

**Αριθμός απόφασης: Α 106 / 2019**

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 06 Μαρτίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 22.02.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 251/25.02.2019 Προδικαστική Προσφυγή της ένωσης εταιρειών αποτελούμενης από την εταιρεία με την επωνυμία «.....» με το διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στη ....., επί της οδού ....., αρ. .... και την εταιρεία με την επωνυμία «.....» με το διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στο ....., επί της οδού ....., αρ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα»).

Κατά της υπ' αριθμ. 40/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ....., όπως τούτη εκδόθηκε κατ' αποδοχόν του Πρακτικού Νο2 της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, στο πλαίσιο ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου διαγωνισμού, που προκηρύχθηκε με την με αριθ. πρωτ. .... Διακήρυξη του ..... με αντικείμενο την ....., προϋπολογισθείσας δαπάνης 499.407,52€ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%) και με κριτήριο κατακύρωση την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 25.02.2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, η προσφεύγουσα, πέραν του αιτήματος να

## **Αριθμός απόφασης: Α 106 / 2019**

ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη προς τον σκοπό όπως γίνει δεκτή η προσφορά της στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και καταστεί εντέλει ανάδοχος, επιδιώκει να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης και η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση της απόφασης επί της προσφυγής της, για τους λόγους που αναφέρει σε αυτή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, (e-Παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ....., εκδοθέν για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (Α.Ε.Π.Π.), ποσού 2.013,74€, που αντιστοιχεί στο προβλεπόμενο ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας δαπάνης άνευ ΦΠΑ (402.748,00€) της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας προς σύναψη σύμβασης, στο πλαίσιο της οποίας ασκείται η προσφυγή.

2. Επειδή, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέτασή της, βάσει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, που ανέρχεται σε 402.748,00€ χωρίς ΦΠΑ (345 παρ. 1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (υπηρεσίες) και της ημερομηνίας αποστολής για δημοσίευση προκήρυξης της σύμβασης στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (11.10.2018), δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι Ν. 4412/2016 και υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της

### **Αριθμός απόφασης: Α 106 / 2019**

οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 γ' του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

4. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (α/α συστήματος 65239), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016, αφού η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό την 14.02.2019 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 22.02.2019, ήτοι εντός της ως άνω νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, επικαλούμενη ότι μη νομίμως απερρίφθη η προσφορά της με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς με την προσβαλλόμενη πράξη, που εξεδόθη μη νόμιμα, κατά τους ισχυρισμούς της, υφίσταται ζημία, καθώς διαφορετικά θα έπρεπε να γίνει αποδεκτή και να προκριθεί στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με αξιώσεις να καταστεί εντέλει ανάδοχος της υπόψη σύμβασης.

6. Επειδή, με την υπό εξέταση προσφυγή της η προσφεύγουσα βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, επειδή απέρριψε τη προσφορά της στο στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς και παράλληλα έκανε αποδεκτή τη προσφορά που υπέβαλε η συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία με την επωνυμία «.....» εγκρίνοντας τη πρόκριση αυτής στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, ήτοι την αποσφράγιση και αξιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται στην υπό κρίση προσφυγή της ότι η Επιτροπή Αξιολόγησης

## **Αριθμός απόφασης: Α 106 / 2019**

Διαγωνισμών, όλως εσφαλμένως εισηγήθηκε αφενός την απόρριψη της υποβληθείσας προσφοράς της (ως ένωση αναδοχών) και αφετέρου την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας «.....» και πρόκριση αυτής στο δεύτερο στάδιο του διαγωνισμού, κάνοντας δεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής της και την τεχνική προσφορά της, καθόσον τούτη πάσχει από ουσιώδεις πλημμέλειες και παραβιάζει όρους της διέπουσας τον υπόψη διαγωνισμό διακήρυξης και του νόμου. Ειδικότερα υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι εσφαλμένως έκρινε η αναθέτουσα αρχή διά της προσβαλλομένης ότι η προσφορά της συμμετέχουσας και νυν προσφεύγουσας δεν πληροί τις επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις της προκήρυξης, καθώς παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται αναφορικά με τα στοιχεία άλλων οντοτήτων στις ικανότητες των οποίων δηλώνουν ότι στηρίζονται (ήτοι, χωριστό έντυπο ΕΕΕΠ για κάθε μία από τις πιθανές σχετικές οντότητες, δικαιολογητικά που αποδεικνύουν ότι δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού των άλλων οντοτήτων, έγγραφη δέσμευση των τρίτων φορέων ότι θα έχει στη διάθεση του τους αναγκαίους πόρους). Εν προκειμένω ωστόσο ισχυρίζεται η προσφεύγουσα δεν είχε την ως άνω υποχρέωση που απορρέει των όρων σχετικά με τη δάνεια ικανότητα τρίτων, αφού ως ένωση εταιρειών (απαρτιζόμενης από τις εταιρείες «..... - .....»), υπέβαλλε κοινή προσφορά στον υπό κρίση διαγωνισμό, προέβην δε στην θετική/ καταφατική απάντηση του ερωτήματος που τίθεται στο μέρος Ι, τμήμα Γ του έντυπου ΕΕΕΠ -στήριξη στις ικανότητες άλλων οντοτήτων, καθώς, η πλήρωση του ελάχιστου απαιτούμενου αριθμού εργαζομένων, η κάλυψη της αστικής ευθύνης ασφαλιστήριου συμβολαίου και η διάθεση οχημάτων για την ικανοποίηση της τεχνικής επάρκειας προκύπτει ως άθροιση των επιμέρους κριτηρίων όλων των μελών της ένωσης. Επιπλέον, δεδομένου ότι, για την υποβολή προσφοράς στον διαγωνισμό δεν προβλέπεται ούτε παρέχεται, εκ της διακηρύξεως και του νόμου, η δυνατότητα υποβολής κοινού ΕΕΕΠ ως Ένωση Αναδοχών εταιρειών η οποία καταθέτει κοινή προσφορά, σε πλήρη συμμόρφωση με τα ορισθέντα στο άρθρο 2.2.8 της διακήρυξης, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι απάντησε θετικά στο ως

### **Αριθμός απόφασης: Α 106 / 2019**

άνω ερώτημα καθώς για την πλήρωση των απαιτούμενων εκ της διακηρύξεως κριτηρίων ως μέλη της ένωσης στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχουσών στην ένωση εταιρειών, ήτοι η μία εταιρεία στις ικανότητες της άλλης. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της στρέφεται η προσφεύγουσα κατά της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας «.....» αναφέροντας τα εξής: Σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έντυπο Προμήθειας (ΕΕΕΠ) το οποίο αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της διακήρυξης και τα οριζόμενα σε αυτό δεσμεύουν τον εκάστοτε οικονομικό φορέα, στην σελ. 10, ερωτάται αν ο οικονομικός φορέας έχει, εν γνώσει του, παραβιάσει τις υποχρεώσεις του στον τομέα του εργατικού δικαίου. Στην εν λόγω ερώτηση η συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία έχει απαντήσει αρνητικά. Ωστόσο η απάντηση αυτή είναι ψευδής, κατά τη προσφεύγουσα καθότι, όπως προκύπτει από το πιστοποιητικό που έλαβε η αναθέτουσα αρχή από το Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ) έπειτα από σχετικό αίτημα της, εις βάρος της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας «.....» έχουν επιβληθεί δύο (2) πρόστιμα και συγκεκριμένα 1) το από 01.06.2016 πρόστιμο, πολύ υψηλής σοβαρότητας και 2) το από 30.03.2018 πρόστιμο, πολύ υψηλής σοβαρότητας. Η ύπαρξη των εν λόγω πράξεων επιβολής προστίμου συνιστά αδιαμφισβήτητη παραβίαση των υποχρεώσεων της εταιρείας «.....» στον τομέα του εργατικού δικαίου, η δε εν γνώσει της, αποσιώπηση αναφοράς της ύπαρξης τους στο κατατεθέν ΕΕΕΠ συνιστά λόγο αποκλεισμού αυτής. Κατά δεύτερον ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της ως άνω συμμετέχουσας εταιρείας παραβιάζει τα οριζόμενα στην παρ. 2.2.6 -Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, σελ. 15 της διέπουσας τον διαγωνισμό διακήρυξης, αφού εκ της ανωτέρω πρόβλεψης εισάγεται ως ουσιαστική προϋπόθεση νόμιμης συμμετοχής έκαστου οικονομικού φορέα στον κείμενο διαγωνισμό, να έχει προηγουμένως εκτελέσει τουλάχιστον δύο (2) συμβάσεις παροχής υπηρεσιών φύλαξης κτιρίων ή και χώρων, έκαστη ύψους τουλάχιστον 402.748,00€. Ωστόσο διαπιστώνεται, κατά τη προσφεύγουσα, ότι, από το κατατεθέν ΕΕΕΠ της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας «.....», δεν πληροί η τελευταία τις νόμιμες προϋποθέσεις συμμετοχής και τούτο διότι δεν έχει εκτελέσει κατά τα έτη 2015, 2016 και 2017

### **Αριθμός απόφασης: Α 106 / 2019**

τουλάχιστον δύο συμβάσεις παροχής υπηρεσιών στο αντικείμενο της φύλαξης ύψους τουλάχιστον 402.748,00€ έκαστη, όπως απαιτείται. Ειδικότερα, η εν λόγω εταιρεία αναφέρει στην ενότητα Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του υποβληθέντος ΕΕΕΠ δύο συμβάσεις για τα έτη 2016 και 2017, ωστόσο μία εξ αυτών δεν πληροί τα απαιτούμενα οικονομικά όρια, κατά τη προσφεύγουσα, καθόσον ο χρόνος ισχύος της σύμβασης ήταν από 01.08.2017 έως 14.11.2018 και το ύψος αυτής 657.200,00€, επομένως για το έτος 2017 το ποσό που αντιστοιχεί στην εν λόγω σύμβαση είναι περίπου των 200.000,00€ ήτοι υπολείπεται περί το ήμισυ του απαιτούμενου από την διακήρυξη ελάχιστου ποσού των 402.748,00€. Και εξ αυτού του λόγου η προσφορά της ως άνω συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας, θα πρέπει να απορριφθεί από τον εν εξελίξει διαγωνισμό, καθώς δεν πληροί τις απαιτούμενες εκ της διακηρύξεως τεχνικές προδιαγραφές. Επιπροσθέτως από τον υποβληθέντα κατάλογο έργων και των αποδεικτικών καλής εκτέλεσης που προσκόμισε η συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία, διαπιστώνει η προσφεύγουσα ότι αυτή έχει υποπέσει σε μια σειρά ασαφειών και παρατυπιών. Συγκεκριμένα, αναφορικά με τα δύο έργα που η συνδιαγωνιζόμενη αναφέρει και στο ΕΕΕΣ της, ήτοι την σύμβαση που έχει συνάψει με την εταιρεία «.....» και την σύμβαση που έχει συνάψει με την εταιρεία «.....», η δηλωθείσα αξία της σύμβασης στο ΕΕΕΠ δεν ταυτίζεται με αυτή που αναγράφεται στον κατάλογο έργων. Σημειωτέον δε ότι από κανένα έγγραφο του υποβληθέντος φακέλου δεν αποδεικνύεται το ύψος των εν λόγω συμβάσεων. Οι δε αποκλίσεις στις δηλωθείσες αξίες των συμβάσεων δεν είναι διόλου αμελητέες, κατά τη προσφεύγουσα, καθόσον όσο αφορά την πρώτη ως άνω σύμβαση η συνδιαγωνιζόμενη δηλώνει στο ΕΕΕΠ της ότι η αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 657.200,00€ ενώ στο υποβληθέν κατάλογο έργων για την ίδια σύμβαση αναγράφει ότι η αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 508.800,00€. Ομοίως, για την δεύτερη ως άνω σύμβαση στο ΕΕΕΠ της δηλώνει ότι η αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 902.416,65€ ενώ στο υποβληθέν κατάλογο έργων για την ίδια σύμβαση αναγράφει ότι η αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 442.000,00€. Τέλος ισχυρίζεται η

### **Αριθμός απόφασης: Α 106 / 2019**

προσφεύγουσα ότι η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας «.....» έπρεπε να απορριφθεί και για το λόγο ότι στο κατατεθέν από αυτή ΕΕΕΠ, στην σελ. 17 αυτού, η ως άνω εταιρεία έχει μεν δηλώσει μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό για τρία έτη αλλά όχι για τα τρία τελευταία, ήτοι έχει δηλώσει το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό για τα έτη 2016 και 2017 ως όφειλε αλλά έχει εξ ολοκλήρου παραλείψει την αναφορά του μέσου ετήσιου εργατοϋπαλληλικού προσωπικού για το έτος 2015 -ώστε να συμπληρωθεί η απαιτούμενη εκ των όρων της προκείμενης διακήρυξης τριετία. Αντ' αυτού δε η εταιρεία «.....» όλως παρανόμως και μη ορθώς αναγράφει το μέσο εργατοϋπαλληλικό προσωπικό για το τρέχον έτος 2018. Η ως άνω συμπλήρωση όμως είναι εσφαλμένη καθώς η αναφορά του μέσου εργατοϋπαλληλικού προσωπικού για το τρέχον έτος 2018 αφορά χρήση, η οποία δεν έχει ολοκληρωθεί και μέχρι το τέλος του έτους, ήτοι την 31.12.2018 επιδέχεται αλλαγών και τροποποιήσεων στο απασχολούμενο προσωπικό της. Εξ αυτού του λόγου δεν μπορεί το έτος 2018 να ληφθεί υπόψη ως τελευταίο έτος καθότι δεν έχει ολοκληρωθεί αλλά είναι τρέχον. Εκ της ανωτέρω πλημμελούς συμπλήρωσης του ΕΕΕΠ, η υποβληθείσα προσφορά της εταιρείας «.....» καθίσταται μη νόμιμη καθώς δεν μπορεί να ελεγχθεί εάν πληρούνται οι απαιτήσεις την διακήρυξης για το απαιτούμενο χρονικό διάστημα, και εξ αυτού θα πρέπει να απορριφθεί και να αποκλειστεί αυτή από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία.

7. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της προόδου του διαγωνισμού.

8. 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*

### **Αριθμός απόφασης: Α 106 / 2019**

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»

9. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016: «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της 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. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων»

10. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

11. 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».



## **Αριθμός απόφασης: Α 106 / 2019**

12. Επειδή, συνακόλουθα, 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.

13. 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.

14. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής, καθώς δραστηριοποιείται στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό ανάθεση υπηρεσίας και έχει υποβάλει προσφορά, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από την απόρριψη της τεχνικής προσφοράς της και από την αποδοχή της τεχνικής προσφοράς του οικονομικού φορέα «.....», η οποία, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, παραβιάζουν όρους της Διακήρυξης. Σημειώνεται ότι, βάσει της μέχρι πρόσφατα πάγιας νομολογίας, η προσφεύγουσα θα είχε έννομο συμφέρον να προβάλει ισχυρισμούς κατά της

### **Αριθμός απόφασης: Α 106 / 2019**

προσφοράς άλλου συμμετέχοντος στη διαγωνιστική διαδικασία, μόνο εφόσον ευδοκίμοιαν οι ισχυρισμοί της για τον παράνομο αποκλεισμό της και, κατ' εξαίρεση, μπορούσε εξ αρχής να προβάλει ισχυρισμούς κατά της προσφοράς άλλου οικονομικού φορέα, επικαλούμενη τη διασφάλιση της αρχής του ενιαίου μέτρου κρίσης, εφόσον οι προβαλλόμενοι λόγοι ήταν όμοιοι με τους λόγους για τους οποίους απορρίφθηκε η δική της προσφορά. Σύμφωνα, ωστόσο, με την προσφάτως εκδοθείσα απόφαση 30/2019 Απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του ΣΤΕ, η οποία μνημονεύει αποφάσεις του ΔΕΕ που διευρύνουν την έννοια του εννόμου συμφέροντος: «[...] οριστικώς αποκλεισθείς θεωρείται ο διαγωνιζόμενος, ο οποίος είτε δεν εστράφη κατά της πράξης αποκλεισμού του, περίπτωση προς την οποία εξομοιώνεται και η εκ των υστέρων υποβολή παραιτήσεως από την τυχόν ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή ή το ασκηθέν ένδικο βοήθημα (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 144/2018), είτε εστράφη μεν κατ' αυτής, πλην, όμως, ο αποκλεισμός του κατέστη οριστικός, με τη δημοσίευση απορριπτικής αιτήσεως ακυρώσεως του αποφάσεως, η οποία, κατ' αυτόν τον τρόπο, περιεβλήθη την ισχύ δεδικασμένου. Οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, αντιθέτως, ο διαγωνιζόμενος του οποίου η προδικαστική προσφυγή απερρίφθη μεν με απόφαση της Α.Ε.Π.Π., πλην, όμως, δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την άσκηση κατ' αυτής αιτήσεως ακυρώσεως ή αιτήσεως αναστολής του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Μη οριστικώς αποκλεισθείς δεν θεωρείται, περαιτέρω, ο διαγωνιζόμενος, του οποίου αίτηση για την αναστολή της απορριπτικής της προδικαστικής του προσφυγής αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π. απερρίφθη, καθ' ον χρόνο δεν έχει απωλέσει το δικαίωμα να ασκήσει κατά της πράξης αυτής αίτηση ακυρώσεως και δεν έχει δημοσιευθεί οριστική απόφαση απορριπτική τυχόν ασκηθείσης αιτήσεως ακυρώσεως. Προκειμένου, εξάλλου, να αναγνωρισθεί σε μη οριστικώς αποκλεισθέντα διαγωνιζόμενο έννομο συμφέρον για την άσκηση αποτελεσματικής προσφυγής κατά της αποφάσεως περί αποδοχής της προσφοράς των λοιπών συνδιαγωνιζομένων του και περί αναθέσεως σε κάποιον εξ αυτών της συμβάσεως, απαιτείται, επιπλέον, η τυχόν αποδοχή της προσφυγής του, κατά το μέρος αυτό, να μην οδηγεί σε οριστική ματαίωση του διαγωνισμού, σε αδυναμία, δηλαδή,

### **Αριθμός απόφασης: Α 106 / 2019**

επαναπροκηρύξεώς του, αλλ' αντιθέτως να αφήνει ανοικτό το ενδεχόμενο κίνησης νέας διαδικασίας για την ανάθεση της συμβάσεως (βλ. ΣΤΕ ΕΑ 22/2018, πρβλ. και ΣΤΕ ΕΑ 144/2018, 130/2018, 106/2018 και 408/2018). Αναγνωρίζεται, κατ' αυτόν τον τρόπο, στον διαγωνιζόμενο που αποκλείσθηκε και προσέβαλε επικαίρως μεν, πλην, ανεπιτυχώς τον αποκλεισμό του, έννομο συμφέρον να επιδιώξει δικαστικώς τον αποκλεισμό των ανταγωνιστών του και τη ματαίωση της ανάθεσης σε αυτούς της συμβάσεως, ως τέτοιας νοουμένης όχι μόνον της συμβάσεως, στη σύναψη της οποίας καταλήγει η προς ματαίωση διαγωνιστική διαδικασία, αλλά και της συμβάσεως, στην οποία θα καταλήξει ενδεχόμενη κίνηση νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, υπό την προϋπόθεση ότι το αντικείμενο της νεότερης συμβάσεως θα είναι, κατά τα ουσιώδη χαρακτηριστικά του, όμοιο με αυτό της αρχικής και ότι ο αποκλεισθείς θα μπορούσε να έχει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη συμμετοχή του στην εν λόγω νέα διαγωνιστική διαδικασία (ΣΤΕ ΕΑ 106/2018) [...]». Κατά συνέπεια, λαμβάνοντας υπόψη τη μεταστροφή της νομολογίας του ΔΕΕ και του ΣΤΕ στο εν λόγω ζήτημα, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι, ακόμη και αν κριθεί με την παρούσα ότι ο αποκλεισμός της προσφεύγουσας είναι νόμιμος, μέχρι να καταστεί οριστικός, σύμφωνα με όσα εκτίθενται αναλυτικά ανωτέρω, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον να προβάλει αιτιάσεις κατά των προσφορών των λοιπών διαγωνιζομένων.

15. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας της υπό εξέταση προσφυγής απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, καθώς και του συνόλου των εγγράφων των προσφορών των διαγωνιζομένων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας, η οποία πάντως δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασής τους για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

16. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η επίκληση βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της προσφυγής θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή

### **Αριθμός απόφασης: Α 106 / 2019**

πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής 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.

17. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας αρχής αλλά ακόμη και των λοιπών καθ' ων η προσφυγή οικονομικών φορέων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, ήτοι της οριστικής κατακύρωσης είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της κρίσης επί της αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της τυχόν έγκρισης της οριστικής κατακύρωσης, οδηγώντας τοιοιτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, τα οποία δύναται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύναται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της απόρριψης της προσφοράς του προσφεύγοντος (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α55/2018). Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 329/2019 Πράξεως της Προέδρου 2ου Κλιμακίου για την 26.03.2019, 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 αξιόλογη ζημία στην αναθέτουσα, τη προσφεύγουσα ή τρίτους. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το

### **Αριθμός απόφασης: Α 106 / 2019**

ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ανεξαρτήτως του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος της προσφεύγουσας, η ΑΕΠΠ έχει αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

18. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, και, ιδίως, η αναστολή της αποσφράγισης και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό εξέταση προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με 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 της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

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

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων.

Αναστέλλει την πρόοδο του ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου διαγωνισμού, που προκηρύχθηκε με την με αριθ. πρωτ. .... Διακήρυξη του ..... με αρ. ΕΣΗΔΗΣ ....., με αντικείμενο την ....., προϋπολογισθείσας δαπάνης 499.407,52€ (συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%) και με κριτήριο κατακύρωση την πλέον συμφέρουσα από οικονομική

**Αριθμός απόφασης: Α 106 / 2019**

άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, μέχρις εκδόσεως Απόφασης από την Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση Προσφυγής, μέσα στην αποκλειστική προθεσμία του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 06 Μαρτίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 7<sup>η</sup> Μαρτίου 2019.

**Η Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Μαρία Κων. Μανδράκη**

**Αλέξανδρος Γρυπάρης**