

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**7<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 15 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση:, Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην, από 10.12.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 1868/10.12.2020 της Ανώνυμης Εταιρείας με την επωνυμία «“...” » που εδρεύει στον “...”, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του “...” (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή, η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ’ αριθμ. 298/2020 Απόφαση (Απόσπασμα από το Πρακτικό της 28<sup>ης</sup>/17.11.2020 Τακτικής Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του “...” (ΑΔΑ: “...” ), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε κατά πλειοψηφία η ακύρωση του από 13.11.2020 1<sup>ου</sup> Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που κρίθηκε ότι το ποσοστό έκπτωσης της προσφοράς της προσφεύγουσας, ως προσωρινού μειοδότη του διαγωνισμού, δεν είναι συμφέρον και αποφασίστηκε η επανάληψη του επίμαχου διαγωνισμού. Ταυτόχρονα, η προσφεύγουσα σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα να διαταχθούν προσωρινά μέτρα που θα αναστέλλουν την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης, ιδίως δε τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την έκδοση νέας διακήρυξης προς διενέργεια εν γένει διαγωνισμού με το ίδιο αντικείμενο, μέχρι και την έκδοση Απόφασης επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, κατά την έννοια του άρθρου 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, ο “...” ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Διαγωνισμό κάτω των ορίων, με αριθμό Διακήρυξης “...” και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) “...”, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 19.10.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) “...”, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), για την ανάδειξη αναδόχου για την κατασκευή του έργου «“...”», (CPV: “...”), εκτιμώμενης αξίας εξακοσίων τριάντα χιλιάδων οκτακοσίων σαράντα ευρώ και δώδεκα λεπτών (630.840,12 €) πλέον Φ.Π.Α. 24%, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 9<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2020, ημέρα Δευτέρα και ώρα 14:00 μ.μ. και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 13<sup>η</sup> Νοεμβρίου 2020, ημέρα Παρασκευή και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 09.11.2020 και ώρα 13:55:44 μ.μ. την υπ’ αριθμ. 170147 προσφορά της στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή της στρέφεται κατά της υπ’ αριθμ. 298/2020 Απόφασης (Απόσπασμα από το Πρακτικό της 28<sup>ης</sup>/17.11.2020 Τακτικής Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του “...” (ΑΔΑ: “...”), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 30.11.2020, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 10.12.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την υπό κρίση προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται ότι η αναθέτουσα αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που κρίθηκε ότι το ποσοστό έκπτωσης της προσφοράς της προσφεύγουσας, ως προσωρινού μειοδότη του διαγωνισμού, δεν είναι συμφέρον και αποφασίστηκε

## **Αριθμός Απόφασης: Α280/2020**

η επανάληψη του επίμαχου διαγωνισμού, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή στο σύνολό της η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή της, β) να ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 298/2020 Απόφαση (Απόσπασμα από το Πρακτικό της 28<sup>ης</sup>/17.11.2020 Τακτικής Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του "... (ΑΔΑ: "... ), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε κατά πλειοψηφία η ακύρωση του από 13.11.2020 1<sup>ου</sup> Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που κρίθηκε ότι το ποσοστό έκπτωσης της προσφοράς της προσφεύγουσας, ως προσωρινού μειοδότη του διαγωνισμού, δεν είναι συμφέρον και αποφασίστηκε η επανάληψη του επίμαχου διαγωνισμού, γ) να κριθεί ότι παρανόμως κρίθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας ως μη συμφέρουσα από οικονομική άποψη για την αναθέτουσα αρχή συνακόλουθα, δ) να κριθεί ότι παρανόμως αποφασίστηκε η ακύρωση του 1<sup>ου</sup> Πρακτικού του διαγωνισμού, η ματαίωση αυτού και η επαναπροκήρυξή του, ε) να συνεχιστεί και να ολοκληρωθεί ο προκείμενος διαγωνισμός, στ) να ανακηρυχθεί η προσφεύγουσα οριστική ανάδοχος και να της ανατεθεί η εκτέλεση του προκείμενου έργου και στ) να της επιστραφεί το υποβληθέν παράβολο.

4. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα εταιρεία αιτείται να διαταχθούν προσωρινά μέτρα που θα αναστέλλουν την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης, ιδίως δε τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την έκδοση νέας διακήρυξης προς διενέργεια εν γένει διαγωνισμού με το ίδιο αντικείμενο, μέχρι και την έκδοση Απόφασης επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, κατά την έννοια του άρθρου 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η 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.

## **Αριθμός Απόφασης: Α280/2020**

6. Επειδή, έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου "..."), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 10.12.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της "...", ποσού τριών χιλιάδων εκατόν πενήντα πέντε ευρώ (3.155,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

7. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην 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.

9. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

11. Επειδή, στις 11.12.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

12. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από την Πρόεδρο του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 2197/10.12.2020 Πράξης της «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής και Εισηγητή – Κλήση Περί Απόψεων Επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε στις 11.12.2020 και δεν υπέβαλε εντός της οριζόμενης προθεσμίας στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και

## **Αριθμός Απόφασης: Α280/2020**

του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με το αίτημα για χορήγηση προσωρινών μέτρων και την υπό κρίση προσφυγή.

13. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κρίθηκε κατ' αρχήν αποδεκτή, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 298/2020 Απόφασης (Απόσπασμα από το Πρακτικό της 28<sup>ης</sup>/17.11.2020 Τακτικής Συνεδρίασης) της Οικονομικής Επιτροπής του "... (ΑΔΑ: "... ), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε κατά πλειοψηφία η ακύρωση του από 13.11.2020 1<sup>ου</sup> Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που κρίθηκε ότι το ποσοστό έκπτωσης της προσφοράς της προσφεύγουσας, ως προσωρινού μειοδότη του διαγωνισμού, δεν είναι συμφέρον και αποφασίστηκε η επανάληψη του επίμαχου διαγωνισμού.

Νομίμως και κατ' αρχήν παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7<sup>ου</sup> Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

14. Επειδή, από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 20 παρ. 1, 94 και 95 του Συντάγματος, συνάγεται ότι ο κοινός νομοθέτης υποχρεούται να εξασφαλίζει τη δυνατότητα έννομης προστασίας έναντι των εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών. Η προστασία αυτή, δεν αφορά μόνο την οριστική επίλυση της διαφοράς, αλλά περιλαμβάνει και την προσωρινή δικαστική προστασία, δηλαδή τη λήψη του μέτρου που κρίνεται κατάλληλο για να αποσοβηθεί η ανεπανόρθωτη βλάβη, που κατά περίπτωση συνδέεται με την άμεση εκτέλεση της διοικητικής πράξης, ήτοι για να αποσοβηθεί η ματαίωση του σκοπού, για τον οποίο παρέχεται το κύριο ένδικο βοήθημα. Ως ανεπανόρθωτη δε βλάβη, η αποσώβηση της οποίας καθιστά, συνταγματικά επιβεβλημένη την παροχή προσωρινής προστασίας, νοείται όχι μόνον η κατά κυριολεξία μη

## Αριθμός Απόφασης: Α280/2020

αναστρέψιμη, αλλά και εκείνη, της οποίας η αποκατάσταση, υπό τις συγκεκριμένες οικονομικές και λοιπές συνθήκες, είναι για το διάδικο δυσχερής σε τέτοιο βαθμό, ώστε να αδυνατεί πράγματι να την επιτύχει.

15.Επειδή, περαιτέρω έχει κριθεί (ΔΕφΑθ 196/2017) ότι, η αναστολή εκτελέσεως διοικητικής πράξεως επιτρέπεται, κατ' αρχήν, μόνο για τη διατήρηση υφισταμένης πραγματικής καταστάσεως και όχι για τη δημιουργία νέας. Κατά συνέπεια, επί ασκήσεως ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης με την οποία ακυρώνεται η διαδικασία διεξαγομένου διαγωνισμού, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτελέσεως της πράξεως αυτής, διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με επιβολή στη Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει τον διαγωνισμό και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στη δημιουργία νέας κατάστασης. Εάν όμως πιθανολογείται σοβαρώς ότι η ματαίωση του διαγωνισμού εχώρησε κατά παράβαση κανόνα του κοινοτικού ή εθνικού δικαίου, το Δικαστήριο και εν προκειμένω η Α.Ε.Π.Π. μπορεί, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία του αιτούντος από την εν λόγω παράβαση, να διατάξει, ως ασφαλιστικό μέτρο, τη μη έκδοση νέας διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού με το αυτό αντικείμενο (ΕΑ ΣτΕ 368/2016, 154/2016, 127/2016 κ.α.).

16.Επειδή, ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή, καθίσταται προφανές ότι η αξιολόγηση και η διαπίστωση της βασιμότητας και η οριστική κρίση επί των προβαλλόμενων λόγων προσφυγής της προσφεύγουσας απαιτεί ενδελεχή έρευνα, εμπεριέχει δε κρίση που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 631/2011, 367/2008, 709/2007 ΔΕφΑθ (Συμβ) 109/2011, 166/2011 9/2015, 10/2015, 35/2015, 41/2015, 46/2015), αλλά ανήκει στην κρίση του Δικαστηρίου, εν προκειμένω την Α.Ε.Π.Π., η οποία θα κρίνει επί της ασκηθείσας Προδικαστικής Προσφυγής υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας.

## **Αριθμός Απόφασης: Α280/2020**

17.Επειδή, ενόψει των όσων εκτέθηκαν αναλυτικά στην παρούσα, οι προβαλλόμενοι με την κρινόμενη προσφυγή λόγοι δεν πιθανολογούνται ότι είναι προδήλως αβάσιμοι ή απαράδεκτοι.

18.Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη σύναψη σύμβασης για την επισκευή και συντήρηση των δημοτικών οδών για τις ανάγκες του Δήμου Ζακύνθου. 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). Συνεπώς, το οικείο Κλιμάκιο, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, καθώς και τα συμφέροντα της προσφεύγουσας και της αναθέτουσας αρχής, κρίνει ότι πρέπει να διαταχθεί, η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης περιλαμβανομένης και της επαναπροκήρυξης νέας διαγωνιστικής διαδικασίας.

19.Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της Αναθέτουσας Αρχής από την έκδοση οιασδήποτε Απόφασης, τη διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή/και τη ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης ενέργειας και ειδικότερα την επαναπροκήρυξη νέας διαγωνιστικής διαδικασίας, καθ' όσον σε περίπτωση αποδοχής της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, όλες οι επόμενες (της νυν προσβαλλόμενης), πράξεις θα είναι άκυρες, μέχρι την έκδοση Απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής. Εξάλλου, η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία πλην 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 προκύπτει υπέρμετρη καθυστέρηση της διαδικασίας.

20.Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της επαναπροκήρυξης νέας διαγωνιστικής

διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που κριθεί με την Απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα, γιατί παραβιάζει τις κείμενες διατάξεις για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, αλλά και τις θεμελιώδεις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, της αναλογικότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού.

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

**Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα περί χορήγησης αναστολής-προσωρινών μέτρων.

Αναστέλλει την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης, ιδίως δε τη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και την έκδοση νέας διακήρυξης προς διενέργεια εν γένει διαγωνισμού με το ίδιο αντικείμενο, μέχρι και την έκδοση Απόφασης επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, κατά την έννοια του άρθρου 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 15 Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη**

**Ελένη Λεπίδα**