

**Αριθμός απόφασης: Α 572 / 2018**

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 28.12.2018, με την εξής σύνθεση:  
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Γερασιμούλα – Μαρία  
Δρακονταειδή και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών  
μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 18.12.2018 (ημερομηνία κατάθεσης  
στην ΑΕΠΠ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -  
Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1354/18.12.2018 και  
χρέωσης στο 2<sup>ο</sup> Κλιμάκιο στις 18.12.2018, της ..... με την  
επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο  
«.....» και ήδη «.....», που εδρεύει στη  
....., επί της οδού ....., αρ. ...., νομίμως  
εκπροσωπούμενης.

Κατά της υπ' αριθ. 1692/12.12.2018 (από το 55<sup>ο</sup> πρακτικό της  
συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της 12.12.2018) απόφασης της  
Οικονομικής Επιτροπής του ....., κατ' αποδοχήν του  
Πρακτικού ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης του δημόσιου ανοικτού  
ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την εκτέλεση του έργου:  
«.....» προϋπολογισθείσας δαπάνης 399.000,00€  
συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α., με την οποία απόφαση εγκρίθηκε η απόρριψη  
της προσφοράς της συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας εταιρίας  
«.....» και νυν «.....», διότι δεν προσκόμισε τις δύο  
απαιτούμενες υπεύθυνες δηλώσεις -ότι δηλαδή ο οικονομικός φορέας,  
σύμφωνα με τα άρθρα 22.Α.4.(ζ) και 23.3.(ε) της Διακήρυξης δεν έχει κριθεί  
ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών

## **Αριθμός απόφασης: Α 572 / 2018**

που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής και την υπεύθυνη δήλωση ότι δεν έχει εκδοθεί σε βάρος του οικονομικού φορέα απόφαση αποκλεισμού, σύμφωνα με το άρθρο 74 του Ν. 4412/2016 (Άρθρα 22.Α.9 και 23.3.(στ) της Διακήρυξης)- και αποφασίσθηκε η ανάδειξη ως προσωρινού αναδόχου του υπόψη διαγωνισμού της 2<sup>ης</sup> (επόμενης) μειοδότης στο διαγωνισμό εταιρίας με την επωνυμία «.....».

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που απέρριψε τη προσφορά της και εντέλει να κριθεί ως ανάδοχος της προκείμενης σύμβασης ήτοι να κατακυρωθεί σε αυτή.

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 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 ..... 2017-11-08 διακήρυξη του ..... προκηρύχθηκε ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία για τη σύναψη ηλεκτρονικής δημόσιας σύμβασης έργου κάτω των ορίων μέσω του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «.....», εκτιμώμενης αξίας 321.774,19€ άνευ ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 08.11.2017. Ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 05/12/2017, ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00 π.μ. και ως ημερομηνία και ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών η 11/12/2017 και ώρα

## **Αριθμός απόφασης: Α 572 / 2018**

10.00 π.μ. και διενεργείται στην έδρα του ....., από την Επιτροπή του Διαγωνισμού.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί και πληρωθεί οριζόντιο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..... ) ποσού 600,00€, αφού παράλληλα με τη Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα άσκησε και Ένσταση ενώπιον της Αναθέτουσας Αρχής σύμφωνα με το άρθρο 127 του Ν. 4412/16 με το ίδιο περιεχόμενο με αυτό της Προδικαστικής Προσφυγής. Το εν λόγω έντυπο της Ένστασης της τιτλοφορείται «Ένσταση άρθρου κατά τη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης άρθρου 127 Ν.4412/2016 – Προδικαστική Προσφυγή κατά πράξης που εκδόθηκε πριν από τη σύναψη σύμβασης άρθρου 360 Ν. 4412/2016- σωρευόμενη με αίτημα αναστολής και αίτημα προσωρινής διαταγής». Σύμφωνα εντούτοις με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, το νόμιμο (και ορθό) ποσό παραβόλου υπολογίζεται σε ποσοστό 0,50% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης άνευ ΦΠΑ ήτοι εν προκειμένω επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης ύψους 321.774,19€ και συνεπώς το κατά νόμο ποσό παραβόλου εν προκειμένω είναι ύψους 1.608,87€. Θα έπρεπε δε επιπροσθέτως να έχει εκδοθεί υπέρ του φορέα «Α.Ε.Π.Π.», προκειμένου να πληρούνται οι προϋποθέσεις του τυπικώς παραδεκτού της κατατεθείσας προσφυγής.

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, οι διατάξεις του άρθρου 379 του Ν. 4412/2016 με τίτλο: Έναρξη ισχύος (άρθρα 90 παράγραφοι 1-2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και 106 παράγραφοι 1-2 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ) ορίζουν στην παράγραφο 7 αυτού: «Οι διατάξεις του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374) διέπουν τις διαφορές που αναφέρονται από πράξεις ή παραλείψεις, οι οποίες εκδίδονται ή συντελούνται από αναθέτουσες αρχές/ αναθέτοντες φορείς, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία εκκινεί, κατά τα οριζόμενα στα άρθρα 61, 120,

## **Αριθμός απόφασης: Α 572 / 2018**

290 και 330 του παρόντος: α) για τις δημόσιες συμβάσεις γενικών υπηρεσιών και τις δημόσιες συμβάσεις προμηθειών, μετά την 26η Ιουνίου 2017 β) για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και τις δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, με εκτιμώμενη αξία σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.) ίση ή ανώτερη από τα κατώτατα όρια των άρθρων 5 και 235 του παρόντος, όπως ισχύουν κάθε φορά, μετά την 1η Ιανουαρίου 2018. Μέχρι τότε οι ως άνω διαφορές συνεχίζουν να διέπονται από τις διατάξεις του ν. 3886/2010 (Α' 173). Τα προηγούμενα εδάφια της παρούσας περίπτωσης εφαρμόζονται και στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών με εκτιμώμενη αξία σύμβασης ίση ή ανώτερη από το κατώτατο όριο του άρθρου 1 παρ. 2 περίπτωση α' του ν. 4413/2016 (Α' 148), όπως ισχύει κάθε φορά, γ) για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και τις δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, με εκτιμώμενη αξία σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.) ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ και κατώτερη από τα όρια των άρθρων 5 και 235 του παρόντος, όπως ισχύουν κάθε φορά, μετά την 1η Μαρτίου 2018. Μέχρι τότε για τις ως άνω διαφορές εφαρμόζεται το άρθρο 127, σε συνδυασμό με το άρθρο 376 παράγραφος 12 του παρόντος. Τα προηγούμενα εδάφια της παρούσας περίπτωσης εφαρμόζονται και στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων παραχώρησης έργων και υπηρεσιών με εκτιμώμενη αξία κατώτερη από το όριο του άρθρου 1 παρ. 2 περίπτωση α' του ν.4413/2016 (Α' 148), όπως ισχύει κάθε φορά.»

5. Επειδή, κατ' εφαρμογή της ως άνω διάταξης του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, ως ισχύει, ενεργοποιούνται οι διατάξεις του Βιβλίου IV (άρθρα 345 έως 374) για τις διαφορές που αναφύονται από πράξεις ή παραλείψεις, οι οποίες εκδίδονται ή συντελούνται από αναθέτουσες αρχές, στο πλαίσιο διαδικασίας σύναψης σύμβασης, η οποία εκκινεί, κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 120 του ως άνω νόμου, μετά την 1η Μαρτίου 2018, για τις δημόσιες συμβάσεις έργων και τις δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών

### **Αριθμός απόφασης: Α 572 / 2018**

υπηρεσιών, με εκτιμώμενη αξία σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.) ανώτερη των 60.000,00€.

6. Επειδή, κατά τη διάταξη του άρθρου 120 του Ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας σύναψης σύμβασης, για τις συμβάσεις κάτω των ορίων, νοείται η ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 66, με την επιφύλαξη της παρ. 5 του άρθρου 376, ενώ κατά τη διάταξη του άρθρου 5 του ως άνω νόμου, ως ισχύει κατόπιν τροποποίησης του άρθρου 4 της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ με τον Κανονισμό (ΕΕ) 2017/2365, ως κατώτατο όριο, σε συνάρτηση προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, άνευ ΦΠΑ, ορίζεται το ποσό των 5.225.000,00€ για τις δημόσιες συμβάσεις έργων.

7. Επειδή, από την εξέταση των στοιχείων της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας προκύπτει ότι, η με αριθμ. .... Διακήρυξη του ..... με ΑΔΑΜ ..... 2017-11-08 με την οποία προκηρύχθηκε ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία για τη σύναψη ηλεκτρονικής δημόσιας σύμβασης έργου κάτω των ορίων για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «.....», εκτιμώμενης αξίας 321.774,19€ άνευ ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 08.11.2017. Ήτοι, η υπόψη σύμβαση αφορά στη διενέργεια ανοικτού διαγωνισμού για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης έργου κάτω των ορίων, η οποία ωστόσο δημοσιεύθηκε πριν την 01<sup>η</sup>.03.2018, οπότε και ενεργοποιείται η ισχύς των διατάξεων του Βιβλίου IV αναφορικά με τη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. για την επίλυση των διαφορών που ανακύπτουν από πράξεις/παραλείψεις της αναθέτουσας αρχής κατά τη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων έργων προϋπολογισθείσας δαπάνης άνω των 60.000,00€ και ως εκ τούτου η υπόψη σύμβαση κατ' εφαρμογή των οικείων διατάξεων κείται εκτός πεδίου χρονικής αρμοδιότητας της Α.Ε.Π.Π. Συνεπώς, απαραδεκτώς ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

### **Αριθμός απόφασης: Α 572 / 2018**

8. Επειδή, οι προϋποθέσεις του παραδεκτού που πρέπει να συντρέχουν κατά την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κρίνονται σε κάθε περίπτωση και αυτεπαγγέλτως από την Α.Ε.Π.Π. (πρβλ. ΣΤΕ 2080/2016).

9. 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).

10. 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».

11. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία

## **Αριθμός απόφασης: Α 572 / 2018**

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.

12. 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- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί 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.

13. Επειδή, τούτων ούτως εχόντων, καταδεικνύεται ότι η παρούσα προσφυγή είναι προδήλως απαράδεκτη ελλείψει χρονικής αρμοδιότητας της Α.Ε.Π.Π. για την εξέτασή της.

**Αριθμός απόφασης: Α 572 / 2018**

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (βλ. σκ. 11 και 12).

15. Επειδή, σε κάθε περίπτωση κατά την κρίση του παρόντος Κλιμακίου δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις τυπικώς παραδεκτού άσκησης της παρούσας προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα, προκειμένου να εξετασθεί κατ'ουσίαν αλλά και με τη παρούσα Απόφαση να χορηγηθεί αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων από την ΑΕΠΠ.

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 28 Δεκεμβρίου 2018 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

**Η Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**

**Μαρία Κων. Μανδράκη**

**Αλέξανδρος Γρυπάρης**