

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**3<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**Διαδικασία Προσωρινής Προστασίας**

Συνήλθε στην έδρα της στις 6 Μαρτίου 2020 με την εξής σύνθεση:  
Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου - Εισηγήτρια και  
Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από  
26.02.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού  
Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή  
Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 242/26.02.2020 του οικονομικού  
φορέα .....

Κατά του Δήμου ..... και των όρων της με ΑΔΑΜ ..... Διακήρυξης  
με αντικείμενο «Κατασκευή χλοοτάπητα στο γήπεδο της Δ.Κ. ....»,  
προϋπολογισμού 322.580,00 ευρώ.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

1. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή του, ο προσφεύγων επιδιώκει την  
ακύρωση της με αριθ. ΑΔΑΜ ..... Διακήρυξης και την αναστολή προόδου της  
διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής.

2. Επειδή, ο Δήμος ..... με την Διακήρυξη με ΑΔΑΜ ..... προκήρυξε  
δημόσιο, διεθνή, ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων με αντικείμενο την  
«Κατασκευή χλοοτάπητα στο γήπεδο της Δ.Κ. ....», συνολικής εκτιμώμενης  
αξίας της σύμβασης 322.580,00 € (χωρίς ΦΠΑ) και με κριτήριο ανάθεσης την

## **Αριθμός Απόφασης: Α 100 / 2020**

πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Περίληψη της Διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. στις 10.02.2020, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις 14.02.2020 και τέλος η Διακήρυξη καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 24.02.2020 όπου έλαβε το Συστημικό Αριθμό ..... . Σύμφωνα με την Διακήρυξη ως καταληκτικός χρόνος υποβολής προσφορών προβλέπεται η 30.03.2020.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 ποσού 1.613,00 ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό .....), το οποίο συνιστά το ανώτατο κατά νόμο ποσό παραβόλου.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 322.580,00 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση της διακήρυξης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, κατ' εφαρμογή της διάταξης του άρθρου 361 παρ. 1 γ) του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης στις 24.02.2020 και η προσφυγή ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 26.02.2020.

6. Επειδή, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα θεμελιώνεται στο γεγονός ότι αυτός ως εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο ΜΕΕΠ θα είχε τη δυνατότητα τελεσφόρας συμμετοχής στη διαδικασία αν είχε προκηρυχθεί υπό το νομικό καθεστώς του έργου ενώ ακριβώς λόγω της προσβαλλόμενης διαδικασίας δημοπράτησης αυτού ως προμήθειας και του

## Αριθμός Απόφασης: Α 100 / 2020

συνεπαγόμενου εξ αυτού του καθεστώτος όρου 2.2.4 της διακήρυξης περί εφαρμογής ως κριτηρίου καταλληλότητας την εγγραφή στο ΓΕΜΗ με τη δραστηριότητα του προμηθευτή-εμπόρου των υπό προμήθεια αγαθών αποκλείεται εκ προοιμίου από την επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, συγχρόνως δε το ως άνω νομικό καθεστώς επιτρέπει τη συμμετοχή στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων χωρίς τα νόμιμα προσόντα, δηλαδή την ιδιότητα εργοληπτικής επιχείρησης εγγεγραμμένης στο ΜΕΕΠ.

7. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι : «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368». Σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «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

## Αριθμός Απόφασης: Α 100 / 2020

*συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».*

8. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

9. 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».*

10. Επειδή, συνακόλουθα, 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.

11. Επειδή, ο προσφεύγων με τον μόνο λόγο προσφυγής του στρέφεται κατά της εξαρχής επιλογής του νομικού καθεστώτος της προμήθειας αγαθών, ως αυτού που διέπει την προκείμενη διαδικασία και ως εκ τούτου κατά της εν όλω διακηρύξεως και διαδικασίας, η οποία προκηρύχθηκε, διενεργείται και εν γένει διέπεται από τους διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους που

## **Αριθμός Απόφασης: Α 100 / 2020**

διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης προμήθειας (άνω των ορίων), αντί αυτών του έργου (κάτω των ορίων), όπως επικαλείται ο πρώτος προσφεύγων. Περαιτέρω, βάλλει και κατά του όρου 2.2.4 της διακηρύξεως, ο οποίος τάσσει ως κριτήριο επιλογής περί της καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, την ιδιότητα του ασκούντος επαγγελματική δραστηριότητα προμηθευτή-εμπόρου και όχι εργολήπτη εγγεγραμμένου στο ΜΕΕΠ όπως είναι ο προσφεύγων, με αποτέλεσμα αυτός, εκτός των άλλων να αποκλείεται, αν και ο παραπάνω όρος, ως σύμφυτος με την επιλογή του νομικού καθεστώτος της προμήθειας, εξυπακούεται ότι εξαρτάται από την κρίση περί της νομιμότητας του τελευταίου. Ενόψει των ανωτέρω, ο προσφεύγων αιτείται πρώτον, ότι πρόκειται για αμιγή σύμβαση έργου και αιτείται την εν όλω ακύρωση της διαδικασίας, δεύτερον και επικουρικώς ότι πρόκειται για μικτή σύμβαση προμήθειας και έργου με κύριο αντικείμενο και επομένως καθορίζον την επιλογή του νομικού καθεστώτος της διαδικασίας, αυτό του έργου και επομένως και επί της επικουρικής αυτής βάσεως της προσφυγής του αιτείται την εν όλω ακύρωση της διαδικασίας και τρίτον και ομοίως επικουρικώς ως προς αμφότερες τις δύο προηγούμενες βάσεις, επικαλείται πως σε κάθε περίπτωση πρόκειται για μικτή σύμβαση και παραβιάσθηκε η διάταξη του άρ. 4 παρ. 7 Ν. 4412/2016 περί καθορισμού του κυρίου αντικειμένου και του διέποντος τη διαδικασία νομικού καθεστώτος μετά από σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου της αναθέτουσας, αιτείται δε και επί της τρίτης αυτής βάσεως την εν όλω ακύρωση της διακήρυξης λόγω παράβασης ουσιώδους τύπου ως προς τις πράξεις που έπρεπε να προηγηθούν της προκηρύξεώς της, δια της παραπάνω παραλείψεως και την αναπομπή της στην αναθέτουσα προς άρση της τελευταίας προ πάσης τυχόν επαναπροκηρύξεως του συμβατικού αντικειμένου. Σε κάθε δε περίπτωση αιτείται επικουρικώς την ακύρωση της διακηρύξεως κατά κάθε προσβαλλόμενο όρο και παράλειψη που ενσωματώθηκε σε αυτήν κατ' αποτέλεσμα της εσφαλμένης επιλογής νομικού καθεστώτος ή επιλογής του καθεστώτος αυτού προ της σύμφωνης γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, λόγω των παραπάνω σφαλμάτων και κατά τις ως άνω ανά περίπτωση βάσεις της προσφυγής του και περαιτέρω αιτείται την

## **Αριθμός Απόφασης: Α 100 / 2020**

αναπομπή της στην αναθέτουσα για την άρση των παραλείψεων και τροποποίηση τουλάχιστον των εσφαλμένων όρων.

12. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το από 06.03.2020 έγγραφό της απέστειλε τις απόψεις της επί της βασιμότητας της υπόψη Προσφυγής.

13. Επειδή, οι αιτιάσεις που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή περί παραβίασης της αρχής της νομιμότητας που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμες, πλην χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, 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), καθότι απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία.

14. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, δεδομένης και της φύσης της εξέτασης περί προσωρινών μέτρων, ως και του τυχόν αποτελέσματός της, η οποία εξαντλείται στον εντοπισμό πρόδηλου λόγου απαραδέκτου και ούτως, δεν επεκτείνεται σε ζητήματα που απαιτούν τέτοια ενδελεχή έρευνα και πάντως δεν είναι όλως προφανή. Προς τούτο, δεν υφίσταται λόγος να εξαχθεί το επιμέρους παραδεκτό και έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος περί άσκησης της υπό κρίση προσφυγής, ήτοι δεν χρειάζεται να διακριβωθεί ως προϋπόθεση του μη προδήλως απαραδέκτου κατά το παρόν στάδιο εξέτασης της αιτήσεως του περί λήψης προσωρινών μέτρων. Αντίθετα, στο παρόν στάδιο αρκεί, να μην υφίσταται πρόδηλος, ευχερώς εντοπίσιμος και εξαρχής αποδεικνυόμενος λόγος εκ του οποίου προκύπτει πως η προσφυγή είναι άνευ ετέρου εν όλω απαράδεκτη β) πιθανολογείται βλάβη της αιτούσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς η διατήρηση της προσβαλλόμενης δια της προσφυγής διακήρυξης, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα επικαλείται αντίθεση της στον νόμο και τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, διαφάνειας και τυπικότητας, θα οδηγήσει

## Αριθμός Απόφασης: Α 100 / 2020

αναπόφευκτα σε αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό γ) ο προβαλλόμενος λόγος δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμος και δ) λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με τις απαιτήσεις του νόμου, σταθμίζοντας δε το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

15. Επειδή η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και των υπολοίπων ενδιαφερομένων να συμμετέχουν/συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στα επόμενα στάδια είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι τυχόν ακύρωση της προσβαλλόμενης διακήρυξης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμες τις μετέπειτα έτερες εκτελεστές πράξεις της αναθέτουσας αρχής, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος όλων των μερών. Η χορήγηση δε ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής αυτής. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της διακήρυξης του διαγωνισμού, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας σε βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

16. Επειδή, πέραν των ανωτέρω, όπως προκύπτει από την συνολική επισκόπηση του φακέλου, συντρέχει περίπτωση αναστολής της συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας προκειμένου το Κλιμάκιο να προχωρήσει στην διεξοδική εξέταση των αιτιάσεων του προσφεύγοντος και προκειμένου να μην δημιουργηθούν ανεπανόρθωτες καταστάσεις ως προς την εξέλιξη του διαγωνισμού σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της Προδικαστικής

## **Αριθμός Απόφασης: Α 100 / 2020**

Προσφυγής ότι μη νόμιμα η Αναθέτουσα Αρχή διενεργεί τον υπό κρίση διαγωνισμό.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα αναστολής του προσφεύγοντος.

Αναστέλλει την πρόοδο της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 6 Μαρτίου 2020 και εκδόθηκε 9 Μαρτίου 2020 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**Μαρία-Ελένη Σιδέρη**

**Αργυρώ Τσουλούφα**