

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**1<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 18 Ιουνίου 2019 με την εξής σύνθεση: Πουλοπούλου Αγγελική Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηροπούλου-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλη, κατόπιν της με αρ. 8/2019 απόφασης της Ολομέλειας της ΑΕΠΠ και της με αρ. 25/2019 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 7/6/2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 720/11-6-2019 του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της ..... και της υπ' αριθ. 22/2019 απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της, κατά το μέρος που έκρινε τεχνικά αποδεκτή την προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας με την επωνυμία «.....» στα πλαίσια του Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, με ανοικτή διαδικασία για την ανάθεση της προμήθειας με τίτλο: «.....», με αρ. πρωτοκόλλου διακήρυξης ..... και αρ. μελέτης ....., συνολικού προϋπολογισμού 199.999,60 ευρώ συμπεριλαμβανομένου 24% Φ.Π.Α.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

## Αριθμός Απόφασης : Α 278 /2019

1. Επειδή, με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η οποία κατετέθη την 7-6-2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και την 12-6-2018 ο αναθέτων φορέας προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί/ανακληθεί/τροποποιηθεί/μεταρρυθμιστεί η υπ' αριθ. 22/2019 απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα, κατά το μέρος που έκρινε τεχνικά αποδεκτή την προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας με την επωνυμία «.....», ώστε να αποκλειστεί από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

2. Επειδή η ..... (.....), ως αναθέτων φορέας, με την με αριθμ. πρωτ. .... Διακήρυξη προκήρυξε Ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό για την «.....», ενδεικτικού προϋπολογισμού €199.999,60 (συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α., 24%) (Καθαρή Αξία: 161.290,00, Φ.Π.Α.: 38.709,60), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 22-4-2019 με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..... και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α ..... Στον ανωτέρω διαγωνισμό έλαβαν μέρος δύο (2) διαγωνιζόμενοι μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα.

3. Επειδή με την υπ' αριθμ. 22/2019 απόφαση του ΔΣ του αναθέτοντος φορέα, κατόπιν έγκρισης του Πρακτικού 1 της επιτροπής διαγωνισμού περί αξιολόγησης – ελέγχου των Φακέλων Δικαιολογητικών Συμμετοχής και Τεχνικών Προσφορών των διαγωνιζόμενων, για την ανάθεση της προμήθειας «.....», έγιναν αποδεκτές οι προφορές και των δύο διαγωνιζόμενων εταιρειών και αποφασίστηκε η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποσφράγιση των Οικονομικών τους Προσφορών. Η απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα και την έτερη διαγωνιζόμενη

## Αριθμός Απόφασης : Α 278 /2019

εταιρεία την 31-5-2019 μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

4. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο, ήτοι το με κωδικό ....., ποσού 806,45 €.

5. Επειδή η υπό κρίση 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, η δε 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, ως και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από το άρθρο 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

7. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα.

8. Επειδή, η Προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, ως συμμετέχουσα στον επίδικο διαγωνισμό της οποίας η προσφορά έχει γίνει αποδεκτή με την προσβαλλόμενη πράξη, με συνέπεια να υφίσταται βλάβη, κατά τα άρθρα 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, λόγω της αποδοχής της προσφοράς της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας «.....», κατά το στάδιο αξιολόγησης των Δικαιολογητικών συμμετοχής και των Τεχνικών προσφορών.

9. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του αιτήματος αναστολής παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

10. Επειδή με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλομένη απόφαση είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα, διότι η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας δεν είναι σύμφωνη με τους όρους της οικείας διακήρυξης περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, παραβιάζοντας με τον τρόπο αυτό την αρχή της νομιμότητας και της τυπικότητας. Ειδικότερα, υποστηρίζει ότι στο υποβαλλόμενο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.) δεν γίνεται καμία αναφορά σε συμβάσεις προμηθειών συγκεκριμένου/παρεμφερούς τύπου, συνολικού ύψους 300.000 € τα τελευταία 5 έτη, δηλαδή σε προμήθεια βυτιοφόρου για πόσιμο νερό (συγκεκριμένος τύπος) ή σε προμήθεια βυτιοφόρου για οποιαδήποτε άλλη χρήση (παρεμφερός τύπος).

11. Επειδή, ο αναθέτων φορέας προσκόμισε τις με αρ. πρωτ. 405/14-6-2019 απόψεις του ισχυριζόμενος ότι πράγματι, από τα στοιχεία που δηλώνονται στο υποβαλλόμενο από την εταιρεία «.....» Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), καμία από τις συμβάσεις οχημάτων δεν αφορά σε "προμήθεια συγκεκριμένου/παρεμφερούς τύπου", δηλαδή σε προμήθεια βυτιοφόρου για πόσιμο νερό (συγκεκριμένος τύπος) ή σε προμήθεια βυτιοφόρου για οποιαδήποτε άλλη χρήση (παρεμφερός τύπος), προτείνοντας την αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής ως προς την μη συμμόρφωση της εταιρείας «.....» στην απαίτηση του άρθρου 2.2.6, περί δηλώσεως συμβάσεων συγκεκριμένου/παρεμφερούς τύπου και τη μετάθεση της ημερομηνίας αποσφράγισης Οικονομικών Προσφορών μέχρι την λήψη απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

12. 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».

13. 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».

14. 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).

15. 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». 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.

16. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε κριθεί από την ΑΕΠΠ, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή 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. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προκείμενης προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντος φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

17. Επειδή ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, οι οποίες δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμες, χρήζουν δε ενδελεχούς έρευνας, που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων του αναθέτοντος φορέα,

σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

18. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας εκ της προόδου της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποσφράγιση και τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών και την έκδοση οριστικής κατακυρωτικής απόφασης είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα ενώ παράλληλα καθιστά αλυσιτελή την αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

19. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη του αιτούντος από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι της υπό κρίση Προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι ο αναθέτων φορέας συνομολογεί τη βασιμότητα τους και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά του αναθέτοντος φορέα επίκληση καμίας ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, αντιθέτως, ως έγινε δεκτό στη σκέψη 11 της παρούσας, προτείνει τη μετάθεση της ημερομηνίας αποσφράγισης των Οικονομικών Προσφορών μέχρι την λήψη απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

20. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω είναι η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης, ήτοι η αναστολή του ανοίγματος των οικονομικών προσφορών, μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής-ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

**Αριθμός Απόφασης : Α 278 /2019**

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι το άνοιγμα των οικονομικών προφορών, μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 18 Ιουνίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΜΙΧΟΠΟΥΛΟΥ ΜΑΡΙΑ**