Α, απαιτείται από τον οικονομικό φορέα που μειοδότησε, η προσκόμιση πιστοποιητικού από τη Διεύθυνση Προγραμματισμού και Συντονισμού της Επιθεώρησης Εργασιακών Σχέσεων, από το οποίο να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο ετών από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς. Μετά από τον έλεγχο των δικαιολογητικών του προσωρινού μειοδότη που αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. από την επιτροπή του διαγωνισμού, διαπιστώθηκε η παράλειψη του παραπάνω πιστοποιητικού η οποία συνιστά λόγω αποκλεισμού».

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ουδέποτε έστειλε μέχρι την ημερομηνία εξέτασης της σχετικής προσφυγής, ούτε φάκελο με τα στοιχεία της υπόθεσης, ούτε τις κατά νόμο προβλεπόμενες απόψεις της, επί των αιτιάσεων της προσφυγής, παρότι εκλήθη να το πράξει τούτο νομίμως και εντός των νομίμων προθεσμιών.

16. Επειδή συναφώς έχει κριθεί ότι «σε περίπτωση ασκήσεως αιτήσεως ακυρώσεως, το Δημόσιο ή το νομικό πρόσωπο δημοσίου δικαίου, κατά του οποίου στρέφεται αυτή, έχει την υποχρέωση να εκθέσει τις απόψεις του για κάθε προβαλλόμενο λόγο, διευκρινίζοντας σαφώς το με το κάθε λόγο πραγματικό μέρος. Εφόσον ο φάκελος της υποθέσεως δεν έχει αποσταλεί στο δικαστήριο ή είναι ελλιπής και η εκδίκαση της υποθέσεως έχει αναβληθεί μία φορά λόγω για το λόγο αυτό, το Δικαστήριο μπορεί να προχωρήσει στην εκδίκαση της και κατά την εκτίμηση του να συναγάγει τεκμήριο ομολογίας για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του αιτούντος. Τούτο, διότι, άλλως, η αδράνεια αυτή της Διοικήσεως θα οδηγούσε σε αδυναμία του Συμβουλίου της Επικρατείας να ασκήσει την κατά το Σύνταγμα αρμοδιότητα του και να παράσχει στον διοικούμενο την έννομη προστασία που του εγγυάται το άρθρο 20 παράγραφος 1 του Συντάγματος (ΣΤΕ 2631/2009, 3235/2008, 511/2007, 3487/2004)».

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 365 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι «1.Στις περιπτώσεις όπου η προδικαστική προσφυγή κατατίθεται ηλεκτρονικά στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, σύμφωνα με το πρώτο εδάφιο της παραγράφου 1 του άρθρου 362, η αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στον Κανονισμό Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών: (α) κοινοποιεί την προσφυγή το αργότερο εντός πέντε (5) ημερών σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής, προκειμένου να ασκήσει το δικαίωμα παρέμβασής του στη διαδικασία εξέτασης της προσφυγής, σύμφωνα με την παράγραφο 3 του άρθρου 362, και (β) διαβιβάζει στην ΑΕΠΠ, το αργότερο εντός δέκα (10) ημερών από την ημέρα κατάθεσης, τον πλήρη φάκελο της υπόθεσης, τις

απόψεις της επί της προσφυγής και τα αποδεικτικά κοινοποίησης της περίπτωσης α' της παραγράφου 1, στους ενδιαφερόμενους τρίτους. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την προδικαστική προσφυγή πράξης». 2. Σε περίπτωση μη αποστολής του φακέλου από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με την περίπτωση β' της προηγούμενης παραγράφου, η ΑΕΠΠ μπορεί να συνάγει τεκμήριο ομολογίας της αναθέτουσας αρχής για την πραγματική βάση των ισχυρισμών του προσφεύγοντος. Το ίδιο τεκμήριο μπορεί να θεωρηθεί ότι συντρέχει και αν τα στοιχεία τα οποία έχουν αποσταλεί από την αναθέτουσα αρχή είναι, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, ελλιπή και δεν επαρκούν για τον έλεγχο του βασίμου των προβαλλόμενων αιτιάσεων».».

18. Επειδή, από την συνδυαστική ερμηνεία της νομολογίας και του υφιστάμενου πλαισίου παροχής έννομης προστασίας του ν. 4412/2016, προκύπτει με σαφήνεια, ότι, αναδεικνύεται ως ζωτικής σημασίας για την παροχή έγκαιρης και αποτελεσματικής έννομης προστασίας, η έγκαιρη και ουσιαστική από πλευράς περιεχόμενου αποστολή απόψεων μετά του διοικητικού φακέλου εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Και τούτο διότι η αναθέτουσα αρχή ως συντάξασα την υπό εξέταση διακήρυξη και εκδούσα το σύνολο των εκτελεστών διοικητικών πράξεων που αφορούν την εν εξελίξει διοικητική διαδικασία, αναδεικνύεται εκ του πλαισίου ως παράγων μείζονος σημασίας προς την επίτευξη και διαμόρφωση της απόφασης εκ μέρους της ΑΕΠΠ αντικρούοντας ή μη κάθε φορά και αναλόγως με την υπόθεση ουσιωδώς ή όχι τις εκάστοτε αιτιάσεις της προσφυγής ιδίως όταν αυτές αφορούν τεχνικής φύσης θέματα της διαγωνιστικής διαδικασίας. Τούτη η περίπτωση συντρέχει σαφώς και στην υπό εξέταση υπόθεση.

19. Επειδή με την Παρέμβαση της η Παρεμβαίνουσα ισχυρίζεται, ότι πράγματι δεν προσκόμισε την σχετική βεβαίωση, και τούτο επειδή δεν εκδίδεται από την Αρμόδια Υπηρεσία, αλλά και ούτε προσκόμισε την προβλεπόμενη ένορκη βεβαίωση διότι τούτο δεν προβλεπόταν από την σχετική διακήρυξη. Σε

κάθε περίπτωση, η Παρεμβαίνουσα προσκόμισε δια της παρεμβάσεως την ως άνω σχετική ένορκη βεβαίωση.

20. Επειδή ο ως άνω ισχυρισμός της Παρεμβαίνουσας τυγχάνει νόμου και ουσία αβάσιμος και άρα απορριπτός. Και τούτο, διότι, όπως παγίως έχει κριθεί, ότι δεν προβλέπεται από το κανονιστικό κείμενο της διακήρυξης της προκηρυσσόμενης δημόσιας σύμβασης, συμπληρώνεται από το κείμενο και υφιστάμενο νομοθετικό πλαίσιο, το οποίο εν προκειμένω είναι αυτό του ν.4412/2016. Άλλωστε, την εν λόγω υποχρέωση συνομολογεί, ότι την υπέχει η παρεμβαίνουσα, αφού συνυποβάλλει την εν λόγω ένορκη βεβαίωση δια της παρεμβάσεως της. Πλην όμως την υποβάλλει εκπροθέσμως και ενώπιον αναρμόδιας αρχής (της ΑΕΠΠ) και ως εκ τούτου κρίνεται από το Κλιμάκιο ως απαραδέκτως υποβληθείσα.

21. Επειδή κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει στο σύνολο της δεκτή, καθώς το Κλιμάκιο ομοφώνως συνάγει τεκμήριο ομολογίας της πραγματικής βασιμότητας των αιτιάσεων της υπό εξέταση προδικαστικής εφαρμογής κατ' εφαρμογή των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 2 του ν. 4412/2016, απορριπτόμενης, ταυτοχρόνως της ασκηθείσας παρέμβασης.

22. Επειδή, κατ' ακολουθίαν το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να της επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 444/2018 (ΑΔΑ 7Υ27ΩΗΒ-Χ51) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Τανάγρας περί έγκρισης του πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού.

Ορίζει την επιστροφή στην προσφεύγουσα του καταβληθέντος παραβόλου.

**Αριθμός Απόφασης : 600/2018**

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 30 Ιουλίου 2018 και εκδόθηκε στις 31 Ιουλίου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου**

**Ειρήνη Τσιμπούκη**