

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου, Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής - λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 5.10.2020 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1419/6.10.2020 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «\*\*\*\*\*», με διακριτικό τίτλο «\*\*\*\*\*», που εδρεύει στο \*\*\*\*\* ,όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του \*\*\*\*\*., με διακριτικό τίτλο «\*\*\*\*\*» ή «\*\*\*\*\*», (εφεξής «αναθέτων φορέας»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει, προεχόντως, να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί το προσβαλλόμενο υπ' αρ. \*\*\*\*\* πρακτικό του αναθέτοντος φορέα και ειδικά κατά το μέρος που έκρινε ως αποδεκτές τις προσφορές των εταιρειών \*\*\*\*\* και \*\*\*\*\* . Στην προσφυγή της η προσφεύγουσα σωρεύει και αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων με το οποίο αιτείται να ανασταλεί κάθε περαιτέρω εξέλιξη της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Ευαγγελία Μιχολίτση.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με το τεύχος δημοπράτησης \*\*\*\*\* του αναθέτοντος φορέα προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Δημόσιος Διαγωνισμός με αντικείμενο την προμήθεια «Πύργων Γραμμών μεταφοράς 150 kV& 400 kV», συνολικού προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ 6.399.000 ευρώ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον

συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της χαμηλότερης τιμής ανά είδος, συνυπολογίζοντας το κόστος των δοκιμών του άρθρου 15Γ II 6 κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 7 της διακήρυξης. Προκήρυξη σύμβασης, ήτοι το τυποποιημένο έντυπο «Προκήρυξη», απεστάλη, μέσω της διαδικτυακής πύλης [simap.europa.eu](http://simap.europa.eu), για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 14.02.2020 (ΕΕΣ : 2020/S \*\*\*. Η προκήρυξη σύμβασης δημοσιεύθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 19.02.2020 με ΑΔΑΜ: \*\*\*\*\*, καθώς και στην πλατφόρμα ηλεκτρονικών διαγωνισμών της Εταιρείας cosmoONE (Συστημικός Αριθμός \*\*\*\*\*)).

2. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό \*\*\*\*\*, εξοφληθέν δυνάμει του από 5.10.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Πειραιώς, δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της σχετικής σελίδας της Γ.Γ.Π.Σ.), ύψους 15.000,00€.

3. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή, ενόψει του αντικειμένου του διαγωνισμού, της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της Διακήρυξης, σύμφωνα με τα άρθρα 5 περ. β), 61 παρ. 1, 120 παρ. 1, 376 και 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και στην καθ' ύλην και κατά χρόνο αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή έχει κατατεθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τύπου του διαγωνισμού στην πλατφόρμα της Cosmoone στις 25.09.2020, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα, όπως άλλωστε και η ίδια δηλώνει και η προσφυγή κατατέθηκε

στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 5.10.2020, κοινοποιήθηκε, δε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. από την προσφεύγουσα αυθημερόν.

5. Επειδή, μετ' εννόμου συμφέροντος ασκεί η προσφεύγουσα την προδικαστική προσφυγή, αμφισβητώντας την νομιμότητα των προσφορών και συγκεκριμένα του φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών προσφορών δύο οικονομικών φορέων, δεδομένου ότι δεν έχουν οριστικοποιηθεί τα αποτελέσματα αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών.

6. Επειδή, στις 6.10.2020 ο αναθέτων φορέας προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο μέσω του συστήματος «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, στις 9.10.2020 ο αναθέτων φορέας απέστειλε τις από 9.10.2020 απόψεις του επί του αιτήματος αναστολής της προσφεύγουσας, επικαλούμενος λόγους δημοσίου συμφέροντος και δη κινδύνους «διακοπής της συνεχούς και αδιάλειπτης παροχής ηλεκτρικού ρεύματος στους καταναλωτές και ιδιαιτέρως ζημιογόνες συνέπειες στη λειτουργία του ίδιου του Συστήματος».

8. Επειδή, όπως προαναφέρθηκε, με το τεύχος δημοπράτησης \*\*\*\*\* του αναθέτοντος φορέα προκηρύχθηκε Ανοικτός Ηλεκτρονικός Δημόσιος Διαγωνισμός με αντικείμενο την προμήθεια «Πύργων Γραμμών μεταφοράς 150 kV & 400 kV», συνολικού προϋπολογισμού χωρίς ΦΠΑ 6.399.000 ευρώ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει της χαμηλότερης τιμής ανά είδος, συνυπολογίζοντας το κόστος των δοκιμών του άρθρου 15Γ ΙΙ 6 κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στο άρθρο 7 της διακήρυξης. Στο διαγωνισμό συμμετείχαν, υποβάλλοντας προσφορές, 6 οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα, η \*\*\*\*\* και η \*\*\*\*\* . Με το προσβαλλόμενο Πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού, το οποίο κατά το οικείο κανονιστικό πλαίσιο συνιστά εκτελεστή πράξη, κρίθηκαν αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές όλων των

διαγωνιζομένων. Κατά αυτού ασκήθηκε η περιλαμβάνουσα το εξεταζόμενο αίτημα αναστολής προδικαστική προσφυγή.

9. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: «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 ...». Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

10. 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».

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, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

13. 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 του 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.

14. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή της, η προσφεύγουσα, όπως αναλυτικότερα αναπτύσσει στην προσφυγή της, προβάλλει συγκεκριμένους ισχυρισμούς ως προς την αιτιολογία της προσβαλλόμενης αναφορικά με την αποδοχή των προσφορών (φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικών

προσφορών) των δύο συμμετεχόντων οικονομικών φορέων, \*\*\*\*\* και \*\*\*\*\* ..

15. Επειδή, εν προκειμένω, έχουν ήδη αποσφραγιστεί οι οικονομικές προσφορές όλων των συμμετεχόντων, χωρίς να έχει κοινοποιηθεί πράξη αξιολόγησής τους. Σύμφωνα, δε, με το οικείο άρθρο ΙΙ (Αξιολόγηση (υπο)φακέλου «Οικονομική Προσφορά» ) παρ. 2 της διακήρυξης αναφέρεται το εξής *«Η Επιτροπή Διαγωνισμού προβαίνει στην αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών σύμφωνα με το κριτήριο ανάθεσης του άρθρου 7 παράγραφο 1 της διακήρυξης. Στην περίπτωση που η διαφορά μεταξύ της πρώτης και της δεύτερης σε σειρά κατάταξης μειοδοσίας οικονομικής προσφοράς υπερβαίνει το 10%, θα διενεργηθεί ηλεκτρονικός πλειστηριασμός. Στην περίπτωση αυτήν η Επιτροπή Διαγωνισμού προβαίνει πριν την διενέργεια του πλειστηριασμού σε μια πρώτη πλήρη αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών, σύμφωνα με το κριτήριο ανάθεσης»*.

16. Επειδή, περαιτέρω, στο άρθρο 16 της διακήρυξης με τίτλο «Ηλεκτρονικοί πλειστηριασμοί» και δη στην παρ. 4 αναφέρεται αυτολεξεί *«Αμέσως μετά την ολοκλήρωση κάθε Ηλεκτρονικού Πλειστηριασμού, το Σύστημα παρέχει έγγραφη πλήρη και αναλυτική αναφορά, για το αποτέλεσμα αυτού»*. Επισημαίνεται, δε, ότι κατά τους γενικούς όρους ηλεκτρονικών πλειστηριασμών (σελ. 30 διακήρυξης), κάθε οικονομικός φορέας γνωρίζει κατά τη διάρκεια του πλειστηριασμού α) την τιμή εκκίνησης, την τιμή της τελευταίας υποβληθείσας προσφοράς του, γ) την θέση / κατάταξη του και σε περίπτωση ισοψηφίας) και δ) τον υπολειπόμενο χρόνο διάρκειας του Ηλεκτρονικού Πλειστηριασμού.

17. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε, δε, περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται, κατά τα προαναφερόμενα, συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, θεμελιώνοντας έτσι το έννομο συμφέρον της ως στοιχείο του παραδεκτού της υπό εξέταση αίτησης. Ενόψει, δε, των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή, καθίσταται προφανές ότι οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας,

εμπεριέχουν δε τεχνική κρίση που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ46/2015, 41/2015, 35/2015, 10/2015, 9/2015).

18. Επειδή, κατά πάγια νομολογία έχει κριθεί ότι, σύμφωνα με τη γενική αρχή της μυστικότητας των οικονομικών προσφορών που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς (βλ. ΣτΕ 843/2010, Ε.Α. 880/2010, 1177/2009), μετά την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών δεν είναι επιτρεπτή, για οποιονδήποτε λόγο, η το πρώτον ή η εκ νέου αξιολόγηση τεχνικών προσφορών ή η το πρώτον αιτιολόγηση της βαθμολογίας αυτών, αφού οι διαδικαστικές αυτές ενέργειες με γνωστές τις οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων δεν διασφαλίζουν συνθήκες πραγματικού ανταγωνισμού (πρβλ. ΣτΕ 4282, 2321/2009, Ε.Α. ΣτΕ 1177/2009, 779/2002 κ.ά.). Συνακόλουθα, εν προκειμένω δεδομένου ότι δεν έχουν οριστικοποιηθεί τα αποτελέσματα του σταδίου αξιολόγησης οικονομικών προσφορών και θα μπορούσε να τεθεί σε εφαρμογή η διαδικασία του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού, η νομιμότητα της οποίας ερείδεται επί της αξιολόγησης των προσφορών προεχόντως των δύο χαμηλότερων σε τιμή βάσει υποβληθείσας οικονομικής προσφοράς, η τυχόν επανάληψη της διαδικασίας του πλειστηριασμού σε κάθε περίπτωση νοθεύει και την μυστικότητα που τηρείται κατά τη διενέργεια του ηλεκτρονικού πλειστηριασμού (βλ. σκ. 16) δημιουργώντας πέραν της χρονοτριβής εις βάρος της ολοκλήρωσης της ανάθεσης του αντικειμένου που προκηρύσσεται με την υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία και έρεισμα για την ματαίωση της διαδικασίας. Τα ως άνω, δε, μπορούν να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας.

19. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη σύναψη σύμβασης για την παροχή της προκηρυχθείσας προμήθειας. Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣτΕ 840/2008).

20. Επειδή, υπάρχει επίκληση ζημίας από τον αναθέτοντα φορέα, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του, δηλαδή, σε

σχέση με τη χορήγηση προσωρινών μέτρων επί τη βάσει του δημοσίου συμφέροντος. Δεν υπάρχει, ωστόσο, επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του σε περίπτωση χορήγησης προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη. Εξάλλου, η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια, και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία.

21 .Επειδή, συνακόλουθα, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής, κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων, λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

22. Επειδή, συνεπώς, πρέπει να διαταχθεί, η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

23. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής από την ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τα άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 15 Οκτωβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 16 Οκτωβρίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Μιχαήλ Οικονόμου**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Μαρία Κατσαρού  
α/α Ξένος Γεώργιος**