

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**4<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, την 1.10.2018, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρο, Κυριακή Σιδηροπούλου Εισηγήτρια και Κων/νο Κορομπέλη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην – από 21.09.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξετασης Προδικαστικών Προσφυγών-(ΑΕΠΠ) 945/24.09.2018 και χρέωσης στο 4<sup>ο</sup> Κλημάκιο στις 24.09.2018, της – εταιρείας με την επωνυμία

» με δ.τ.

, που εδρεύει στη οδός  
, αρ. όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής προσφεύγουσα).

Κατά της υπ' αριθ. 25/2018 απόφασης του ΔΣ του Ι. (εφεξής Αναθέτουσα Αρχή), αναφορικά με την υπ' αριθ. διακήρυξη διενέργειας ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάθεση της προμήθειας

, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 365.400,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ. Σημειώνεται ότι ο επίδικος Διαγωνισμός φέρει συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτήν αποφασίστηκε να αποκλειστεί η τεχνική της προσφορά καὶ να συνεχισθεί η διαγωνιστική διαδικασία με την έτερη συνδιαγωνιζόμενη εταιρία

**Αριθμός απόφασης: Α 433 / 2018**

ο δε λόγος αποκλεισμού της προσφεύγουσας συνίσταται στην έλλειψη του απαιτούμενου πιστοποιητικού ISO για τη δηλωθείσα κατασκευάστρια εταιρεία – Ι , ο οποίος –κατά την προσφεύγουσα- δεν ευσταθεί, ενώ στην περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι ο σχετικός λόγος είναι βάσιμος, τότε θα έπρεπε να ισχύσει και για την έτερη συνδιαγωνιζόμενη εταιρία

Για τους λόγους αυτούς, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παραβιάζεται η νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, καθώς και οι όροι της επίδικης διακήρυξης.

Σημειώνεται ότι η έτερη συνδιαγωνιζόμενη εταιρία άσκησε νομότυπα και εμπρόθεσμα παρέμβασης στις 27.9.2018 υπέρ του κύρους και της ισχύος της υπ.αριθ.25/13.9.2018 απόφασης του ΔΣ του

αιτούμενη την απόρριψη της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, και τούτο διότι η προσφεύγουσα παραβίασε –ρητούς όρους– της επίδικης διακήρυξης, που πιθενταί επί ποινή απορριψέως της προσφοράς της και επομένως ορθώς απερρίφθη η προσφορά της από την Αναθέτουσα Αρχή.

Επέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Κυριακή Σιδηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ποσού 1.827,00€. Το εν λόγω ποσό αντιστοιχεί στο νόμιμο παράβολο, δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου προσφεύγει ο προσφεύγων ανέρχεται στο ποσό των 365.400,00 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ, με αποτέλεσμα το νόμιμο παράβολο να ισούται με ποσό ευρώ 1.827,00. Το εν λόγω ποσό πληρώθηκε σύμφωνα με το προσκομιζόμενο ε-

**Αριθμός απόφασης: Α 433 / 2018**

παράβολο αυτόματης δέσμευσης, το οποίο έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)».

2. 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.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενδψει του αντικειμένου του (προμήθειες), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 365.400,00 € χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα άρθρα 120, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

4. 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 (προ-αύ) - έχει κατατεθεί η συντομεύσαντας δημόγετος όπου η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 14.09.2018, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 21.09.2018, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας.

5. 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 ζημιώθούν, 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).

6. 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*».

7. 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.

8. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, 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.

9. 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 προδήλως παραδεκτό 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- ~~τεκμαριζόμενη~~ από την ιστορια του απόσυγος ως διαγωνιζόμενου- Η προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί 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.

10. Επειδή, εν προκειμένω, 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 συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη πράξη, κατά το μέρος που με αυτήν παράνομα απορρίφθηκε η προσφορά της ως μη πληρούσα τους όρους της Διακήρυξης. Πιο συγκεκριμένα, με την προσβαλλομένη αποφασίστηκε να αποκλειστεί η τεχνική της προσφορά και να συνεχισθεί η διαγωνιστική διαδικασία με την έτερη συνδιαγωνιζόμενη εταιρία Σ

ο δε λόγος αποκλεισμού της προσφεύγουσας συνίσταται στην έλλειψη του απαιτούμενου πιστοποιητικού ISO για τη δηλωθείσα κατασκευάστρια εταιρεία – ο οποίος –κατά την προσφεύγουσα- δεν

ευσταθεί, ενώ στην περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι ο σχετικός λόγος είναι βάσιμος, τότε θα έπρεπε να ισχύσει και για την άτερη συνδιαγωνιζόμενη εταιρία.

Για τους λόγους αυτούς, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παραβιάζεται η νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, καθώς και οι όροι της επιδικής διακήρυξης. Περαιτέρω, η Επιτροπή διενέργειας του ανωτέρω Διαγωνισμού περί αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών των οικονομικών φορέων, που έλαβαν μέρος στον διαγωνισμό, με την προσβαλλόμενη, αποφάσισε ότι η τεχνική προσφορά της προσφεύγουσας δεν πληροί: τον όρο 1.2.1.1. της διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίον οι συμμετέχοντες επί πλαινή αποκλεισμού πρέπει να καταθέσουν Πιστοποιητικό διασφάλισης της ποιότητας κατά τα ισχύοντα διεθνή και ευρωπαϊκά και εθνικά πρότυπα (ΕΛΟΤ ή ισοδύναμα αυτών) τόσο του κατασκευαστή των υλικών όσο και του προμηθευτή εφόσον πρόκειται για διαφορετικές επιχειρήσεις. Η εν λόγω

άτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας.

11. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αιδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

12. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αιβάσιμη, σε κάθε δε

**Αριθμός απόφασης: Α 433 / 2018**

περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, αφού, ως ισχυρίζεται, η προσφορά της είναι παραδεκτή και πληροί τους όρους της Διακήρυξης. Επέκεινα οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και των τιθέμενων από τη Διακήρυξη τεχνικών όρων, που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη και με την κρίση αυτής, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχουν δε τεχνική κρίση που δε 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).

13. Επειδή, η-ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούματς της αμφισβήτησης της νομιμότητας της κρίσης επί της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας, η συγκεκριμένη ημέρα που οι διαδικασίας τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της έγκρισης των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου και την ανακήρυξή του σε οριστικό, οδηγώντας τοιουτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, τα οποία δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας.

14. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή απέστειλε τις απόψεις της δυνάμει του με αριθμό πρωτοκόλλου 19938/27-09-2018 εγγράφου της.

15. Επειδή, εξάλλου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης

πρακτικού, έγκρισης ή έκδοσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με το στάδιο αυτό, και κάθε επόμενο στάδιο, κάθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκειμενης προσφυγής, όλες οι επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα είναι άκυρες.

16. Επειδή, κατ'ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της πρόσδου του διαγωνισμού.

17. Επειδή, επέκεινα νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα, ενώ η υπό εξέταση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη.

18. Γενικό, σε κάθε περίπτωση, κατέ την κοίτη του παρόντος Κλημακίου υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα, προκειμένου να χορηγηθεί αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων.

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. διακήρυξης του  
» για την προμήθεια  
μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, την 1 Οκτωβρίου 2018,  
συντάχθηκε αυθημερόν από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε αυθημερόν.

Αριθμός απόφασης: Α 433 / 2018

Η Πρόεδρος

Νεκταρία-Πηγελόπη Ταμανίδη

Η Γραμματέας

Γεωργία Πάν. Ντεμερούκα

