

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 05 Μαρτίου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη Πρόεδρο και Εισηγητή, δυνάμει της με αρ. 214/21-02-2018 Πράξη του ίδιου, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, μέλος και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη, μέλος.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στην από 20-02-2018 με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 176/21-2-2018 Προδικαστική Προσφυγή του ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....» με διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στην ....., οδός ..... αρ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής Προσφεύγων), στα πλαίσια της με αριθμό 561/31-7-2017 και συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ: «43990» Διακήρυξης άνω των ορίων Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την προμήθεια με τίτλο: «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΝΟΣ ΠΛΥΝΤΗΡΙΟΥ ΚΑΔΟΥ ΓΙΑ ΤΗΝ ΥΠΗΡΕΣΙΑ ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑΣ» του Δήμου Καλλιθέας, με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής και προϋπολογισμό συνολικής δαπάνης ποσού 201.612,90 € (χωρίς ΦΠΑ) (εφεξής «διαγωνισμό») και κατά α) υπ' αριθμ. 496/20.12.2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Καλλιθέας (1η προσβαλλόμενη πράξη) και β) της υπ' αριθμ. 32/2.2.2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Καλλιθέας (2η προσβαλλόμενη πράξη),

## Αριθμός Απόφασης Α108 / 2018

Προσφυγή, κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ και χρεωθείσα στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 21.01.2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «ΔΗΜΟΣ ΚΑΛΛΙΘΕΑΣ» που εδρεύει στην Καλλιθέα Αττικής και επί της οδού Ματζαγριωτάκη αρ. 76, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Δήμος» ή Αναθέτουσα Αρχή ή ΑΑ) και κατά 1) υπ' αριθμ. 496/20.12.2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Καλλιθέας (1η προσβαλλόμενη πράξη), κατά το μέρος που έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» και ενέκρινε τη συμμετοχή του στο επόμενο (δεύτερο) στάδιο του διαγωνισμού, προκειμένου να κριθεί ως μη αποδεκτή (απορριφθεί) η προσφορά του και να αποκλειστεί αυτός από το επόμενο (δεύτερο) στάδιο του ως άνω διαγωνισμού, διότι α) η εν λόγω πράξη της ΑΑ δεν αναρτήθηκε ποτέ στον οικείο και προβλεπόμενο από τη διακήρυξη τόπο του ΕΣΗΔΗΣ, ήτοι μέσω της λειτουργικότητας «Επικοινωνία» του Συστήματος, όπως ρητά ορίζεται στο άρθρο 16 παρ. 3 της διακήρυξης, αλλά στην κεφαλίδα του συστήματος, β) δεν κοινοποιήθηκε και δεν γνωστοποιήθηκε ποτέ και με κανέναν τρόπο, ούτε με αποστολή μηνύματος ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, ούτε με οποιοδήποτε άλλο τρόπο, νόμιμο ή μη στον προσφεύγοντα, με αποτέλεσμα να απωλέσει νόμιμα δικαιώματά του, με κυριότερο αυτό της άσκησης προδικαστικής προσφυγής και συνεκδοχικά το συνταγματικά κατοχυρωμένο δικαίωμα στην παροχή δικαστικής προστασίας, γ) δεν επισυνάφθηκε στην ως άνω 1<sup>η</sup> προσβαλλόμενη πράξη και δεν αναρτήθηκε το από 11-12-2017 1ο Πρακτικό της αρμόδιας επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, λόγοι που συνιστούν παράβαση ουσιώδους τύπου, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 15 παρ. 2α και 4 της διακήρυξης, δ) επικουρικώς δε και ειδικώς ως προς τη συμμετοχή του οικονομικού φορέα «.....», διότι αφενός κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 9 της διακήρυξης με τίτλο ΤΡΟΠΟΣ ΥΠΟΒΟΛΗΣ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ, και δη των

## **Αριθμός Απόφασης Α108 / 2018**

παραγράφων 4, 9, 12, 13 και 19 αυτού, ο έτερος οικονομικός φορέας υπέβαλε στο φάκελο της τεχνικής προσφοράς του τα από 15.5.2014 και 10.3.2016 πρωτόκολλα παραλαβής των Δήμων Μώλου – Αγίου Κωνσταντίνου και Παύλου Μελά αντίστοιχα, στα οποία δεν αναφέρονται απλώς οικονομικά στοιχεία, αλλά η τελική προσφερόμενη τιμή του υπό προμήθεια είδους (πλυντήριου κάδου), ήτοι του αυτού είδους με την παρούσα διακήρυξη και ούτω ουσιαστικά δημοσιοποιούνται στοιχεία της οικονομικής προσφοράς στο πρώτο στάδιο του διαγωνισμού, προιδεάζοντας και δημιουργώντας προσδοκίες και για το τελικό αποτέλεσμα της οικονομικής προσφοράς του και αφετέρου κατά παράβαση των διατάξεων των Τεχνικών Προδιαγραφών της Διακήρυξης και δη του άρθρου 11 με τίτλο ΠΟΙΟΤΗΤΑ, ΚΑΤΑΛΛΗΛΟΤΗΤΑ ΚΑΙ ΑΞΙΟΠΙΣΤΙΑ ο έτερος οικονομικός φορέας υπέβαλε με την προσφορά του την από 25.5.2010 άδεια λειτουργίας με τίτλο εγγράφου «20. ΑΔΕΙΑ ΣΥΝΕΡΓΕΙΟΥ .....», η οποία φέρεται να καλύπτει μόνο την επισκευή ηλεκτρικών και υδραυλικών συστημάτων, και όχι και των μηχανικών συστημάτων, που αφορούν κυρίως το πλαίσιο του υπό προμήθεια οχήματος, 2) της υπ' αριθμ. 32/2.2.2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Καλλιθέας (2η προσβαλλόμενη πράξη), α) προεχόντως λόγω παράτυπης διεξαγωγής του διαγωνισμού, σύμφωνα με όσα ανωτέρω αναλυτικά αναφέρθηκαν υπό 1) α, β, γ) της παρούσας παραγράφου και στην υπό κρίση προσφυγή στο υπό στοιχείο Β αυτής και β) λόγω πλήρους και παντελούς έλλειψης αιτιολογίας, δεδομένου ότι το εγκριθέν με αυτήν από 16-2-2018 2ο Πρακτικό της αρμόδιας επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, αφενός δεν επισυνάφθηκε σε αυτήν, αφετέρου δεν αναρτήθηκε ποτέ στο ΕΣΗΔΗΣ και δεν κοινοποιήθηκε επίσης ποτέ και με κανέναν τρόπο, νόμιμο ή μη στον προσφεύγοντα, ούτε μέχρι την κατάθεση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής είχε λάβει γνώση του. Έτι, περαιτέρω, ο προσφεύγων ζητεί την αναστολή εκτέλεσης των προσβαλλόμενων και προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και ιδίως την αναστολή της κατακύρωσης της προμήθειας του

## Αριθμός Απόφασης Α108 / 2018

επίμαχου διαγωνισμού στον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «.....» και της κήρυξης αυτού ως οριστικού αναδόχου μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της προδικαστικής προσφυγής του, δοθέντος ότι εκκρεμώσεως της αμφισβήτησης της νομιμότητας αφενός εν γένει της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφετέρου και επικουρικής της συμμετοχής του ως άνω οικονομικού φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας, όσο και ειδικότερα η τυχόν απόφαση κατακύρωσης και κήρυξης οριστικού αναδόχου, τίθεται εν αμφιβόλω, τυχόν δε μάλιστα ακύρωση είτε εν συνόλω της διαγωνιστικής διαδικασίας είτε της προσφοράς του ως άνω οικονομικού φορέα και αποκλεισμού του από το επόμενο (δεύτερο) στάδιο του διαγωνισμού, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμες τις επόμενες εκτελεστές πράξεις της οριστικής κατακύρωσης και της κήρυξης οριστικού αναδόχου τυχόν μη αναστολή εκτέλεσης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά το εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί και δεσμευτεί, του οποίου προσκομίστηκε εκτυπωμένη σελίδα με κατάσταση «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», το ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 191359170958 0417 0020, το οποίο πληρώθηκε εμπρόθεσμα την 16-02-2018, ποσού χιλίων οχτώ Ευρώ και επτά λεπτών του Ευρώ (1.008,07 €), σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α΄ 64) δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 201.612,90 Ευρώ, χωρίς ΦΠΑ.

## **Αριθμός Απόφασης Α108 / 2018**

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την 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.

3. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, του αντικειμένου της (προμήθεια) και της ημερομηνίας αποστολής της για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 27-07-2017, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι Ν. 4412/2016, δυνάμει του άρθρου 230 παρ. 2 β) Ν. 4412/16 και υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και συνεπώς κατά τις οικείες διατάξεις του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 υπάγεται στην δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της (κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 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, η Προσφυγή, τουλάχιστον κατά της 2<sup>ης</sup> προσβαλλόμενης, 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, δεδομένου ότι η 2<sup>η</sup> προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα, μέσω της διαλειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. (Α/Α: 43990) την 8-02-2018 και ο προσφεύγων άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή με κατάθεσή της στον ίδιο ηλεκτρονικό τόπο, την 20-02-2018, ήτοι επομένως την επόμενη εργάσιμη της 18-02-2018 οπότε καταρχήν έληγε η προβλεπόμενη δεκαήμερη προθεσμία, πλην όμως ήταν Κυριακή, η επομένη δε 19-02-2018 ήταν Καθαρά Δευτέρα, επομένως μέρα εξαιρεσίμη και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ. Απαραδέκτως, ωστόσο,

## **Αριθμός Απόφασης Α108 / 2018**

πιθανολογείται ότι με την από 20-02-2018 προσφυγή του στρέφεται κατά της 1<sup>ης</sup> προσβαλλόμενης πράξης, ήτοι της υπ' αριθμ. 496/20.12.2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Καλλιθέας, διότι, μολονότι δεν του κοινοποιήθηκε κατά περιεχόμενο, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, όπως προέβλεπαν οι διατάξεις του άρθρου 16 παρ. 3 της διακήρυξης, από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού προκύπτει ότι, μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, την 12-01-2018 κοινοποιήθηκε σε αυτόν το με αρ. πρωτ. 2356/12-01-2018 έγγραφο της Αναθέτουσας Αρχής περί πρόσκλησης για το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών, από την ρητή διατύπωση στο περιεχόμενο του οποίου έλαβε πλήρη γνώση ότι εκδόθηκε η 1<sup>η</sup> προσβαλλόμενη πράξη, τον αριθμό της, το κυρίως περιεχόμενό της, ότι δηλαδή με την προσβαλλόμενη εγκρίθηκε το πρακτικό της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού και αξιολόγησης προσφορών, σύμφωνα με το οποίο στο επόμενο στάδιο (άνοιγμα οικονομικών προσφορών) προκρίνονται τόσο ο ίδιος ο προσφεύγων όσο και ο έτερος οικονομικός φορέας, κυρίως όμως ότι η εν λόγω 1<sup>η</sup> προσβαλλόμενη πράξη αναρτήθηκε στο σύστημα την 27-12-2017, επομένως από της κοινοποίησης του εν λόγω εγγράφου πιθανολογείται σοβαρά ότι έλαβε γνώση της πράγματι αναρτημένης στο σύστημα (ΕΣΗΔΗΣ: αα 43990) υπ' αριθμ. 496/20.12.2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Καλλιθέας, 1<sup>ης</sup> προσβαλλόμενης, κατά της οποίας δεν στράφηκε με προδικαστική προσφυγή εντός της δεκαήμερης προθεσμίας, κατά 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, αβάσιμα δε ισχυρίζεται ο προσφεύγων ότι την ύπαρξή της πληροφορήθηκε εμμέσως το πρώτον με την κοινοποίηση της 2<sup>ης</sup> προσβαλλόμενης την 08-02-2018. Ομοίως απαραδέκτως πιθανολογείται ότι βάλλει κατά της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς του έτερου οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» με την από 20-02-2018 προσφυγή

## **Αριθμός Απόφασης Α108 / 2018**

του, διότι, την αποδοχή της προσφοράς του γνώριζε, ήδη από 27-01-2018, όταν προσκλήθηκε κατά τα άνω για το άνοιγμα της οικονομικής προσφοράς και του εν λόγω οικονομικού φορέα, δεν ισχυρίζεται δε ότι δεν είχε ήδη από τότε πλήρη πρόσβαση στα ηλεκτρονικώς υποβληθέντα δικαιολογητικά και την τεχνική προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα, απ' όπου άντλησε και τις με την υπό κρίση προσφυγή του επικαλούμενες πλημμέλειες της τεχνικής του προσφοράς, παρά ταύτα βάλλει κατ' αυτής μετά το πέρας της δεκαήμερης προθεσμίας, των διατάξεων του άρθρου 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρου 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016. Καθόσον, ο προσφεύγων δεν επικαλείται άλλη βλάβη του από την 1<sup>η</sup> προσβαλλόμενη, εκτός της αποδοχής της τεχνικής προσφοράς του συνυποψηφίου του, παρά τις πλημμέλειες που με την προσφυγή του προβάλλει ότι αυτή έχει, χωρίς έννομο συμφέρον παραπονείται περαιτέρω γενικώς και αορίστως για παράβαση ουσιώδους τύπου του διαγωνισμού από την μη κοινοποίηση της προσβαλλόμενης και την ένεκα αυτής στέρηση των δικαιωμάτων του για έννομη προστασία. Εξάλλου, κατά της παράλειψης της Αναθέτουσας Αρχής να κοινοποιήσει την 1<sup>η</sup> προσβαλλόμενη σύμφωνα με τις διατάξεις της διακήρυξης ο προσφεύγων είχε δικαίωμα να ασκήσει προδικαστική προσφυγή, εντός της δεκαπενθήμερης προθεσμίας, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, από την συντέλεση της παράλειψης, την 27-12-2017, όταν η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε την προσβαλλόμενη στην κεντρική σελίδα του συστήματος, χωρίς να την κοινοποιήσει στον προσφεύγοντα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του διαγωνισμού, ή άλλως αφότου έλαβε γνώση της παράλειψης αυτής, την 12-01-2018, με την κοινοποίηση από την αναθέτουσα αρχή σε αυτόν μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού του με αρ. πρωτ. 2356/12-01-2018 εγγράφου, πλην όμως καμία προδικαστική προσφυγή δεν άσκησε.

## Αριθμός Απόφασης Α108 / 2018

5. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 ο Προσφεύγων ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον αιτούμενος την ακύρωση της 2<sup>ης</sup> προσβαλλόμενης πράξης, ως παντελώς αναιτιολόγητης, αφού προδήλως βλάπτεται από αυτήν, εφόσον προσωρινός ανάδοχος με αυτήν αναδεικνύεται ο μόνος έτερος οικονομικός φορέας που είχε υποβάλει προσφορά εκτός του προσφεύγοντος, δεν είναι όμως σε θέση να γνωρίζει αν η οικονομική του προσφορά υπολείπταν ή υπερέβαινε την οικονομική προσφορά του έτερου οικονομικού φορέα, ούτε την μέθοδο υπολογισμού που χρησιμοποιήθηκε βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, ούτε την βαθμολογία που έλαβαν οι δύο οικονομικοί φορείς, ούτε τα κριτήρια κατακύρωσης, παρά μόνο την προσφερόμενη τιμή του έτερου οικονομικού φορέα και προσωρινού αναδόχου.

6. Επειδή, σε ό,τι αφορά την αιτιολογία της ελεγχόμενης προσβαλλόμενης πράξης, πρέπει να σημειωθεί ότι για να είναι νόμιμη θα πρέπει σύμφωνα με το άρθρο 17 παρ. 2 του ΚΔΔ/σίας, να είναι, σαφής, πλήρης, ήτοι να περιέχει όλα τα ουσιώδη συγκεκριμένα περιστατικά κατά τρόπο που δεν αφήνει κενά ή αμφιβολίες για την ορθότητα της κρίσης του διοικητικού οργάνου, ειδική, δηλαδή, να μην είναι γενική και αόριστη και να είναι σχετική με όλα τα στοιχεία της προσβαλλόμενης πράξης, με την έννοια ότι όλα τα στοιχεία της αναφέρονται στη συγκεκριμένη περίπτωση που ρυθμίζεται με την πράξη και να προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου (ΣΤΕ 895/2005, 2701/2004). Επίσης, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 20 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, ορίζεται ότι: «Όπου ο νόμος, για την έκδοση διοικητικής πράξης, προβλέπει προηγούμενη γνώμη (απλή ή σύμφωνη) ή πρόταση άλλου Αριθμός Απόφασης : 51 /2018 12 οργάνου, η μεν γνώμη διατυπώνεται ύστερα από ερώτημα του οργάνου πού έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα, η δε πρόταση [...]. Η γνώμη [...] πρέπει να είναι έγγραφη, αιτιολογημένη και επίκαιρη κατά το περιεχόμενό της. Το όργανο πού έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν μπορεί να εκδώσει



## **Αριθμός Απόφασης Α108 / 2018**

πράξη με περιεχόμενο διαφορετικό από αυτό της σύμφωνης γνώμης [...]. Η μη αποδοχή της θετικής σύμφωνης γνώμης [...], καθώς και η απόκλιση από την απλή γνώμη, πρέπει να αιτιολογούνται ειδικώς [...]» (βλ. ΑΕΠΠ 51/2018). Επομένως σε σχέση με την πράξη έγκρισης του πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού που αξιολογεί τεχνικές ή οικονομικές προσφορές των υποψηφίων, αυτή, προκειμένου να περιέχει νόμιμη αιτιολογία αν δεν ενσωματώνεται πλήρως το εν λόγω πρακτικό θα πρέπει με αναφορά και από τα στοιχεία που περιέχονται σε αυτό να αναφέρει τους απρόσωπους κανόνες δικαίου που προβλέπουν την έκδοσή της, την τυχόν ερμηνεία τους, τις νόμιμες προϋποθέσεις που έχουν διαπιστωθεί, την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών καταστάσεων, τον τυχόν απαιτούμενο νομικό χαρακτηρισμό τους, καθώς και τα κριτήρια και οι σκέψεις του διοικητικού οργάνου σχετικά με την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας (ΑΕΠΠ 83/2018).

7. Επειδή, εξάλλου, σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν.4412/2016 και 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, η αναθέτουσα αρχή μπορεί στις Απόψεις της να παραθέσει αρχική ή συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης με την Προδικαστική Προσφυγή πράξης.

8. Επειδή, κατόπιν απλής επισκόπησης της διακήρυξης και της 2<sup>ης</sup> προσβαλλόμενης πράξης, πιθανολογείται ότι η προσβαλλόμενη στερείται νόμιμης ειδικής και εμπειριστατωμένης αιτιολογίας. Και τούτο, διότι, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ούτε ποια ήταν η δική του οικονομική προσφορά αναφέρεται και αν αυτή υπολειπόταν ή υπερέβαινε την οικονομική προσφορά της έτερης διαγωνιζόμενης εταιρείας, ούτε η σταθμισμένη βαθμολογία που κάθε φορέας είχε λάβει, ούτε ο λόγος της συγκριτικής τιμής της προσφοράς κάθε διαγωνιζόμενης εταιρείας προς την βαθμολογία που είχε λάβει, ώστε να δύναται να εξαχθεί η πλέον συμφέρουσα τιμή με βάση τον μικρότερο λόγο της συγκριτικής του προσφοράς κατ' άρθρο 86 παρ. 13 του Ν.

## **Αριθμός Απόφασης Α108 / 2018**

4412/2016 (αρ. 11 εδ. τελευτ. της διακήρυξης), αναφέρεται δε μόνο α) η κατά πλειοψηφία έγκριση του από 16-01-2018 2<sup>ου</sup> πρακτικού της επιτροπής διαγωνισμού, χωρίς να εμπεριέχεται ούτε κατά το σκεπτικό του ούτε κατά την εισήγησή του προς την οικονομική επιτροπή το επίμαχο πρακτικό και β) η ανακήρυξη του έτερου οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» ως προσωρινού αναδόχου με την σε αυτό αναφερόμενη τιμή προσφοράς.

9. Επειδή, με τις με αρ. πρωτ. 12936 από 01-03-2018 Απόψεις της αναθέτουσας αρχής ενώπιόν μας σε καμία συμπλήρωση αρχικής ή συμπληρωματικής της αιτιολογίας της ελεγχόμενης προσβαλλόμενης πράξης δεν προέβη η αναθέτουσα.

10. Επειδή, επομένως, πιθανολογείται βάσιμος ο λόγος περί ελλείψεως αιτιολογίας της 2<sup>ης</sup> προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, η οποία με την οριστική απόφαση της ΑΕΠΠ πιθανολογείται ότι θα ακυρωθεί κατά τούτο, η δε αναθέτουσα αρχή θα πρέπει να ανακηρύξει αιτιολογημένα κατά τα άνω προσωρινό ανάδοχο.

11. Επειδή για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας των ισχυρισμών του προσφεύγοντα σχετικά με τον υπό εξέταση λόγο της προσφυγής του, οι οποίοι πάντως δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι, απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας.

12. Επειδή, μετά ταύτα, ο Προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της ελεγχόμενης προσβαλλομένης και την λήψη του μέτρου της αναστολής προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και ιδίως την αναστολή της κατακύρωσης της προμήθειας του επίμαχου διαγωνισμού στον οικονομικό φορέα με την επωνυμία «.....» και της κήρυξης αυτού ως οριστικού

## Αριθμός Απόφασης Α108 / 2018

αναδόχου μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της προδικαστικής προσφυγής του, δοθέντος ότι εκκρεμούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας αφενός εν γένει της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφετέρου και επικουρικώς της συμμετοχής του ως άνω οικονομικού φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαγωνιστικής διαδικασίας, όσο και ειδικότερα η τυχόν απόφαση κατακύρωσης και κήρυξης οριστικού αναδόχου, τίθεται εν αμφιβόλω, τυχόν δε μάλιστα ακύρωση είτε εν συνόλω της διαγωνιστικής διαδικασίας είτε της προσφοράς του ως άνω οικονομικού φορέα και αποκλεισμού του από το επόμενο (δεύτερο) στάδιο του διαγωνισμού, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμες τις επόμενες εκτελεστές πράξεις της οριστικής κατακύρωσης και της κήρυξης οριστικού αναδόχου.

13. Επειδή, περαιτέρω, 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»*

14. 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*

## **Αριθμός Απόφασης Α108 / 2018**

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»

15. 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).

16. 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».

17. 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

## **Αριθμός Απόφασης Α108 / 2018**

μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

18. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. λήψεως απόφασης παροχής προσωρινών μέτρων είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του - τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου - και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, 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.

19. 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 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.

20. Επειδή, δεδομένου ότι ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η οποία ως προελέχθη κατά ένα μέρος δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη (βλ. σκ. 1-4 και 8-11 της παρούσας αντίστοιχα), απεναντίας ο με την προσφυγή ελεγχόμενος λόγος πιθανολογείται

## **Αριθμός Απόφασης Α108 / 2018**

βάσιμος, 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), ως προελέχθη, ούτε υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα όσα έχουν γίνει δεκτά έως τώρα, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει, ούτε αίτημα προς τον σκοπό αυτό υπέβαλε η αναθέτουσα αρχή ή τρίτος, ούτε σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον μπορεί εν προκειμένω να αρθεί η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη σύμβασης έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, σε βάρος της τήρησης της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008).

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας 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 αυτής από την συνέχιση της διαδικασίας, γιατί και τυχόν είσοδος στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, της υποβολής και ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης προσωρινού μειοδότη, καμία ζημία στην ίδια δεν προκαλούν ούτε και η τυχόν οριστική κατακύρωση μπορεί να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, κατ' άρθρο 316 Ν. 4412/2016 και να υπογραφεί η υπό ανάθεση σύμβαση, ούτε η επικαλούμενη ζημία της από την ελεγχόμενη ως προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτής για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεύει στην

## **Αριθμός Απόφασης Α108 / 2018**

αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. (βλ. ΑΕΠΠ Α75/2017, Α97/2017, Α16/2018). Σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα αρχή δύναται οποτεδήποτε μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής να επανέλθει και να προβεί εκ νέου στην ανακήρυξη προσωρινού αναδόχου του υπό κρίση διαγωνισμού, κατά τα στην προσφυγή νόμιμα και με πλήρη, ειδική και εμπειριστατωμένη αιτιολογία.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και εφόσον ο διαγωνισμός έχει εκ των πραγμάτων προχωρήσει στο τελικό στάδιο, έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων, σε κάθε δε περίπτωση δεν δύναται να υπογραφεί η σύμβαση, το δικαίωμα της προσφεύγουσας και η εύλογη προσδοκία της περί συμμετοχής της στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και εν τέλει στην ανάδειξη αυτής ως αναδόχου της εν λόγω σύμβασης δεν θίγεται σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της προδικαστικής της προσφυγής.

23. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, με την ρητή επισήμανση ότι δεν αίρεται η απαγόρευση σύναψης της υπό ανάθεσης σύμβασης, η οποία εξακολουθεί να ισχύει κατά τις διατάξεις των άρθρων 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και του άρθρου 6 του Π.Δ. 39/2017, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντα πρέπει να απορριφθεί.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 05-03-2018.

**Αριθμός Απόφασης Α108 / 2018**

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2<sup>ΟΥ</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ**

**ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ**