

**Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2019**

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 16 Μαΐου 2019, με την εξής σύνθεση:  
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής – δυνάμει της  
με αρ. 657/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα –  
Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το  
οποίο σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης  
(ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 543/06-05-2019  
της ιδιωτικής κεφαλαιουχικής εταιρείας με την επωνυμία «.....», που  
εδρεύει στη ....., επί της οδού ....., αρ. ....., νόμιμα  
εκπροσωπούμενης (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «προσφεύγων» ή  
«.....»).

Κατά του ....., που εδρεύει στην ....., επί της συμβολής  
των οδών ..... αρ. .... και ..... (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή»  
ή «ΑΑ» ή «.....» ή «Οργανισμός»), στο πλαίσιο του με α/α ΕΣΗΔΗΣ  
..... δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την επιλογή  
αναδόχου για το έργο με τίτλο «.....» με κριτήριο ανάθεσης την πλέον  
συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά με κριτήριο τη βέλτιστη  
σχέση ποιότητας – τιμής, προϋπολογισθείσας δαπάνης 95.000€, πλέον  
Φ.Π.Α., (εφεξής «διαγωνισμός») και κατά της υπ' αριθμό πρωτ. 20036/25-4-  
2019 απόφασης του Διευθύνοντος Συμβούλου του Οργανισμού 148/2019  
(εφεξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη»), του υπ'  
αριθ. 30/25-04-2019 Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού και κάθε  
άλλη συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης, πράξης ή παράλειψης  
που θίγει την προσφεύγουσα και κατατείνει στον αποκλεισμό της από τη

## **Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2019**

συνέχιση της διαδικασίας του διαγωνισμού και της μη κατακύρωσης της σύμβασης σε αυτήν, για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω Προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο Οργανισμός με την υπ' αριθ. πρωτ. ....διακήρυξη προκήρυξε τον επίμαχο διαγωνισμό. Ο διαγωνισμός διενεργήθηκε ηλεκτρονικά στο ΕΣΗΔΗΣ, στον ηλεκτρονικό τόπο με α/α συστήματος ..... Κατά την καταληκτική ημερομηνία υποβολής υποβλήθηκαν προσφορές από τέσσερις (4) οικονομικούς φορείς, η με αριθμό συστήματος ..... ηλεκτρονική προσφορά του φορέα ....., η με αριθμό 99053/14-06-2018 ηλεκτρονική προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία ....., η με αριθμό 99280/14-06-2018 ηλεκτρονική προσφορά της προσφεύγουσας και η με αριθμό συστήματος 100216/14-06-2018 ηλεκτρονική προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία ..... Μετά την ολοκλήρωση των σταδίων αξιολόγησης δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών, την άσκηση προσφυγών και την συμμόρφωση της αναθέτουσας αρχής στις αποφάσεις της ΑΕΠΠ επί των ως άνω προσφυγών, όπου απαιτείτο, με το με αριθ. 124/27-11-2018 Πρακτικό του Δ.Σ. του ..... εγκρίθηκε η ανάδειξη της προσφεύγουσας, ως προσωρινού αναδόχου και με την υπ' αριθ. πρωτ. 3377/22-01-2019 πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής κλήθηκε για την υποβολή δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου. Με την από 31-1-2019 επιστολή της όμως η προσφεύγουσα ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή ότι ο οικονομικός φορέας (.....), στην ικανότητα του οποίου είχε στηριχθεί, τέθηκε υπό εκκαθάριση από τους εταίρους του στις 20/12/2018 και ότι προβαίνει στην αντικατάσταση του εν λόγω φορέα ..... με τον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....». Στη συνέχεια, την 01-02-2019 υπέβαλε ηλεκτρονικά δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου, τόσο της ίδιας, όσο και του φορέα

### **Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2019**

στήριξης «.....». Μετά και τη συμπλήρωση των δικαιολογητικών που αρχικώς είχαν υποβληθεί η επιτροπή του διαγωνισμού με τα με αριθμούς 28/17-04-2019 και 29/19-04-2019 πρακτικά της διαπίστωσε τα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν από την προσφεύγουσα καλύπτουν τις απαιτήσεις της διακήρυξης και κρίνονται αποδεκτά, ότι ο φορέας στήριξης «.....» πληροί της απαιτήσεις της διακήρυξης, δεν υστερεί στα κριτήρια που αναφέρονται σε αυτή και δεν προκύπτει λόγος αποκλεισμού του όσον αφορά την κάλυψη των τεχνικών απαιτήσεων της, αλλά, προκειμένου να μην αμφισβητηθεί η νομιμότητα της διαδικασίας αξιολόγησης των προσφορών των υποψήφιων, θα προχωρήσει σε πρόταση για κατακύρωση ή μη του διαγωνισμού μετά την απάντηση της ΕΑΑΔΗΣΥ στο υπ' αριθ. 6389/07.02.19 έγγραφο της επιτροπής σχετικά με την αντικατάσταση του φορέα στήριξης από την προσφεύγουσα. Μετά και την απάντηση της ΕΑΑΔΗΣΥ (1/24-04-2019 Απόφαση αυτής) στο πιο πάνω έγγραφο, ο Διευθύνων Σύμβουλος του Οργανισμού, σε συνέχεια της με αρ. θέματος 20 Απόφαση της 135ης/24-04-2019 Συνεδρίασης του Δ.Σ. αυτού, με την υπ' αριθ. πρωτ. 20036/25-4-2019 απόφασή του αποφάσισε την αποδοχή και επικύρωση της αξιολόγησης των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, όπως προκύπτει από τα με αρ. 25/07-02-2019, 27/29-03-2019, 28/17-04-2019, 29/19-04-2019 και 30/25-05-2019 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού, του τελευταίου δε με εισήγηση περί απόρριψης της προσφοράς της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι αντικατάσταση του φορέα στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται υποκύπτει σε παράβαση των νομίμων διατυπώσεων μεσούσης της διαδικασίας, ήτοι παράλειψη αναγγελίας και δήλωσης στην αναθέτουσα αρχή της κατάστασης στην οποία περιήλθε ο φορέας στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται η προσφεύγουσα και διατύπωσης αιτήματος έκδοσης σύμφωνης γνώμης από την αναθέτουσα αρχή, που θα έπρεπε να έχει λάβει χώρα προ της οικειοθελούς αυτοβούλου ενέργειας αντικατάστασης του φορέα αυτού, συναφώς δε αποφάσισε την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, λόγω μη τήρησης των απαραίτητων διατυπώσεων για την αντικατάσταση του φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται, την ανάδειξη της εταιρείας ..... ως προσωρινού

## **Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2019**

αναδόχου του διαγωνισμού, την άμεση κοινοποίηση της απόφασής του στους προσφέροντες και τη μετέγκριση της στην επόμενη συνεδρίαση του Διοικητικού Συμβουλίου. Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης και κάθε άλλης συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης, πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, η οποία τη θίγει και την αποκλείει από το διαγωνισμό, άσκησε η προσφεύγουσα την υπό εξέταση προδικαστική της προσφυγή.

2. Επειδή, με την ως άνω προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. με το από 06-05-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, η προσφεύγουσα, πλέον του αιτήματός της να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης και την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του.

3. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό .....), ποσού 600,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 1 των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προϋπολογισθείσα αξία προ ΦΠΑ της σύμβασης, ανέρχεται στα 95.000,00€.

4. Επειδή, κατά τα λοιπά η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017.

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016) που ανέρχεται σε ποσό 95.000,00€, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, του αντικειμένου της σύμβασης (συμβουλευτικές υπηρεσίες που συμπεριλαμβάνονται στην κατηγορία των γενικών υπηρεσιών) και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, ως Οργανισμού Δημοσίου Δικαίου, κατά την έννοια της περίπτωσης 4 της παραγρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016, που αποτελεί «μη κεντρική

### **Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2019**

αναθέτουσα αρχή» κατά την έννοια της περίπτωσης 3 της παραγρ. 1 του άρθρου 2 του ν. 4412/2016 και ανήκει στον τομέα της Γενικής Κυβέρνησης (υποτομέα Κεντρικής Κυβέρνησης) κατά τις υποδιαιρέσεις του ν. 4270/2014, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (αποστολή της σχετικής σύμβασης για δημοσίευση στην επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 07-11-2018), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκούνται οι προδικαστικές προσφυγές είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

6. Επειδή, στην υπό εξέταση προσφυγή της, η προσφεύγουσα που συμμετείχε στο διαγωνισμό, υπέβαλε προσφορά και είχε αναδειχθεί προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, προβάλλει ότι με την προσβαλλόμενη πράξη μη νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά της και μάλιστα με την αιτιολογία ότι δεν τήρησε τις νόμιμες διατυπώσεις για την αντικατάσταση του φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται. Και τούτο, διότι η απόφαση εκδόθηκε από αναρμόδιο όργανο, το διευθύνοντα σύμβουλο του Οργανισμού, που μη νόμιμα εξουσιοδοτήθηκε από το Δ.Σ. αυτού για την λήψη της συγκεκριμένης απόφασης και μόνο, είναι αναιτιολόγητη, εφόσον δεν αναφέρει ούτε τους κανόνες δικαίου στους οποίους στηρίχτηκε, ούτε περιλαμβάνει ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών, έτσι ώστε να μην καταλείπεται κανένα κενό ή αμφιβολία για την ορθότητα της κρίσης του οργάνου που την εξέδωσε, περαιτέρω, η αιτιολογία που εμπεριέχει είναι συνάμα και αντιφατική, παραβιάζει τους όρους του νόμου, και πιο συγκεκριμένα των άρθρων 78 σε συνδυασμό με τα άρθρα 73 και 74 του ν. 4412/2016, της διακήρυξης και πιο

### **Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2019**

συγκεκριμένα των όρων 2.2.8.2 σε συνδυασμό με τους όρους 2.2.3.1 και 2.2.3.2 και του όρου 2.4.6 αυτής, αλλά και της κοινοτικής νομοθεσίας, σε κανένα σημείο των οποίων δεν προβλέπεται η υποχρέωση τήρησης ειδικών διατυπώσεων για την αντικατάσταση του φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο προσφέρων, όταν συντρέχουν ειδικοί λόγοι, πολύ δε μάλλον από καμία διάταξη και καμία ερμηνευτική εκδοχή δεν προκύπτει ότι απαιτείται έκδοση σύμφωνης γνώμης από την αναθέτουσα αρχή, που θα πρέπει να λάβει χώρα πριν την αντικατάσταση του φορέα, αλλ' ούτε ότι η προσφορά απορρίπτεται λόγω μη τήρησης των διατυπώσεων αυτών, οι οποίες διατυπώσεις κατά τα άνω δεν προβλέπονται πουθενά, ούτε στη Διακήρυξη ούτε στο νόμο. Σε κάθε περίπτωση, δοθέντος ότι η αναθέτουσα αρχή είχε τη δυνατότητα να ζητήσει αντικατάσταση του φορέα στη στήριξη του οποίου στηρίζεται προσφέρων, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι με την προσβαλλόμενη απόφασή της με την οποία επιβάλλει για την αντικατάσταση αυτή διατυπώσεις (αναγγελία για το γεγονός της ειδικής εκκαθάρισης και αίτημα για έκδοση σύμφωνης γνώμης) που δεν προκύπτουν από κανένα έγγραφο της σύμβασης, ούτε δε από το νόμο και την κοινοτική νομοθεσία υπερβαίνει τα άκρα όρια της διακριτικής της ευχέρειας, αφού δεν ανταποκρίνεται ούτε στην έννοια του δημοσίου συμφέροντος, ούτε αρμόζει με τις αρχές της ισότητας και της χρηστής διοίκησης.

7. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, με το με πρωτ. 21304/09-05-2019 έγγραφο του διευθύνοντα συμβούλου της, κοινοποιεί το με αρ. 32/07-05-2019 πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού με τις απόψεις της και την από 07-05-2019 γνωμοδότηση του νομικού συμβούλου της επί της εξεταζόμενης προσφυγής. Επιπλέον, προβάλλει ότι είναι αδήριτη ανάγκη να υπογραφεί σύμβαση ως τις 31/05/2019, γιατί διαφορετικά κινδυνεύει να απενταχθεί από το πλαίσιο χρηματοδότησης το σύνολο των δράσεων για την προβολή της φέτας στις αγορές των ΗΠΑ και του Καναδά και σημειώνει ότι η τρέχουσα διαγωνιστική διαδικασία είναι επανάληψη ίδιας διαδικασίας η οποία εκκίνησε στις 28/11/2017 η οποία απέβη άγονη λόγω απόρριψης όλων των προσφορών των συμμετεχόντων σε εκείνη.

## **Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2019**

8. Επειδή, στις 10-05-2019, η εταιρεία με την επωνυμία..... ανήρτησε στη λειτουργικότητα επικοινωνία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Υπόμνημα – Πρόσθετη παρέμβαση για τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης του Οργανισμού, στο οποίο η παρεμβαίνουσα αιτείται την απόρριψη του αιτήματος αναστολής της προσφεύγουσας.

9. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι ο διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης. Δεν υπάρχει, επομένως, επόμενο στάδιο στον διαγωνισμό, καθώς μετά την οριστική κατακύρωση της σύμβασης, θα απομένει η εγκριτική απόφαση του σταδίου αυτού να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 100 Ν. 4412/2016 και να υπογραφεί η υπό ανάθεση σύμβαση. Δοθέντος ότι ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017).

10. Επειδή, συνεπώς, δεν υφίσταται βλάβη η προσφεύγουσα στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία της από την συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, ούτε η επικαλούμενη ζημία της από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της. Ακόμη και αν η αναθέτουσα αρχή αξιολογήσει τα υποβληθησόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης του φορέα που αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος μετά τον αποκλεισμό της προσφεύγουσας και εκδώσει νέα εγκριτική πράξη του σταδίου αυτού, πριν την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της παρούσας προσφυγής, δεν στερείται η προσφεύγουσα του δικαιώματός της να προσβάλλει την απόφαση αυτή αυτοτελώς, στο πλαίσιο της καθιερούμενης στο βιβλίο IV του ν. 4412/2016 διαδικασίας παροχής

## **Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2019**

έννομης προστασίας. Συνακόλουθα, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού (πρβλ. ΑΕΠΠ Α75/2017, Α97/2017, Α16/2018), το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενο, θα πρέπει να απορριφθεί.

11. Επειδή, εξάλλου, η υπό εξέταση προσφυγή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου δεν είναι προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη, δεν διαλαμβάνεται, ωστόσο, οριστική κρίση, γιατί η εξέταση των νομικών και πραγματικών ισχυρισμών της υπό κρίση διαφοράς δεν είναι δυνατόν πλήρως να λάβει χώρα στα στενά χρονικά πλαίσια, εντός των οποίων απαιτείται να εκδοθεί απόφαση επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα εκφραστεί κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, με την ρητή επισήμανση ότι δεν αίρεται η απαγόρευση σύναψης της υπό ανάθεσης σύμβασης, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής, κατά τις διατάξεις των άρθρων 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και του άρθρου 6 του Π.Δ. 39/2017, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 16 Μαΐου 2019, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.



**Αριθμός απόφασης: Α 217 / 2019**

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Μαρία Κων. Μανδράκη**

**Αθηνά Μπουζιούρη**