

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**5<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 08.01.2018 με την εξής σύνθεση:  
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου –Εισηγήτρια- και  
Μαρία Μανδράκη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από  
29.12.2017 Προδικαστική Προσφυγή (με ημερομηνία ανάρτησης στον  
ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 22.12.2017), με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης  
(ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) ...../29.12.2017 και  
Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) V/.../29.12.2017, του οικονομικού φορέα-  
φυσικού προσώπου ....., ο οποίος διατηρεί ατομική επιχείρηση με  
έδρα ....., οδός ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθ. κατά της με αριθ. ....../13-12-2017 Απόφασης της  
Οικονομικής Επιτροπής του ..... με την οποία εγκρίθηκε το με αριθ.  
3/2017 Πρακτικό της Επιτροπής για τον έλεγχο των δικαιολογητικών  
κατακύρωσης και την κατακύρωση της οικείας σύμβασης, όπως η εν λόγω  
απόφαση εκδόθηκε στο πλαίσιο διενέργειας ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημόσιου  
διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με τη με αριθμ. πρωτ. 110/2017 Απόφαση του  
..... με αντικείμενο την «Προμήθεια ασφάλτου» και με κριτήριο  
κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει  
τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 161.145,00 €, πλέον ΦΠΑ.

Με την Προδικαστική Προσφυγή του ο προσφεύγων επιδιώκει την  
ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης με την οποία εγκρίνεται το με αριθ.  
3/2017 πρακτικό της Οικονομικής Επιτροπής του ..... βάσει του  
οποίου, κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, προτάθηκε η

## **Αριθμός απόφασης: Α 16/2018**

ανάθεση της επίμαχης σύμβασης και δη η κατακύρωση του διαγωνισμού στην εταιρία με την επωνυμία «.....».

Ετέρωθεν, ο προσφεύγων αιτείται όπως εκδοθεί σχετική πράξη περί αναστολής της προόδου της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση αποφάσεως επί της κριθείσας Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί 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 806,00 €, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη αξίας (άνευ ΦΠΑ) της υπόψη σύμβασης, ύψους 161.145,00 €, ενώ επισυνάπτεται και εκτυπωμένο αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού σε Τράπεζα, καθώς και βεβαίωση περί ελέγχου και δέσμευσης του ηλεκτρονικού παραβόλου από την αρμόδια Υπηρεσία της 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 ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 161.145,00 € πλέον ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτός, κατά τούτο, ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως 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'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη, υπ' αριθ. .... /2017 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του ....., αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο

## **Αριθμός απόφασης: Α 16/2018**

Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 13.12.2017, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) την 22.12.2017.

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 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).

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, 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

## **Αριθμός απόφασης: Α 16/2018**

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. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.). γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του-τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου

## **Αριθμός απόφασης: Α 16/2018**

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, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της με αριθ. ....../2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ..... με την οποία εγκρίθηκε το με αριθ. 3/2017 πρακτικό της ως άνω Επιτροπής βάσει του οποίου, κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, προτάθηκε η ανάθεση της επίμαχης σύμβασης και δη η κατακύρωση του διαγωνισμού στην εταιρία με την επωνυμία «.....», και ως εκ τούτου με την προσβαλλόμενη αποφασίστηκε η ανάθεση της οικείας σύμβασης στην ως άνω συνδιαγωνιζόμενη εταιρία. Παρόλα αυτά, με την υπό κρίση προσφυγή του, ο προσφεύγων στρέφεται κατά της ανωτέρω απόφασης αιτούμενος την ακύρωσή της και προβάλλοντας επί τούτου πλημμέλειες που αφορούν στο περιεχόμενο των δικαιολογητικών της τεχνικής προσφοράς της ως άνω συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας. Περαιτέρω, αιτείται την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας όπως και κάθε άλλο κατάλληλο μέτρο έως την έκδοση απόφασης επί της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής.

11. Επειδή, εν προκειμένω, ο προσφεύγων στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον του στο γεγονός ότι, αν και έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά του, η οποία έγινε αποδεκτή κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς, και ως εκ τούτου ανοίχθηκε και έγινε δεκτή η οικονομική του προσφορά, παρόλα αυτά, κατόπιν του σταδίου αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, αποφασίστηκε η ανάθεση της σύμβασης στη ως άνω συνδιαγωνιζόμενη εταιρία, παρότι η τελευταία προσκόμισε δικαιολογητικά που έφεραν πλημμέλειας, ματαιώνοντας την προσδοκία του προσφεύγοντος να του ανατεθεί η οικεία σύμβαση.

12. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ

## **Αριθμός απόφασης: Α 16/2018**

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 αδυναμίας 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).

13. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινής ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

14. Επειδή, 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), ως προελέχθη στην ανωτέρω σκέψη, σε κάθε περίπτωση κατά την κρίση του παρόντος Κλιμακίου δεν υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα όσα έχουν γίνει δεκτά έως τώρα, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει.

15. Επειδή, από την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές, έχουν ελεγχθεί τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, έχει προταθεί και έχει αποφασισθεί η ανάδειξη ως αναδόχου της εταιρίας «.....».

## **Αριθμός απόφασης: Α 16/2018**

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, ουδεμία ανάγκη υφίσταται προς αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων του προσφεύγοντος, αφού τέτοια δεν προκύπτει. Και τούτο διότι τυχόν παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας, στο βαθμό που με την προσβαλλόμενη παρανόμως αποφασίστηκε η κατακύρωση της σύμβασης στη συνδιαγωνιζόμενη εταιρία «.....», θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής του Προσφυγής.

17. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν συνίσταται βλάβη του προσφεύγοντος στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία αυτού και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων.

18. Επειδή, η ισχυριζόμενη ζημία του προσφεύγοντος από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο που ευρίσκεται η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, δεν δύναται να αποτραπεί με την αναστολή του διαγωνισμού – ορισμό προσωρινών μέτρων, λαμβανομένου υπόψη ότι οι οικονομικές προσφορές έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί, σε κάθε περίπτωση ο εν λόγω διαγωνισμός στο στάδιο που ευρίσκεται δεν δύναται να ολοκληρωθεί με την ανάδειξη οριστικών αναδόχων και την υπογραφή της σύμβασης. Συνεπώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (σκέψη 7), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

19. Επειδή, επέκεινα και εφόσον ο διαγωνισμός έχει εκ των πραγμάτων προχωρήσει στο επόμενο και τελικό στάδιο, ήτοι έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων, έχει αναδειχθεί ο προσωρινός ανάδοχος και έχουν ελεγχθεί τα δικαιολογητικά κατακύρωσης που αυτός προσκόμισε, σε κάθε δε περίπτωση εφόσον δεν δύναται να υπογραφεί η

## **Αριθμός απόφασης: Α 16/2018**

σύμβαση, το δικαίωμα του προσφεύγοντος και η εύλογη προσδοκία του περί συμμετοχής του στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και εν τέλει στην ανάδειξη αυτού ως αναδόχου της εν λόγω σύμβασης δεν θίγεται σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής της Προσφυγής.

20 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.

21. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 08 Ιανουαρίου 2018, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Εισηγητή και εκδόθηκε αυθημερόν.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Βασιλική Κ. Μπάκου**