

**Αριθμός απόφασης: Α 107 / 2020**

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 16 Μαρτίου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 9.3.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 292/10.3.2020 Προδικαστική Προσφυγή της ατομικής επιχείρησης « .....», που εδρεύει στον ....., επί της οδού ....., αρ. ..., νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Κατά της Περιφέρειας ..... και ειδικότερα κατά της υπ' αριθμ. 237/2020 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ....., με την οποία εγκρίθηκε το με αριθ. 3/27.2.2020 Πρακτικό της Επιτροπής Διεξαγωγής του διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου, στο πλαίσιο ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων, για την προμήθεια: «Εκσυγχρονισμός Συστήματος Φωτεινής Σηματοδότησης στην Περιφέρεια ....., με Κωδικό ....., συνολικού προϋπολογισμού 1.815.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής στο σύνολο των υπό προμήθεια ειδών και απεφασίσθη η ανάδειξη ως οριστικού αναδόχου και η κατακύρωση εν προκειμένω της επίμαχης σύμβασης στην εταιρεία με την επωνυμία « .....», για τους ειδικότερους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

## **Αριθμός απόφασης: Α 107 / 2020**

σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την με αριθ. πρωτ. .... διακήρυξή της, η Περιφέρεια ..... προκήρυξε ανοικτό, άνω των ορίων ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια: «Εκσυγχρονισμός Συστήματος Φωτεινής Σηματοδότησης στην Περιφέρεια ....., με Κωδικό ....., συνολικού προϋπολογισμού 1.815.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής στο σύνολο των υπό προμήθεια ειδών, εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας ύψους 1.815.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ. Το κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 8.8.2018 με ΑΔΑΜ ..... και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ομοίως στις 8.8.2018, όπου έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό ..... Στο πλαίσιο του διαγωνισμού αυτού, συμμετείχαν τρεις (3) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα. Μετά το άνοιγμα των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζόμενων και κατ'αποδοχήν του με αρ. 1/6.11.2018 πρακτικού της Επιτροπής αξιολόγησης και αποσφράγισης προσφορών, διά της υπ' αριθμ. 2577/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ....., έγιναν αποδεκτές οι προσφορές όλων των συμμετεχόντων. Κατά της ως άνω υπ' αριθμ. 2577/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής η συμμετέχουσα εταιρεία με την επωνυμία « .....» υπέβαλε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ ισχυριζόμενη ότι θα πρέπει να απορριφθεί τόσο η προσφορά της συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας όσο και η προσφορά της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία « .....», προσφυγή η οποία έγινε δεκτή δια της με αριθμ. 98/2019 απόφασης της ΑΕΠΠ, κατά της οποίας η εδώ προσφεύγουσα άσκησε την με αρ. κατάθ. ΑΝΜ5/2019 αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πατρών. Η ως άνω αίτηση αναστολής απερρίφθη με την υπ' αριθμ. Ν13/2019 απόφαση του Δικαστηρίου και στη συνέχεια η εδώ προσφεύγουσα άσκησε

## **Αριθμός απόφασης: Α 107 / 2020**

την με αρ. κατάθεσης 91/2019 αίτηση ακύρωσης ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πατρών, επί σκοπώ όπως ακυρωθεί η ως άνω απόφαση της ΑΕΠΠ και αρθεί συνακόλουθα ο αποκλεισμός της από την προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Μέχρι σήμερα δεν έχει εκδοθεί οριστική απόφαση επί της αίτησης ακύρωσης, συναφώς δε προσκομίζει η προσφεύγουσα με την προσφυγή της την υπ' αριθμ. ΓΠ922/9.3.2020 βεβαίωση της Γραμματείας του Δικαστηρίου, σχετικά με την πορεία της υπόθεσης. Συνεπεία αυτού, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα δεν έχει οριστικοποιηθεί ο αποκλεισμός της με ισχύ δεδικασμένου ενώ παράλληλα, δεδομένου ότι η έτερη συμμετέχουσα εταιρεία « .....» δεν άσκησε ένδικα βοηθήματα κατά της ανωτέρω απόφασης της ΑΕΠΠ, δυνάμει της οποίας αποκλειόταν, ο αποκλεισμός της τελευταίας από τη συνέχεια της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας έχει ήδη καταστεί οριστικός. Στη συνέχεια, η αναθέτουσα αρχή διά της υπ' αριθ. 2526/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής και κατ' αποδοχόν του 2<sup>ου</sup> πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, έκανε δεκτή την οικονομική προσφορά της εταιρείας « .....» και κατόπιν τούτου η ως άνω συμμετέχουσα εταιρεία κλήθηκε να προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Τέλος, διά της υπ' αριθ. 237/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής κρίθηκε ότι τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης, που υπέβαλε η εταιρεία με την επωνυμία « .....», είναι πλήρη και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης και κατά συνέπεια αναδείχθηκε οριστική ανάδοχος. Κατά της απόφασης αυτής στρέφεται διά της από 9.3.2020 υπό εξέταση προσφυγής της η προσφεύγουσα επιδιώκοντας την ακύρωση της για τους εκεί προβαλλόμενους λόγους.

2. Επειδή, με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, η οποία χρεώθηκε στο 2<sup>ο</sup> Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 10.3.2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, η προσφεύγουσα, πέραν του αιτήματος να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, επιπλέον επιδιώκει να ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία, μέχρις εκδόσεως οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της.

### **Αριθμός απόφασης: Α 107 / 2020**

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό ....., εκδοθέν για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 7.318,55€, δεδομένου ότι υπολογίζεται επί του 0,5% της προϋπολογισθείσας δαπάνης της προς ανάθεση σύμβασης άνευ ΦΠΑ, η οποία εν προκειμένω ανέρχεται στο ποσό των 1.463.709,68€. Επιπροσθέτως, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου (άρ. 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2, Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017).

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια και υπηρεσία), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της υπόψη σύμβασης, που ανέρχεται σε ποσό 1.463.709,68€ άνευ ΦΠΑ καθώς και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας διά της αποστολής της προκήρυξης στην ΕΕΕΕ (8.8.2019) εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς και του Ν. 4412/2016 (άρ. 6 παρ. 1, 61 παρ. 1). Συνακόλουθα, η κρινομένη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του ως άνω νόμου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, ως ισχύει, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της. Περαιτέρω, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (με α/α συστήματος .....), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 περ. α του Ν.4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α του Π.Δ.39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες, μεταξύ των οποίων και στη προσφεύγουσα, την 28.2.2020, η δε προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 9.3.2020, ήτοι εντός της προβλεπόμενης στις ως άνω διατάξεις δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκησή της.

5. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στρεφόμενη κατά της προσβαλλόμενης, ισχυρίζεται ότι υφίσταται ζημία, αφού εσφαλμένως και

## **Αριθμός απόφασης: Α 107 / 2020**

παρανόμως, διά της ως άνω απόφασης η αναθέτουσα αρχή, έκανε δεκτά τα προσκομισθέντα από την συμμετέχουσα εταιρεία « .....» δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου [κατακύρωσης] και προέβη στην κατακύρωση σε αυτήν της επίμαχης σύμβασης. Πιο συγκεκριμένα η προσφεύγουσα που συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά, επικαλείται ότι ενόψει των κανονιστικού περιεχομένου ρυθμίσεων της διακήρυξης, στο παρόν διαγωνιστικό στάδιο η « .....» θα έπρεπε να προσκομίσει τα ορισθέντα στο άρθρο 9 της διακήρυξης δικαιολογητικά, τόσο αυτά που αφορούν την ίδια όσο και αυτά που αφορούν στην εταιρεία « .....», « .....» όσο και στον ....., που αποτελούν τρίτους δανείζοντες εμπειρία στη συμμετέχουσα. Τα δικαιολογητικά δε αυτά θα έπρεπε να είναι σε ισχύ τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς της (19.9.2018) όσο και κατά το χρόνο κλήσης της για προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης (15.1.2020) υπό την έννοια του εδώ εφαρμοζόμενου άρθρου 80§12 του Ν. 4412/2016. Ωστόσο, στην επίδικη περίπτωση, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η προσωρινή μειοδότη « .....» είτε δεν προσκόμισε καθόλου ορισμένα εκ των απαιτούμενων δικαιολογητικών κατακύρωσης είτε από τα δικαιολογητικά που προσκόμισε δεν προκύπτει ότι η ίδια ή οι τρίτοι φορείς, στην ικανότητα των οποίων στηρίζεται, έφεραν τις κρίσιμες ιδιότητες στο πλαίσιο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή κατά το χρόνο κλήσης για προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Ειδικότερα, παραπονείται η προσφεύγουσα ότι 1) δεν επιτυγχάνεται η προσήκουσα απόδειξη της φορολογικής ενημερότητας εκ μέρους της « .....», 2) δεν προσκομίζεται η ασφαλιστική ενημερότητα για τον ..... και ..... από τον ΕΦΚΑ (πρώην ΕΤΑΑ-ΤΣΜΕΔΕ), ως απαιτείται, νόμιμο εκπρόσωπο και τρίτο στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται η συμμετέχουσα αντιστοίχως, 3) προσκομίζεται μη ισχύον Πιστοποιητικό ΓΕΜΗ εκ μέρους της « ..... », 4) δεν προσκομίζεται Πιστοποιητικό ΓΕΜΗ εκ μέρους της (δανείζουσας τρίτης εταιρείας) « .....» με ισχύ κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς, 5) παραβιάζεται ο όρος περί ονομαστικοποίησης

## **Αριθμός απόφασης: Α 107 / 2020**

μετοχών εκ μέρους της « .....», 6) δεν προσκομίζονται Υπεύθυνες Δηλώσεις που αφορούν στο χρόνο υποβολής της προσφοράς εκ μέρους της « .....», 7) δεν προσκομίζονται Υπεύθυνες Δηλώσεις που αφορούν στο χρόνο υποβολής της προσφοράς εκ μέρους της « .....», 8) δεν προσκομίστηκαν Υπεύθυνες Δηλώσεις εκ μέρους του ..... περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 2 παρ. 2 της διακήρυξης, που πρέπει να καλύπτει το χρόνο υποβολής της προσφοράς και 9) δεν προσκομίστηκαν Υπεύθυνες Δηλώσεις εκ μέρους της « .....» περί μη συνδρομής των λόγων αποκλεισμού του άρθρου 2 παρ. 2 της διακήρυξης, η οποία να καλύπτει το χρόνο υποβολής της προσφοράς. Επιπροσθέτως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα με τον δέκατο λόγο προσφυγής της ότι η καθ'ής εταιρεία υπέβαλε την υπ' αριθμ. .... βεβαίωση του ΕΕΤΕΜ που αφορά στον ..... προς απόδειξη της μη τέλεσης επαγγελματικού παραπτώματος εκ μέρους του, η οποία ωστόσο εσφαλμένως υπεβλήθη σε απλό, ανεπικύρωτο αντίγραφο και κατά τούτο δεν αναπτύσσει έννομα αποτελέσματα. Το ίδιο ισχύει και ως προς την υπ' αριθμ. .... βεβαίωση της ..... όσον αφορά την πιστοποίηση περί ISO 9001:2005 εκ μέρους της « .....», η οποία είναι ομοίως ανεπικύρωτη. Ενόψει τούτων, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της « .....» λόγω των ανωτέρω ελλείψεων στα δικαιολογητικά κατακύρωσης είναι απορριπτέα και επικουρικώς υποστηρίζει ότι, αν ήθελε κριθεί ότι το άρθρο 103 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 εφαρμόζεται υπό την προϊσχύουσα μορφή του, τότε θα πρέπει η αναθέτουσα αρχή να υποχρεωθεί να καλέσει την « .....» να συμπληρώσει τα ελλείποντα δικαιολογητικά κατακύρωσης και να απορρίψει ωστόσο την προσφορά της, εφόσον διαπιστώσει ότι η καθ'ής δεν ανταποκριθεί στις υποχρεώσεις της. Για τους πιο πάνω λόγους, η προσφεύγουσα αιτείται όπως η προσβαλλόμενη απόφαση ακυρωθεί, σωρεύοντας παράλληλα στη προσφυγή της αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας.

6. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής

### **Αριθμός απόφασης: Α 107 / 2020**

προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

7. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν ελεγχθεί και αξιολογηθεί τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του αναδειχθέντος προσωρινού αναδόχου από την αναθέτουσα αρχή και ακολουθεί η σύναψη και υπογραφή της οικείας σύμβασης. Κατ' ακολουθίαν, στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, ουδεμία ανάγκη υφίσταται προς αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων της προσφεύγουσας, αφού δεν υφίστανται οι περιστάσεις εκείνες που να καθιστούν αλυσιτελή τυχόν αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, οι οποίες και θα αιτιολογούσαν τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επέκεινα, τυχόν παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως εκδόθηκε, θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής. Συνεπώς, δεν προκύπτει άμεση βλάβη (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 862018) της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι δεν υφίσταται, κατά τα προρρηθέντα, μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 86/2018, ΣτΕ Ολ 12-15/2018, ΣτΕ ΕΑ Ολ 146-148/2016, ΔΕφΑΘ 26/2019) και την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεδομένου ότι η ισχυριζόμενη ζημία της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο που ευρίσκεται η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, δεν δύναται να αποτραπεί με την αναστολή του διαγωνισμού και τον ορισμό προσωρινών μέτρων.

8. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, δεδομένου ότι

### **Αριθμός απόφασης: Α 107 / 2020**

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), ως προελέχθη ανωτέρω (σκ. 6), ενώ και κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου δεν υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει.

9. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, δεν πληρούται η ratio της διάταξης του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 περί χορήγησης προσωρινών μέτρων για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, το υπό κρίση αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων 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 Μαρτίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Τζέιμου Ελ. Γιάννακα**