

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της την 27<sup>η</sup> Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αποκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής του διαγωνισμού, που ενσωματώνεται στην από 16.07.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1426/19.07.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΣ ...-ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑΚΗ ΕΝΟΤΗΤΑ ...(εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή στην οποία σωρεύεται και αίτημα αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αριθ. 750/2021 απόφαση της αναθέτουσας αρχής, που ελήφθη στα πλαίσια του διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την *Προμήθεια και Εγκατάσταση Εξοπλισμού Μονάδας Παραγωγής Ηλεκτρικής Ενέργειας από Φωτοβολταϊκό Σύστημα Ισχύος 500 KWp (virtual net metering)*, προϋπολογισμού ευρώ 427.870 χωρίς ΦΠΑ (ημερομηνία αποστολής για δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της ΕΕΕΕ την 28-12-2020, ΚΗΜΔΗΣ .../4-01-2021, ΕΣΗΔΗΣ ...), με την οποία αποφασίστηκε η απόρριψη των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου που υπέβαλε η προσφεύγουσα, η απόρριψη της προσφοράς της, η κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής και η ματαίωση του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευτεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 2.140,00 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., και το από 19-7-2021 υπηρεσιακό ηλεκτρονικό μήνυμα του αρμόδιου υπαλλήλου ΑΕΠΠ).

2. Επειδή, στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ καθ' ύλην και κατά χρόνο λόγω προϋπολογιζόμενης αξίας της προμήθειας και χρόνου αποστολής της διακήρυξης για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ, εμπροθέσμως προσηκόντως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε με ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 16-7-2021 η υπό κρίση προσφυγή, κατά της προσβαλλόμενης απόφασης που κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 6-7-2021, η οποία είναι εκτελεστή πράξη, η δε προσφυγή δεν προκύπτει ως προδήλως εν συνόλω απαράδεκτη ή ουσία αβάσιμη. Ειδικότερα η προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της και αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό στον οποίο συμμετείχε μέχρι τότε ως η μόνη αποδεκτή διαγωνιζόμενη, αποφασίστηκε η κατάπτωση της εγγύησής της συμμετοχής και η ματαίωση του διαγωνισμού. Ειδικότερα όμως, είναι απορριπτέο ως απαράδεκτο το αίτημα της προσφυγής περί αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης και ιδία κατά το μέρος που αποφασίζεται η ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας και η επαναπροκήρυξή της. Και τούτο διότι αφ' ενός μεν, όπως έχει ad hoc κριθεί κατά παγία νομολογία «*Επί ασκήσεως αίτησης ασφαλιστικών μέτρων κατά πράξης, με την οποία αφενός μεν ακυρώνεται η διαδικασία διεξαχθέντος διαγωνισμού, αφετέρου δε διατάσσεται η προκήρυξη νέου διαγωνισμού με το ίδιο αντικείμενο, δεν υπάρχει στάδιο αναστολής εκτελέσεως της πράξης, κατά το μέρος που με αυτήν ματαιώνεται, τελικώς, το αποτέλεσμα του διαγωνισμού διότι η χορήγηση αναστολής θα ισοδυναμούσε με την επιβολή στη Διοίκηση της υποχρέωσης να συνεχίσει και να ολοκληρώσει τον διαγωνισμό με την έκδοση κατακυρωτικής πράξης και θα οδηγούσε, κατ' αυτόν τον τρόπο, στη δημιουργία νέας πραγματικής*

## Αριθμός απόφασης: Α 280/2021

κατάστασης, ενώ αντίθετα η αναστολή εκτελέσεως διοικητικής πράξεως επιτρέπεται, καταρχήν, μόνο για τη διατήρηση υφιστάμενης πραγματικής κατάστασης και όχι για τη δημιουργία νέας. Εάν όμως πιθανολογείται σοβαρά ότι η ακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού εχώρησε κατά παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή του εθνικού δικαίου, η Επιτροπή Αναστολών μπορεί να διατάξει, ως ασφαλιστικό μέτρο, είτε τη μη έκδοση νέας διακήρυξης προς διενέργεια διαγωνισμού με το ίδιο αντικείμενο, είτε, εάν εχώρησε ήδη επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού, την αναστολή της νέας διαγωνιστικής διαδικασίας.» (ΣΤΕ 88/2015 (ΑΣΦ), ΣΤΕ 121/2015 (ΑΣΦ), ΔΕφΑΘ 437/2015 (ΑΝΑΣΤ), ΔΕφΑΘ 70/2013 (ΑΣΦ), ΔΕφΑΘ 713/2013 (ΑΣΦ), ΣΤΕ 228/2012 (ΑΣΦ), 432/2012, 500/2012, ΔΕφΑΘ 443/2012 (ΑΣΦ), 803/2012, 835/2012, και περαιτέρω αναφερόμενη στις παραπάνω αποφάσεις παγία νομολογία). Αφ' ετέρου δε το αίτημα ακύρωσης της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που αποφασίζεται η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού είναι απορριπτέο ως αβάσιμο διότι δεν αποφασίστηκε με την προσβαλλόμενη η επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού. Κατά τα λοιπά η προσφεύγουσα αιτείται βασίμως και παραδεκτώς την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης συγκεκριμένα ως προς την μη -τυχόν μελλοντική- επαναπροκήρυξη και επανάληψη του διαγωνισμού.

3. Επειδή με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκαν τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσφεύγουσας και μόνης διαγωνιζόμενης - καθόσον οι έτεροι δύο διαγωνισθέντες οικονομικοί φορείς είχαν αποκλεισθεί τελεσιδίκως σε προγενέστερα στάδια της διαδικασίας- διότι «... 1. Δεν υποβλήθηκε η προβλεπόμενη υπεύθυνη δήλωση από την οποία να προκύπτουν οι πράξεις επιβολής προστίμου που έχουν εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα σε χρονικό διάστημα δύο ετών πριν από την ημερομηνία λήξης των προσφορών σύμφωνα με την παρ. Β1 γ) του άρθρου 2.2.9.2 της διακήρυξης που αναφέρεται: «..... Μέχρι να καταστεί εφικτή η έκδοση του ανωτέρω πιστοποιητικού, αυτό αντικαθίσταται από υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα, χωρίς να απαιτείται επίσημη δήλωση του ΣΕΠΕ σχετικά με την έκδοση του πιστοποιητικού .....» 2. Δεν υποβλήθηκε στο δικτυακό τόπο του διαγωνισμού το αποδεικτικό ενημερότητας για χρέη προς το δημόσιο (φορολογική ενημερότητα) του άρθρου 2.2.3.2 α) της διακήρυξης με την οποία

## Αριθμός απόφασης: Α 280/2021

θα αποδεικνύεται ότι ο οικονομικός φορέας είναι φορολογικά ενήμερος τόσο κατά την υποβολή προσφοράς του όσο και κατά την υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης σύμφωνα με την παρ. Α του άρθρου 2.2.9.2 της διακήρυξης που αναφέρεται «...Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.8, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας παραγράφου και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016....» Αντί αυτού υποβλήθηκε από τον οικονομικό φορέα σε φυσικό αρχείο το με α/α 517/4-6-21 αποδεικτικό ενημερότητας για χρέη προς το δημόσιο το οποίο καλύπτει μόνο την περίοδο υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης και όχι την περίοδο υποβολής της προσφοράς. 3. Δεν υποβλήθηκε πιστοποιητικό εμπειρίας ενός (1) τουλάχιστον (Ηλεκτρολόγου ή Μηχανολόγου Διπλωματούχου Μηχανικού με τουλάχιστον πενταετή (5) εμπειρία σε ηλεκτρομηχανολογικές εγκαταστάσεις και ειδικότερα σε εγκαταστάσεις φωτοβολταϊκών συστημάτων, ο οποίος θα προΐσταται του συνεργείου εγκατάστασης, θα παρευρίσκεται σε όλες τις εργασίες εγκατάστασης και ο οποίος θα προσκομίσει τις σχετικές δηλώσεις που απαιτούνται από το ...μετά το πέρας των εργασιών για την ενεργοποίηση της σύνδεσης του φωτοβολταϊκού σταθμού με το δίκτυο σύμφωνα με την παρ. β) του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης. Αντί αυτού ο οικονομικός φορέας υπέβαλε πιστοποιητικά εμπειρίας για τρεις (3) απόφοιτους Τ.Ε.Ι...» Η προσφεύγουσα δεν αμφισβητεί την πραγματική και νομική βάση της προσβαλλόμενης απόφασης, δηλαδή δεν αμφισβητεί ούτε ότι πράγματι δεν υπέβαλε τα μνημονευόμενα δικαιολογητικά, ούτε ότι όφειλε να τα υποβάλει σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και του νόμου. Αλλά επικαλούμενη το άρθ. 103 του ν. 4412/2016, ως τροποποιήθηκε με το άρθ. 43 του ν. 4782/2021, με ισχύ από 1-6-2021, ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε να εφαρμόσει το εν λόγω τροποποιηθέν άρθ. 103 διότι αξιολόγησε τα δικαιολογητικά της την 11-6-2021 και εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφαση την 29-6-2021, οπότε δηλαδή είχε τεθεί σε ισχύ το τροποποιηθέν άρθ. 103, σύμφωνα με την νέα διάταξη του οποίου, η αναθέτουσα αρχή όφειλε πριν απορρίψει τα δικαιολογητικά της κατακύρωσης να την καλέσει να καταθέσει τα ελλείποντα

## Αριθμός απόφασης: Α 280/2021

δικαιολογητικά που αναφέρονται στην προσβαλλόμενη απόφαση η οποία εφαρμόζει -πλημμελώς κατά την προσφυγή- την προΐσχύσασα -μέχρι 31-5-2021- διάταξη του άρθ. 103 του ν. 4412/2016.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, οι δε ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων που συντελέστηκε με την προσβαλλομένη, δεν παρίστανται ως προδήλως αβάσιμοι, πλην για την οριστική κρίση περί της βασιμότητας αυτών απαιτείται ενδελεχής έρευνα που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής η οποία δεν έχει ακόμη υποβάλει απόψεις, σε σχέση με την κείμενη και την εφαρμοστέα διαχρονικά νομοθεσία και την σχετική νομολογία.

5. Επειδή η ζημία της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που δεν ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης, και ίδια σε περίπτωση που επαναπροκηρυχθεί ο διαγωνισμός με το ίδιο αντικείμενο είναι πρόδηλη, δεδομένου ότι στην περίπτωση αυτή θα καταστεί αλυσιτελής η εξέταση της προσφυγής της. Συγχρόνως δε είναι προφανής η ζημία της από την κατάπτωση ήτοι από την είσπραξη του ποσού της εγγύησής της. Σε κάθε δε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη, και τούτο πολλώ δε μάλλον που η αναθέτουσα αρχή δεν έχει προβάλει λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ή άλλους που να αμφισβητούν την βασιμότητα του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

6. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων είναι η απαγόρευση επαναπροκήρυξης ή επανάληψης του διαγωνισμού, και η απαγόρευση κατάπτωσης της εγγύησης

## **Αριθμός απόφασης: Α 280/2021**

της προσφεύγουσας, τα οποία διατάσσονται με διάρκεια βεβαία και εύλογη, δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

7. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

8. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Ορίζει ως προσωρινό μέτρο την απαγόρευση επαναπροκήρυξης ή επανάληψης του διαγωνισμού και την απαγόρευση κατάπτωσης της εγγύησης συμμετοχής της προσφεύγουσας έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε την 27 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε στις 28 Ιουλίου 2021.

**Η Πρόεδρος**  
**ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ**

**Ο Γραμματέας**  
**ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ**