

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 11.06.2021 με την εξής σύνθεση:  
Νικόλαος Σαββίδης Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και  
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από  
02.06.2021 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή  
Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1131/03.06.2021 της εταιρείας  
με την επωνυμία «...» δ.τ. «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου ... και της υπ' αριθμ. ...(πρακτικό της 8ης/2021  
Έκτακτης - δια περιφοράς- συνεδρίασης) απόφασης της Οικονομικής  
Επιτροπής αυτού περί εγκρίσεως του 1<sup>ου</sup> Πρακτικού της αρμόδιας Επιτροπής,  
στο πλαίσιο του προκηρυχθέντος με την υπ' αριθ πρωτ. οικ. 22784/09-12-2020  
Διακήρυξη δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ ...).

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...», με δ.τ. «...».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπόψη Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει  
την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αναδείχθηκε  
προσωρινός ανάδοχος του υπόψη έργου ο οικονομικός φορέας με την  
επωνυμία «...» και δεύτερος, σε σειρά μειοδοσίας ισοβαθμώντας με την  
προσφεύγουσα, ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...», σωρεύοντας

## **Αριθμός απόφασης: Α 118 / 2021**

παράλληλα αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προσφυγής.

2. Επειδή, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπόψη Προσφυγής κατά το μέρος που βάλλει κατά της προσφοράς της και ως εκ τούτου την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης.

3. Επειδή, ο Δήμος ... με την υπ' αριθμ οικ. 22784/09-12-2020 Διακήρυξη προκήρυξε Δημόσιο Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, προϋπολογισθείσας δαπάνης 548.790,32 € (χωρίς Φ.Π.Α 24%), για το έργο «ΑΣΤΙΚΗ ΑΝΑΖΩΟΓΟΝΗΣΗ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ ...– ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΤΗΣ ΟΔΟΥ ... ΓΙΑ ΤΗΝ ΕΝΙΣΧΥΣΗ ΤΗΣ ΕΜΠΟΡΙΚΟΤΗΤΑΣ ΚΑΙ ΕΠΙΣΚΕΨΙΜΟΤΗΤΑΣ» με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφοράς μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Η Διακήρυξη και το πλήρες κείμενο της παρούσας διακήρυξης καταχωρήθηκε στις 14.12.2020 στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. λαμβάνοντας ως αύξοντα αριθμό α/α ηλεκτρονικού διαγωνισμού συστήματος τον αριθμό ... και ΑΔΑΜ .../11-12-2020. Στο Διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορά τέσσερις (4) διαγωνιζόμενοι, ήτοι: η προσφεύγουσα, η εταιρεία «...», η εταιρεία «...» και η εταιρεία «...». Κατά το στάδιο αποσφράγισης και ελέγχου των προσφορών αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος η εταιρεία «...» με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, με μέση έκπτωση 53,03% επί των ομάδων εργασιών του τιμολογίου της μελέτης και ποσό προσφοράς 257.768,30€ (χωρίς Φ.Π.Α.) και την δεύτερη θέση κατάταξης, ισοβαθμώντας με την προσφεύγουσα, έλαβε εξίσου η εταιρεία «...»

4. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016, το νόμιμο παράβολο και συγκεκριμένα κατατέθηκε δεσμεύθηκε και πληρώθηκε ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 2.744,00 ευρώ, το οποίο νομίμως υπολογίστηκε σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης (χωρίς ΦΠΑ).

## **Αριθμός απόφασης: Α 118 / 2021**

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 548.790,32 ευρώ χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

6. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 24.05.2021, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες, και η Προσφυγή ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 03.06.2021, ήτοι εντός της δεκαήμερης προθεσμίας του νόμου.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος της δημοπρατούμενης σύμβασης η εταιρεία «...» και επίσης έγινε αποδεκτή και έλαβε την δεύτερη θέση στην κατάταξη η προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας «...», ματαιώνοντας ως εκ τούτου την προσδοκία της προσφεύγουσας να αναλάβει την εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης. Κατά το μέρος δε που βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας «...», η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι όλως μη νομίμως και αβασίμως η αναθέτουσα αρχή έκανε δεκτή αυτήν. Και τούτο διότι η υποβληθείσα τεχνική προσφορά της εν λόγω εταιρείας παραβιάζει επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις της υπό κρίση διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, καθώς α) δεν προαπέδειξε την, επί ποινή αποκλεισμού, απαίτηση της διακήρυξης για υπέρβαση του «ειδικού» ετήσιου κύκλου εργασιών στην κατηγορία ΟΔΟΠΟΙΙΑ, ποσού άνω των 150.000,00 € κατά την τελευταία τριετία, αφού δήλωσε, στο οικείο πεδίο του ΤΕΥΔ, το γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών της, για την τελευταία τριετία, ο οποίος αναφέρεται σε όλες τις δραστηριότητες και κατηγορίες εργασιών που μπορεί να δραστηριοποιηθεί ο οικονομικός φορέας και β) απέτυχε να εκπληρώσει προαποδεικτικά, την απαίτηση του άρθρου 22.Γ

## Αριθμός απόφασης: Α 118 / 2021

της διακήρυξης, καθώς στο ΜΕΡΟΣ IV, Κριτήρια Επιλογής, ΕΝΟΤΗΤΑ Β (Οικονομική και Χρηματοοικονομική επάρκεια) του ΤΕΥΔ της, δεν ανέφερε, τα πάγια και τα ίδια κεφάλαια, στο πεδίο υπ' αρ. 6 του ΤΕΥΔ της με τίτλο «Λοιπές Οικονομικές ή Χρηματοοικονομικές απαιτήσεις». Κατά το μέρος δε που βάλλει κατά της αποδοχής της προσφοράς της εταιρείας «...», η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι όλως μη νομίμως και αβασίμως η αναθέτουσα αρχή έκανε δεκτή την προσφορά της, διότι αυτή παραβιάζει επί ποινή αποκλεισμού απαιτήσεις της υπό κρίση διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν. Συγκεκριμένα, η με αρ. ε ...εγγυητική επιστολή συμμετοχής εκδόσεως ΤΣΜΕΔΕ που υπέβαλε δεν καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης και του νόμου, σύμφωνα με τις οποίες, ο ελάχιστος χρόνος ισχύος της εγγυητικής επιστολής συμμετέχοντα στο διαγωνισμό, θα ήταν 9 μήνες και 30 ημέρες από την ημερομηνία λήξης υποβολής των προσφορών, δηλαδή, από την 16-04-2021, ενώ η υπό κρίση εγγυητική επιστολή έχει διάρκεια διακοσίων σαράντα οκτώ (248) ημερών, από την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού, ήτοι, έως την 20-12-2021 και συνεπώς, υπολείπεται κατά 41 ημέρες, από τις απαιτούμενες εκ της διακήρυξης και του νόμου.

8. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ το υπ' αριθ. πρωτ. 10252/11.06.2021 έγγραφο με τις απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής της υπόψη Προσφυγής, όπου υποστηρίζει τα εξής : *«Το έργο έχει συνολικό προϋπολογισμό 680.500,00 € , από τα οποία η επιλέξιμη δαπάνη (ποσό χρηματοδότησης από το ΕΣΠΑ) είναι 430.000,00 € , το δε υπόλοιπο ποσό των 250.500,00 € (ΚΑΠ Επενδυτικών δαπανών-ΣΑΤΑ), έχει ήδη δεσμευθεί από τον προϋπολογισμό του έτους 2021 (Κ.Α. : ...) και άρα μέχρι την ολοκλήρωση της διαδικασίας ανάθεσης δεν μπορεί να αποδεσμευτεί και να χρησιμοποιηθεί για άλλες επενδυτικές Δράσεις του Δήμου, γεγονός το οποίο καθιστά επιτακτικό το να συνεχιστεί απρόσκοπτα η διαγωνιστική διαδικασία. □ Η δημοπράτηση του εν λόγω έργου είχε προγραμματιστεί αρχικά στις 22/1/2021 αλλά για λόγους ανεξάρτητους από τη βούληση της Αναθέτουσας Αρχής, υπήρξαν αλληπάλληλες καθυστερήσεις*

## **Αριθμός απόφασης: Α 118 / 2021**

*(αδυναμία Συγκρότησης Επιτροπής Διενέργειας λόγω συνεχιζόμενων απεργιών), ο οποίος τελικά έγινε στις 22/4/2021 , γεγονός το οποίο ήδη έχει οδηγήσει σε σημαντικές καθυστερήσεις στις διαδικασίες του εν λόγω διαγωνισμού. □ Το έργο, σύμφωνα με την Απόφαση Ένταξης με ΑΔΑ: ..., συγχρηματοδοτείται από το ΕΣΠΑ (Ευρωπαϊκό Ταμείο Περιφερειακής Ανάπτυξης- ΕΤΠΑ) και άρα οιαδήποτε περαιτέρω καθυστέρηση στο διαγωνισμό μπορεί να οδηγήσει σε απώλεια πόρων για την υλοποίηση του σημαντικού αυτού έργου. Μετά τους προαναφερθέντες λόγους, αιτούμαστε την απόρριψη του αιτήματος της Προσφεύγουσας εταιρείας ..., για αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας και για λήψη κάθε κατάλληλου, κατά την κρίση της ΑΕΠΠ, μέτρου, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής».*

9. Επειδή, επί της Προσφυγής παρεμβαίνει η εταιρεία «...» με την από 11.06.21 Παρέμβασή της, η οποία ασκήθηκε εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 7 του Π.Δ.39/2017, καθότι η υπόψη Προσφυγή κοινοποιήθηκε σε αυτήν μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 03.06.2021 και η Παρέμβαση ασκήθηκε εντός της δεκαήμερης προς τούτο προθεσμίας, η δε παρεμβαίνουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει προς διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης, για τους λόγους που αναλυτικώς εκθέτει στην Παρέμβασή της.

10. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ως ισχύει ορίζεται ότι: «1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της

## **Αριθμός απόφασης: Α 118 / 2021**

απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 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 μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, 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 δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

11. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. 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.

12. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν : α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το μη προδήλως अपαράδεκτο της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.), γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον

## **Αριθμός απόφασης: Α 118 / 2021**

του και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων 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.

13. Επειδή, οι αιτιάσεις που επικαλείται η προσφεύγουσα δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμες, σε κάθε περίπτωση, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας χρήζουν επισταμένης αξιολόγησης που δεν είναι δυνατόν να λάβει χώρα στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 496/2011, ΔΕφΑθ 46/2015, 41/2015, 20/2015), του επιληφθέντος Κλιμακίου της ΑΕΠΠ επιφυλασσόμενου να αποφανθεί περί τούτων με την οριστική απόφασή του επί των προσφυγών. Τούτο δε, διότι, απαιτείται προηγουμένως ενδελεχής μελέτη του συνόλου των εγγράφων της σύμβασης, των προσφορών και των όρων της διακήρυξης καθώς επίσης και συνεκτίμηση των απόψεων και των πορισμάτων της επιστήμης και της νομολογίας. Σε κάθε δε περίπτωση, η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη.

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 παρ. 1 του ν. 4412/2016, 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 της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366. Επίσης, στο άρθρο 364 παρ. 2 προβλέπεται ότι : «2. Η παράγραφος 1 δεν εφαρμόζεται στις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν δεν απαιτείται προηγούμενη δημοσίευση της προκήρυξης, β) αν υποβλήθηκε μόνο μία (1) προσφορά και δεν υπάρχουν ενδιαφερόμενοι υποψήφιοι και γ) εφόσον πρόκειται για εκτελεστική σύμβαση συμφωνίας - πλαίσιο σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 39, ή για σύμβαση

## **Αριθμός απόφασης: Α 118 / 2021**

που συνάπτεται στο πλαίσιο Δυναμικού Συστήματος Αγορών, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 33 και 270».

15. Επειδή, τα ανωτέρω στοιχούν και στην υπό κρίση περίπτωση, στο μέτρο που με την προσβαλλόμενη απόφαση αποφασίστηκε η κήρυξη προσωρινού αναδόχου. Συνεπώς, δεδομένου του εκ του νόμου 4412/2016 κωλύματος υπογραφής της σύμβασης άμα την κατάθεση προδικαστικής προσφυγής, ουδέν προστατευτέο δικαίωμα υφίσταται προς διασφάλιση στο στάδιο της προσωρινής έννομης προστασίας.

16. Επειδή, συνακόλουθα, δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση του κατάλληλου προσωρινού μέτρου, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής-λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 11 Ιουνίου 2021 και εκδόθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 14 Ιουνίου 2021.

**Ο Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Νικόλαος Σαββίδης**

**Μιχαήλ Σοφιανός**



**Αριθμός απόφασης: Α 118 / 2021**