

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 20.06.2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος - Εισηγήτρια, Κωνσταντίνος Κορομπέλης και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 09.06.2019 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 700/10.06.2019 και χρέωσης στο 2<sup>ο</sup> Κλιμάκιο στις 10.06.2019, της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στη Μεταμόρφωση Αττικής, επί της οδού Ρήγα Φεραίου 2 & Πλάτωνος, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της υπ' αριθ. 1089/2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ..... (με αρ. πρωτ. 137310/ 1479/13.05.2019 και ΑΔΑ: .....) με θέμα: «Έγκριση του από 6.5.2019 Πρακτικού υπ' αρ. 2, του διαγωνισμού: «.....» του υποέργου: «.....» του έργου: «.....», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.988.631,23€ άνευ Φ.Π.Α.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς της διαγωνιζόμενης εταιρείας «.....» και τον αποκλεισμό της από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία καθώς και την ανάδειξη της ίδιας (της προσφεύγουσας), ούσας δεύτερης κατά σειρά μειοδοσίας, ως προσωρινή ανάδοχος.

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται την αναστολή προόδου της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, σωρεύοντας στη προσφυγή της σχετικό αίτημα περί αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προόδου της εν

## Αριθμός απόφασης: Α 283 / 2019

λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας της υπόψη σύμβασης, μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ ..... 2018-12-18 Διακήρυξη της ..... προκηρύχθηκε ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), για την επιλογή αναδόχου κατασκευής της εργολαβίας «.....», εκτιμώμενης αξίας 1.988.631,23€ πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 18.12.2018 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ομοίως στις 18.12.2018, όπου έλαβε συστημικό αριθμό α/α ..... Το αντικείμενο της παρούσας εργολαβίας, σύμφωνα με τους όρους της εν λόγω διακήρυξης, αφορά τις εργασίες: α) ..... και β) .....

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό .....), ποσού 9.943,16€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης άνευ ΦΠΑ, που εν προκειμένω ανέρχεται στο ύψος του 1.988.631,23€.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 1.988.631,23€ πλέον ΦΠΑ, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (18.12.2018), σύμφωνα

## Αριθμός απόφασης: Α 283 / 2019

με τα άρθρα 61, 120, 376 και 379 -όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν- του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ την 30.05.2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 09.06.2019, ήτοι εντός της ως άνω προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016): *«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 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).

7. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: *«Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ*

## **Αριθμός απόφασης: Α 283 / 2019**

*να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».*

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

9. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 1089/2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ..... με την οποία κατ' αποδοχήν του από 6.5.2019 Πρακτικού υπ' αρ. 2, του διαγωνισμού: «.....» εγκρίθηκε η ανάδειξη της συμμετέχουσας εταιρείας «.....» ως προσωρινή ανάδοχος του έργου. Επ' αυτού παραπονείται η προσφεύγουσα ότι με την ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ..... έγιναν δεκτά τα υποβληθέντα από την προσωρινή ανάδοχο εταιρεία «.....» δικαιολογητικά, μη νόμιμα, διότι η εν λόγω εταιρεία δεν προσκόμισε βεβαίωση φορολογικής και ασφαλιστικής ενημερότητας που να καλύπτει την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς της. Ειδικότερα προσκόμισε: 1.Φορολογική ενημερότητα με α.π. .... και ημερομηνία έκδοσης 23.03.2019, ήτοι μεταγενέστερη της υποβολής της προσφοράς της (που έλαβε χώρα την 24.01.2019). 2.Ασφαλιστική ενημερότητα με αριθμ. πρωτ. .... και ημερομηνία έκδοσης την 23.03.2019, ομοίως μεταγενέστερη της υποβολής της προσφοράς της (που έλαβε χώρα την 24.01.2019) 3.Την με αριθμό πρωτοκόλλου ..... ασφαλιστική ενημερότητα, η οποία είχε ήδη λήξει

## **Αριθμός απόφασης: Α 283 / 2019**

την 15.06.2018, ήτοι προ της υποβολής της προσφοράς της. Επιπλέον διατυπώνει η προσφεύγουσα στο έντυπο της προσφυγής της ότι η προσφορά της ως άνω εταιρείας ..... δεν διασώζεται ούτε από την Ενημερότητα Πτυχίου που υπέβαλε (α.π. ....), δεδομένου ότι σε αυτήν ρητώς αναγράφεται ότι η φορολογική ενημερότητα της εταιρείας αυτής εκπνέει την 27.07.2018 και η ασφαλιστική ενημερότητα της εταιρείας την 27.12.2018, ήτοι πριν την υποβολή της προσφοράς της (24.01.2019). Ενόψει των ανωτέρω, υποστηρίζει η προσφεύγουσα ότι η προσφορά της «.....» μη νόμιμα έγινε δεκτή, ενώ έπρεπε να αποκλεισθεί, δεδομένου ότι δεν υπέβαλε φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα που να καλύπτει το χρόνο υποβολής της προσφοράς της και συνεπώς πρέπει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη επί τω τέλει όπως αποκλεισθεί η προσφορά της εν λόγω εταιρείας δυνάμει του άρθρου 4.2.4ii της οικείας Διακήρυξης («αν δεν υποβληθούν στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών»). Εντέλει, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η οικεία σύμβαση, αφού, ως ισχυρίζεται, παραβιάζεται η νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, σωρεύοντας παράλληλα στην Προσφυγή της αίτημα αναστολής – ορισμού κατάλληλων μέτρων έως ότου κριθεί αυτή.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αριθμ. πρωτ. 177743/4374/20.06.2019 έγγραφο της αποστέλλει τις απόψεις της επί της εν λόγω προσφυγής σύμφωνα με τα άρθρα 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 9 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017. Διατυπώνει η αναθέτουσα αρχή, μεταξύ άλλων, τα εξής: «Σύμφωνα με το αρ. πρωτ. 2210/19.04.2019 έγγραφο της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., τα πιστοποιητικά ασφαλιστικής και φορολογικής ενημερότητας δεν καλύπτουν το προγενέστερο της έκδοσής τους χρονικό διάστημα. Λόγω του σύντομου, σε πολλές περιπτώσεις, χρόνου ισχύος αυτών των πιστοποιητικών που εκδίδονται από τους ημεδαπούς φορείς, οι οικονομικοί φορείς πρέπει να μεριμνούν να αποκτούν εγκαίρως πιστοποιητικά τα οποία να καλύπτουν και τον χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής, σύμφωνα με τα

## **Αριθμός απόφασης: Α 283 / 2019**

ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 104 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, προκειμένου να τα υποβάλουν, εφόσον αναδειχθούν προσωρινοί ανάδοχοι. Άρα θα έπρεπε η ..... να συμπεριλάβει στα δικαιολογητικά της και αυτά που αφορούσαν την φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα της εταιρείας κατά την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς της που ήταν η 14.01.2019. Επιπρόσθετα η ανωτέρω εταιρεία δεν καλύπτεται ούτε από την ενημερότητα πτυχίου που έχει προσκομίσει διότι εκεί αναγράφεται ότι η φορολογική ενημερότητα της εταιρείας λήγει 27.07.2018 και η ασφαλιστική ενημερότητά της 27.12.2018 ημερομηνίες προγενέστερες της 14.01.2019 που υπεβλήθη η προσφορά της εν λόγω εταιρείας. Συνεπώς ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας είναι ισχυρός και πρέπει να γίνει αποδεκτός»

11. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, καταδεικνύεται ότι η παρούσα προσφυγή δεν είναι απαράδεκτη επιπλέον δε συνομολογείται από την αναθέτουσα αρχή η βασιμότητα των λόγων προσφυγής, για τους οποίους ωστόσο το επιληφθέν Κλιμάκιο επιφυλάσσεται να αποφανθεί κατά την οριστική κρίση του, συνεξετάζοντας πιθανόν και ασκηθείσα παρέμβαση.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (βλ. σκ. 8), η οποία σκοπεύει στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με ΑΔΑΜ ..... 2018-12-18 Διακήρυξη της ....., για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «.....», εκτιμώμενης αξίας 1.988.631,23€ πλέον ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής

**Αριθμός απόφασης: Α 283 / 2019**

(χαμηλότερη τιμή), μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 20 Ιουνίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Μαρία Κων. Μανδράκη**

**Αθηνά Μπουζιούρη**