

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**4<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 06-11-2018, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Κωνσταντίνο Κορομπέλη και Απόστολο Σιαπέρα, Μέλη (σε αναπλήρωση ο τελευταίος της Κυριακής Σιδηροπούλου δυνάμει της με αριθμό 69/2018 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ).

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 997/01-10-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «

», που εδρεύει στο Νέο Ψυχικό και εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής προσφεύγων).

Κατά της απόφασης με αριθμό 2185/2018 και ΘΕΜΑ 56ο: «Έγκριση του 1ου πρακτικού διαγωνισμού του υποέργου 2 :

», του έργου: «

» της Οικονομικής Επιτροπής της

(εφεξής Αναθέτων Φορέας), δυνάμει της οποίας: α) εγκρίθηκε το από 20-8-2018 Πρακτικό της Επιτροπής διαγωνισμού του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού του έργου «

», (υποέργου 2 του έργου: «

»), προϋπολογισμού €1.299.999,82

(συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%) και β) ανατέθηκε η σύμβαση του έργου στη μειοδότρια εργοληπτική επιχείρηση με την επωνυμία:

(δ.τ.

), με αρ.

συστήματος της Προσφοράς 83235, και μέσο ποσοστό έκπτωσης (27,54 %)

**Αριθμός απόφασης: 973 / 2018**

είκοσι επτά κόμμα πενήντα τέσσερα τοις εκατό, επί των τιμών του Τιμολογίου της μελέτης συνολικής δαπάνης εργασιών: 759.638,14 ευρώ (επτακοσίων πενήντα εννέα χιλιάδων εξακοσίων τριάντα οκτώ ευρώ και δεκατεσσάρων λεπτών, (συμπεριλαμβανομένων Γ.Ε. και Ο.Ε, απροβλέπτων 15% & αναθεώρησης/στρογγυλοποίησης), επιπλέον Φ.Π.Α. 24%: 182.313,15 ευρώ το οποίο οδηγεί σε συνολικό συμβατικό ποσό: 941.951,29 ευρώ, αναφορικά με την με αριθμό πρωτοκόλλου Διακήρυξη ινοικτής  
διαδικασίας για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου  
«

», εκτιμώμενης αξίας 1.048.386,95 Ευρώ (πλέον 251.612,87 Ευρώ ΦΠΑ), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Ο διαγωνισμός φέρει συστηματικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

Σημειώνεται ότι, δυνάμει του από 20-08-2018 και δια της εδώ προσβαλλομένης εγκριθέντος Πρακτικού της Επιτροπής διαγωνισμού γνωμοδοτήθηκαν τα κάτωθι: ότι οι προσφορές των έξι (6) συμμετεχόντων κρίθηκαν παραδεκτές και κατατάσσονται με σειρά μειοδοσίας ως εξής: 1.

1, με ποσοστό έκπτωσης 27,54%, 2.

με ποσοστό έκπτωσης 27,52%, 3.

με ποσοστό έκπτωσης 20,40%, 4.

5, και ήδη προσφεύγων, με ποσοστό έκπτωσης 17,50%, 5. με ποσοστό έκπτωσης 14,10% και 6. με ποσοστό έκπτωσης 10,10%, ενώ περαιτέρω εισηγήθηκε η ανάθεση της Σύμβασης στην μειοδότρια εργοληπτική επιχείρηση με την επωνυμία «(πρώτη μειοδότρια).

Ετέρωθεν, ο προσφεύγων με την Προδικαστική Προσφυγή του επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης απόφασης του Αναθέτοντα Φορέα, κατά το μέρος που με αυτήν έγιναν αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής του πρώτου και τρίτου κατά σειρά μειοδότη, και συγκεκριμένα διότι δεν είχαν προσκομίσει βεβαίωση επίσκεψης του έργου κατά παράβαση του άρθρου 22.α.10 της διακήρυξης (πρώτος λόγος), κατά το μέρος που με αυτήν έγινε αποδεκτή η συμμετοχή του πρώτου, δεύτερου και τρίτου μειοδότη, και τούτο διότι – ως ισχυρίζεται ο προσφεύγων - δεν διαθέτουν ούτε οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ούτε τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (δεύτερος λόγος), ενώ τέλος στρέφεται κατά του κριτηρίου ανάθεσης της σύμβασης, όπως αυτό έχει ήδη τεθεί με την υπό εξέταση Διακήρυξη (τρίτος λόγος).

Σημειώνεται ότι έχει κατατεθεί νομότυπα και εμπρόθεσμα η παρέμβαση του οικονομικού φορέα και προσωρινού αναδόχου

με την οποία προβάλει δια νομικών και πραγματικών ισχυρισμών, ληφθέντων υπόψιν κατά την εξέταση της παρούσας, ότι νομίμως έγινε αποδεκτή η προσφορά του και ως εκ τούτου αιτείται την απόρριψη της Προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης ως άνω απόφασης, με την οποία ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Νεκταρία Πηνελόπη Ταμανίδη

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 5.241,95€. 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 1.299.999,82 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ, με αποτέλεσμα το νόμιμο παράβολο να ισούται με το

**Αριθμός απόφασης: 973 / 2018**

κατατεθέν ποσό. Το εν λόγω ποσό πληρώθηκε σύμφωνα με το προσκομιζόμενο e-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, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης (345 παρ. 1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (έργο) και της ημερομηνίας δημοσίευσης της διακήρυξης της σχετικής σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ, που έλαβε χώρα στις 06-07-2018, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου II του Ν. 4412/2016 και με συνολική εκτιμώμενη αξία 1.299.999,82 € (χωρίς ΦΠΑ) δεν υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/25/ΕΕ, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 γ) του Ν. 4412/2016, δημοσίευσης την 30-09-2018, μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

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 (περ. α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 20.09.2018, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 01-10-2018, με την ανάρτηση της στο ΕΣΗΔΗΣ. Διευκρινίζεται ότι η δεκαήμερη προθεσμία έληγε την 30-09-2018, ημέρα Κυριακή, και ως εκ τούτου εξαιρετέα με παράταση για την 01-10-2018, ημέρα Δευτέρα.

5. Επειδή, καταρχήν ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντα φορέα, με την οποία κατατάσσονται με σειρά μειοδοσίας οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς ως εξής: 1. , με ποσοστό

έκπτωσης 27,54%, 2. με ποσοστό έκπτωσης 27,52%, 3.

με ποσοστό έκπτωσης 20,40%, 4.

και ήδη προσφεύγων, με ποσοστό έκπτωσης 17,50%, 5.

. με ποσοστό έκπτωσης 14,10% και 6. με ποσοστό έκπτωσης 10,10% και εισηγήθηκε η ανάθεση της Σύμβασης στην μειοδότρια εργοληπτική επιχείρηση με την επωνυμία «

» (πρώτη μειοδότρια), αιτούμενος την ακύρωση της, αφού ως ισχυρίζεται έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά του και εύλογα προσδοκά να του ανατεθεί η εν λόγω σύμβαση ως τέταρτος τη τάξη στη σειρά μειοδοσίας, καθόσον οι προσφορές των τριών πρώτων τη τάξη μειοδοτών κατά παράβαση της κείμενης νομοθεσίας και της Διακήρυξης έγιναν αποδεκτές.

6. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ. 504382/2176 οικ./10-10-2018 έγγραφό του, ο αναθέτων φορέας εκφράζει τις απόψεις του επί της εν λόγω Προσφυγής.

7. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαίνεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση

παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή αναφορικά με τον δεύτερο λόγο, ο οποίος απορρίπτεται ως προδήλως αόριστος, λεκτέα τα ακόλουθα: Ο προσφεύγων αναφορικά με τον δεύτερο λόγο, επί του σώματος της προσφυγής του αναφέρει αυτολεξεί τα εξής: «Η προκήρυξη στο άρθρο 22 παρ. γ προέβλεπε ως κριτήριο επιλογής την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ενώ στο 22 παρ. δ προέβλεπε την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Από την επισκόπηση των υποβληθεισών στοιχείων συνάγεται ότι η μειοδότρια εταιρεία δεν διέθετε ούτε οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια ούτε τεχνική και επαγγελματική ικανότητα όπως ορίζονται στις σχετικές διατάξεις. Οι ίδιες ελλείψεις συνέτρεχαν και για την δεύτερη κατά σειρά μειοδοσίας εταιρεία Ε καθώς και για την ». Όλα τα ανωτέρω είναι αόριστα, ανεπίδεκτα εκτίμησης, καθώς ο προσφεύγων δεν αναφέρει καν σε τι συνίσταται το κριτήριο επιλογής της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και γιατί δεν το διαθέτουν οι τρεις πρώτοι μειοδότες.

9. Επειδή, σύμφωνα με τα προαναφερθέντα στην σκέψη 8, δεν προκύπτει πλημμέλεια ως προς την αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «», ο οποίος κατετάγη δεύτερος. Εν όψει τούτου, οι λοιπές αιτιάσεις που προβάλλει ο προσφεύγων, τέταρτος στη σειρά κατατάξεως, σχετικά με την αποδοχή της προσφοράς του παρεμβαίνοντα, που κατετάγη πρώτος και σχετικά με την αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «».

που κατετάγη τρίτος, (ως οι αιτιάσεις αυτές προβάλλονται στον πρώτο λόγο της προσφυγής του), πρέπει να απορριφθούν ως αλυσιτελείς. Και τούτο διότι η βλάβη του προσφεύγοντα δεν προκαλείται αποκλειστικώς από την αποδοχή της προσφοράς της εταιρείας που κατετάγη πρώτη και Τρίτη αντίστοιχα, αλλά και από την αποδοχή της προσφοράς της δεύτερης κατά σειρά κατατάξεως εταιρείας με την επωνυμία «Ε.....», η οποία όμως, κατά τα προεκτεθέντα, δεν προκύπτει ότι ήταν πλημμελής (βλ. ΕΑ 1161/2006, πρβλ και ΕΑ 210/2011, 334/2010, 806/2005, 665/2004, 884,261/2003, 147, 171, 224/98, 5/2015 ΣΤΕ ΑΣΦ).

10. Επειδή αναφορικά με τον τρίτο λόγο, ο οποίος απορρίπτεται ως προδήλως απαράδεκτος, λεκτέα τα ακόλουθα: Όπως έχει κριθεί από τη νομολογία, στο πεδίο των δημοσίων Διαγωνισμών, ισχύει η αρχή της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του Διαγωνισμού, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο του Διαγωνισμού δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣτΕ 207/2002, 295, 602, 884/2003, 69,1032/2005, 225/2009, 245/2011 κ.ά.). Εν προκειμένω, ο προσφεύγων αναφορικά με τον τρίτο λόγο, επί του σώματος της προσφυγής του αναφέρει αυτολεξί τα εξής: «Το κριτήριο για την επιλογή της μειοδότριας εταιρείας στην επίμαχη διακήρυξη καθώς και για την κατάταξη κατά σειρά μειοδοσίας των συμμετεχόντων εταιρειών διαμορφώθηκε κατά την προκήρυξη αποκλειστικά με βάση το προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης. Έτσι, η μειοδότρια εταιρεία επιλέχθηκε έχοντας προσφέρει έκπτωση 27,54% η δεύτερη καταταγείσα εταιρεία προσέφερε ποσοστό έκπτωσης 27,52% ενώ η Τρίτη προσέφερε ποσοστό 20,40 σε αντίθεση με την εταιρεία μας που προσέφερε ποσοστό έκπτωσης 17,5%. Η ιδιαιτερότητα του αντικειμένου του έργου και το πραγματικό γεγονός ότι αυτό θα υλοποιηθεί παράλληλα με ήδη εγκατεστημένη εργολαβία καθιστά επισφαλή την έκπτωση ως αποκλειστικό κριτήριο επιλογής. Αυτό αποδεικνύεται από το άρθρο 11 παρ. 3 της διακήρυξης το οποίο ορίζει ότι η προϋφιστάμενη εργολαβία καθώς η μέλλουσα να συναφθεί με βάση τη διακήρυξη δεν είναι απλά αλληλένδετες

αλληλεξαρτώμενες αλλά κυρίως συμπλέκονται μεταξύ τους λόγω της φύσης και της διαδοχικότητας των εργασιών με τρόπο μάλιστα ώστε η ολοκλήρωση της νυν δημοπρατούμενης εργολαβίας από την μειοδότρια εταιρεία.

να συνιστά αντικειμενικά προϋπόθεση της ολοκλήρωσης της προϋφιστάμενης εργολαβίας. Η περιγραφή των έργων στα οποία αφορά η σύναψη της σύμβασης με τον επιλεγέντα μειοδότη δημιουργεί νομικό ζήτημα καθότι η περιγραφή των έργων αυτών που διαλαμβάνονται στο εδάφιο γ του άρθρου 11 παρ. 3 της διακήρυξης συνιστούν έργα αμιγώς συμπληρωματικά της εκτελούμενης και ήδη προϋφιστάμενης εργολαβίας τα οποία προέκυψαν λόγω ανωτέρας βίας και δη λόγω εκτάκτων καιρικών συνθηκών και ως εκ τούτου θα έπρεπε χάριν της εξυπηρέτησης του Δημοσίου Συμφέροντος να απολήξουν στην σύναψη συμπληρωματικής σύμβασης με απευθείας διαπραγμάτευση και όχι στην σύναψη νέας αυτόνομης συμβάσεως η οποία κατά παράδοξο τρόπο θα πρέπει να εκτελεστεί πριν την εκτέλεση της προϋφιστάμενης εργολαβίας». Επομένως, απαραδέκτως ο προσφεύγων προβάλλει στο παρόν στάδιο λόγους που αφορούν στη νομιμότητα της Διακήρυξης αναφορικά με το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης και τον τρόπο σύναψης συμπληρωματικής σύμβασης, με απευθείας διαπραγμάτευση ή με νέα αυτόνομη σύμβαση. Συνεπώς, οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος απορρίπτονται ως απαράδεκτοι και, επομένως, παρέλκει η εξέταση των οικείων ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και του αναθέτοντα φορέα.

11. Επειδή, τούτων δοθέντων θα πρέπει κατ' ακολουθίαν η Προσφυγή να απορριφθεί ως νόμω και ουσία αβάσιμη και να γίνει δεκτή η Παρέμβαση.

12. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων θα πρέπει να καταπέσει, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

**Αριθμός απόφασης: 973 / 2018**

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παράβολου ποσού ευρώ 5.241,95.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 06-11-2018 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη και εκδόθηκε στις 15-11-2018 στον ίδιο τόπο.

Η Πρόεδρος

Νεκταρία-Πήνελόπη Ταμανίδη

Η Γραμματέας

Γεωργία Παν. Ντεμερούκα

