

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

**3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 10 Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος και Εισηγήτρια και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 2-12-2018 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1278/3-12-2018 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αρ. Φ.604.2/32/04/17/Σ.2134/5-10-2018 απόφασης της άνω αναθέτουσας αρχής, με την οποία κατακυρώθηκε στην εταιρία «.....» η προμήθεια του είδους ....., με α/α 7, κατόπιν της με αρ. .... διακήρυξης ηλεκτρονικού διαγωνισμού με ανοικτή διαδικασία μέσω της υπογραφής συμφωνίας πλαισίου δύο ετών για ....., συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 864.800,00€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών την 28-2-2018 και

## Αριθμός απόφασης: Α 543/2018

CPV....., ....., ....., ....., .....

Επίσης η προσφεύγουσα ζητά να κηρυχθεί έκπτωτη της προμήθειας του είδους ..... η συμμετέχουσα εταιρία «.....», να αποβληθεί τούτη από την κατακύρωση ως μειοδότρια για το είδος με Α/Α 7 και να μην υπογραφεί η σχετική σύμβαση ανάθεσης της συγκεκριμένης προμήθειας μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και του οικονομικού φορέα «.....».

2. Επειδή, ειδικότερα στον υπόψη διαγωνισμό, στον οποίο επιτρεπόταν η υποβολή προσφοράς για μέρος ή για το σύνολο των ειδών του Παραρτήματος Α της διακήρυξης, αλλά όχι για μέρος της ζητούμενης ποσότητας ανά είδος, υποβλήθηκαν συνολικά πέντε (5) προσφορές για το είδος με α/α 7 ....., ήτοι από τις συμμετέχουσες εταιρίες «.....», «.....», «.....», «.....» και «.....». Δυνάμει δε της υπ' αρ. Φ.604.2/32/03/17 απόφασης της αναθέτουσας αρχής κηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος για το εν λόγω είδος η εταιρία «.....», ως έχουσα προσφέρει το χαμηλότερο τίμημα ποσού 16.524,00€, η δε προσφεύγουσα προσέφερε το αμέσως μετά χαμηλότερο τίμημα ποσού 16.614,00€. Ακολούθως δε με την προσβαλλόμενη υπ' αρ. Φ.604.2/32/04/17/Σ.2134/5-10-2018 η αναθέτουσα αρχή κατακύρωσε την προμήθεια του είδους αυτού στην εταιρία «.....»,

3. Επειδή, η κατατεθείσα την 2-12-2018 προσφυγή στρέφεται κατά εκτελεστής διοικητικής πράξης και δη της κοινοποιηθείσας στον προσφεύγοντα την 23-11-2018 και βάλλει κατ' αυτής ισχυριζόμενος ο προσφεύγων οικονομικός φορέας ειδικότερα ότι : Σύμφωνα με τη διακήρυξη και δη το ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ «Β» υπό στοιχείο β. Τεχνική Προσφορά και όρο 2 αυτής προβλέπεται ότι οι προσφέροντες υποβάλλουν υπεύθυνη δήλωση της παρ. 4 του άρθρου 8 του ν. 1599/1986 στην οποία δηλώνουν συγκεντρωτικά, μεταξύ άλλων, τα κάτωθι: α) την επιχειρηματική μονάδα στην οποία θα κατασκευάσουν το εκάστοτε προσφερόμενο προϊόν, καθώς και το τόπο εγκατάστασής της (εφόσον κατασκευάζουν οι ίδιοι το τελικό προϊόν) και ως εκ τούτου καθίσταται προφανές ότι όταν δηλώνουν ότι θα κατασκευάσουν οι ίδιες στις δικές τους επιχειρηματικές μονάδες το προϊόν είναι αναγκαίος ο σκοπός αυτός και η δραστηριότητα να προκύπτει από το ίδιο το καταστατικό της εταιρείας, ώστε να προκύπτει κατά τρόπο αναμφισβήτητο ότι το νομικό

## Αριθμός απόφασης: Α 543/2018

πρόσωπο κατέχει τις εγκαταστάσεις, την άδεια, το προσωπικό και τις ικανότητες για να κατασκευάσει το προϊόν που του ανατέθηκε από τον Δημόσιο Φορέα. Επίσης με βάση το Παράρτημα Β της διακήρυξης υπό στοιχείο δ. Δικαιολογητικά του προσφέροντος στον οποίο πρόκειται να γίνει η Κατακύρωση και με αριθμό 4, προβλέπεται ότι οι προσφέροντες, προσωρινοί ανάδοχοι, υποβάλλουν πιστοποιητικό του οικείου επιμελητηρίου με το οποίο θα πιστοποιείται αφενός η εγγραφή τους σ' αυτό και το ειδικό επάγγελμα τους, κατά την ημέρα διενέργειας του διαγωνισμού, και αφετέρου ότι εξακολουθούν να παραμένουν εγγεγραμμένοι μέχρι την επίδοση της ως άνω έγγραφης ειδοποίησης. Εντούτοις από τον έλεγχο του καταστατικού της εταιρίας «.....» και δη από το πιστοποιητικό του ΕΒΕΑ με ετεροχρονισμένη ημερομηνία έκδοσης 11-1-2018, που τούτη υπέβαλε ηλεκτρονικά και σε έντυπη μορφή προκύπτουν ως σκοποί-δραστηριότητες της εν λόγω εταιρίας η ύφανση κλωστοϋφαντουργικών υλών, η ύφανση βαμβακερών υφασμάτων, η ύφανση υφασμάτων από συνθετικά νήματα συνεχών ινών και από τεχνητά νήματα, η παραγωγή ηλεκτρικής ενέργειας από φωτοβολταϊκά συστήματα, το χονδρικό εμπόριο υφασμάτων και το χονδρικό εμπόριο υφασμάτων λαϊκή κατανάλωσης. Ως εκ τούτου δεν προκύπτει ότι έχει ως σκοπό την κατασκευή ενδυμάτων και συνεπώς είναι αδύνατο να κατασκευάζει η ίδια η εταιρεία τα είδη τα οποία της ανατέθηκαν να κατασκευάσει, κατά συνέπεια δεν πληροί τις προϋποθέσεις του νόμου και της διακήρυξης, ούτε τα κριτήρια επιλογής για την εκτέλεση τού συμβατικού αντικειμένου και άρα η προσφορά της πάσχει, αφού υπεσχέθη αδύνατη να εκπληρωθεί παροχή.

4. Επειδή, έως την ημέρα εξέτασης του αιτήματος του προσφεύγοντος, περί λήψης προσωρινών μέτρων, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε καταθέσει απόψεις περί αυτού.

5. Επειδή, το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως, κατά τις διατάξεις των άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται σε εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω προσφυγής, βάσει της ρητής οικείας ευχέρειας που απονέμει το άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεώς τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόν παρεμβαίνοντος ή της αναθέτουσας αρχής.

## **Αριθμός απόφασης: Α 543/2018**

6. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ..... ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 600,00 €.

7. Επειδή, η διακήρυξη υπάγεται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' άρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με το άρθρο 379 παρ. 7 του ν.4412/2016. Περαιτέρω, η προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (α) (χρόνος κοινοποίησης της προσβαλλόμενης 23-11-2018), ενώ η προσφυγή νομίμως υπογράφεται από τον νόμιμο εκπρόσωπο του προσφεύγοντος. Ο δε προσφεύγων έχει άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την εν γένει άσκηση της ως προσφυγής, αφού ως συμμετέχων στον εν λόγω διαγωνισμό, εάν γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή του, τότε θα καταστεί πρώτος αποδεκτός μειοδότης και συνεπώς ανάδοχος λόγω της εκ μέρους του προσφοράς του χαμηλότερου (μετά την εταιρία «.....») προσφερόμενου τιμήματος για την προμήθεια του είδους με α/α 7 ..... Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη. Ομοίως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη, αφού ο προσφεύγων επικαλείται συγκεκριμένους λόγους, οι οποίοι σε κάθε περίπτωση απαιτούν αναλυτικώς και ένας προς έναν έλεγχο ως προς την αλήθεια και τη βασιμότητά τους και ερμηνεία, ως και υπαγωγή τους ως προς τους όρους της πρόσκλησης σε αντιπαραβολή δε και με οικεία ερμηνεία του νόμου.

8. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. λήψης απόφασης παροχής προσωρινών μέτρων είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν

## **Αριθμός απόφασης: Α 543/2018**

δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής 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.

**9.** Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, κατά την οποία έχουν αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές, έχουν ελεγχθεί τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, έχει προταθεί και έχει αποφασισθεί η ανάδειξη ως αναδόχου της εταιρίας με την επωνυμία «.....» για το είδος με α/α 7 ..... Δεν υπάρχει, επομένως, επόμενο στάδιο στον διαγωνισμό, καθώς απομένει η προσβαλλόμενη να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 105 Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 των Ειδικών Όρων της διακήρυξης και να υπογραφεί η υπό ανάθεση σύμβαση και για το επίμαχο τμήμα που αφορά η προσφυγή.

**10.** Επειδή, ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή, οι οποίες δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμες και με δεδομένο ότι ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή σε καμία περίπτωση η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017), ούτε υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, ούτε αίτημα προς τον σκοπό αυτό υπέβαλε η αναθέτουσα αρχή ή τρίτος, ούτε σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον μπορεί εν προκειμένω να αρθεί η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη σύμβασης έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, σε βάρος της τήρησης της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣτΕ 840/2008).

**11.** Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν υφίσταται βλάβη της προσφεύγουσας στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται

## Αριθμός απόφασης: Α 543/2018

επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία αυτής από την συνέχιση της διαδικασίας, γιατί μετά την άσκηση της προσφυγής, αυτή, στο στάδιο που ευρίσκεται δεν υφίσταται στάδιο διαγωνισμού στο οποίο η αναθέτουσα αρχή να μπορεί να εισέλθει, ούτε η επικαλούμενη ζημία της από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, γιατί δεν έχει καταστεί οριστική, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτής για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. (βλ. ΑΕΠΠ Α 246/2018, Α 113/2018, Α108/2018, Α16/2018, Α 75/2017, Α97/2017).

**12.** Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και εφόσον ο διαγωνισμός έχει εκ των πραγμάτων προχωρήσει στο τελικό στάδιο, ήτοι έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων, έχει αναδειχθεί ο ανάδοχος μετά από έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης που αυτός προσκόμισε, όσον αφορά το είδος με α/α 7 του διαγωνισμού, σε κάθε δε περίπτωση δεν δύναται να υπογραφεί η σύμβαση, το δικαίωμα της προσφεύγουσας και η εύλογη προσδοκία της στην ανάδειξη αυτής ως αναδόχου στο επίμαχο τμήμα της εν λόγω σύμβασης δεν θίγεται σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της προδικαστικής της προσφυγής.

**13.** Επειδή, και σε κάθε περίπτωση νομίμως εικάζεται ότι δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα, ενώ προσέτι ουδεμία πρόοδος αυτής δύναται να συντελεστεί, αφού αυτή ευρίσκεται στο τελικό στάδιο και κατά τούτο δεν θίγεται ο προσφεύγων.

**14.** Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, με την ρητή επισήμανση ότι δεν αίρεται η απαγόρευση σύναψης της υπό ανάθεσης σύμβασης για το επίμαχο είδος του διαγωνισμού (.....) και μόνον, η οποία εξακολουθεί να ισχύει κατά τις διατάξεις των άρθρων 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και του

**Αριθμός απόφασης: Α 543/2018**

άρθρου 6 του Π.Δ. 39/2017, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί.

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής-ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 10-12-2018 και εκδόθηκε την 11-12-2018.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ  
ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ  
ΜΑΝΩΛΟΓΛΟΥ ΜΑΡΙΑ**