

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**1<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της στις 28 Ιουνίου 2019 με την εξής σύνθεση: Πουλοπούλου Αγγελική Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηροπούλου-Εισηγήτρια και Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Μέλος, κατόπιν της με αρ. 8/2019 απόφασης της Ολομέλειας της ΑΕΠΠ και της με αρ. 25/2019 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 20/6/2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 750/21-6-2019 του Οικονομικού Φορέα με την επωνυμία «.....» νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά της ..... και της υπ' αριθμόν 1387/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ....., κατά το μέρος που απερρίφθη η προσφορά της προσφεύγουσας, στο πλαίσιο δημόσιου ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την σύναψη δημόσιας συμβάσεως για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου ....., εκτιμώμενης αξίας 1.209.677,42 ( πλέον ΦΠΑ 24%), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα Σωτηροπούλου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά το Νόμο**

## Αριθμός Απόφασης : Α 297/2019

1. Επειδή, με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η οποία κατετέθη την 20-6-2019 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και την 21-6-2019 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η με αρ. 1387/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ....., κατά το μέρος που απερρίφθη η προσφορά της προς τον σκοπό να κριθεί παραδεκτή η προσφορά της στον διαγωνισμό για την ανάθεση του έργου «.....» και να ανακηρυχθεί προσωρινή μειοδότης. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

2. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν. 4412/2016 το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο, ήτοι το με κωδικό ....., ποσού 6.049,00 Ευρώ €.

3. Επειδή η υπό κρίση Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από το άρθρο 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός

## Αριθμός Απόφασης : Α 297/2019

προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την πλήρη, πραγματική γνώση της προσβαλλομένης πράξης, η οποία συντελέστηκε την 12-6-2019, ως η ίδια αναφέρει στην προδικαστική της προσφυγή, μέσω της ανάρτησης της στο πρόγραμμα ΔΙΑΥΓΕΙΑ.

6. Επειδή, η Προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης, επιδιώκοντας την ακύρωση της προσβαλλόμενης επί τω τέλει όπως αναδειχθεί ο ίδιος ανάδοχος, καθώς κατόπιν του αποκλεισμού του πρώτου σε σειρά μειοδοσίας οικονομικού φορέα, προσέφερε την υψηλότερη έκπτωσηση.

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του αιτήματος αναστολής παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

8. Επειδή η ....., ως αναθέτουσα αρχή, δια της Διεύθυνσης Τεχνικών έργων ....., προκήρυξε δημόσιο ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την σύναψη δημόσιας συμβάσεως για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου ....., εκτιμώμενης αξίας 1.209.677,42 ( πλέον ΦΠΑ 24%), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση την τιμή. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης όπου έλαβε Συστημικό αριθμό ....., και δημοσιεύθηκε την 30-10-2018 στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ ..... και στο ΕΣΗΔΗΣ την με συστημικό α/α ..... Στον ανωτέρω διαγωνισμό έλαβαν μέρος δέκα (10) διαγωνιζόμενοι μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, των οποίων οι προσφορές κατετάγησαν ως ακολούθως κατά σειρά ποσοστού μειοδοσίας : α) .....: 65,2%. β).....: 63,25%(η προσφεύγουσα), γ) .....: 58,71%. δ) .....: 58%. ε) .....: 57,88%. στ) .....: 53,25%. ζ) .....: 49,75%. η) .....: 48,86%. θ) .....: 35,70%. ι) .....: 26% .

9. Επειδή με την υπ' αριθμ. 293/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Αναθέτουσας Αρχής, κατόπιν έγκρισης του από 12-12-2018 Πρακτικού Α' φάσης της Επιτροπής του Διαγωνισμού και αφού διεπιστώθη ότι

## Αριθμός Απόφασης : Α 297/2019

οι προσφορές των συμμετεχόντων είναι ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το είδος του έργου, ήτοι συντρέχουν οι λόγοι του άρθρου 88 του ν. 4412/2016 «περί ασυνήθιστα χαμηλών προσφορών, αποφασίστηκε να κληθούν οι προσφέροντες με ποσοστό 55% και άνω, προκειμένου να δικαιολογήσουν τις προσφορές του, προσκομίζοντας τα απαιτούμενα δικαιολογητικά σύμφωνα με τα άρθρα 88 και 89 του ν. 4412/2016.» Ακολούθως, με το με αρ. πρωτ. Οικ ...../.....-55840-1057 έγγραφο του Διευθυντή Τεχνικών Έργων ....., με θέμα «Πρόσκληση αιτιολόγησης προσφορών του διαγωνισμού του έργου: «.....» (..... 2018-10- 30). Προϋπολογισμού 1.500.000,00 ευρώ (με Φ.Π.Α.). .....» κοινοποιήθηκε στις 22-2-2019 μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις πέντε πρώτες κατά σειρά μειοδοσίας εργοληπτικές επιχειρήσεις, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, πρόσκληση αιτιολόγησης των προσφορών στους με το εξής περιεχόμενο: «Σύμφωνα με την υπ' αρ. 293/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, όπως αυτή σας κοινοποιήθηκε μέσω της επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ, και επειδή διαπιστώθηκε πως οι προσφορές των συμμετεχόντων είναι ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το είδος του έργου, ήτοι συντρέχουν οι λόγοι του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, καλείστε οι συμμετέχοντες της ηλεκτρονικής δημοπρασίας του έργου του θέματος που έχετε προσφέρει ποσοστό έκπτωσης πενήντα πέντε τοις εκατό (55,00%) και άνω στις τιμές του εγκεκριμένου τιμολογίου της μελέτης, ήτοι οι : Α) ..... (65,20%) Β) ..... με δτ «.....» (63,25%) Γ) ..... δτ ..... (58,71%) Δ) ..... με δτ ..... (58,00%) Ε) ..... (57,88%), να δικαιολογήσετε τις προσφορές σας, προσκομίζοντας τα απαιτούμενα δικαιολογητικά σύμφωνα με το άρθρο 89 του Ν. 4412/2016, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών». Την 27/02/2019 και ώρα 14:26:53 υπεβλήθη η αιτιολόγηση της προσφοράς μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας ΕΣΗΔΗΣ, της προσφεύγουσας «.....» και την 04/03/2019 και ώρα 17:57:30 υπεβλήθη η αιτιολόγηση της προσφοράς μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας ΕΣΗΔΗΣ, της εργοληπτικής εταιρείας «Υ.....» ενώ δεν υποβλήθηκαν αιτιολογήσεις από τους οικονομικούς φορείς «.....», «.....» και «.....». Με το υπ' αριθ πρωτ 88085/743/22-3-

## Αριθμός Απόφασης : Α 297/2019

2019 διαβιβαστικό

έγγραφο του Γραφείου ....., οι υποβληθείσες αιτιολογήσεις των δύο πρώτων ..... ως ..... άνω μειοδοτών, διαβιβάστηκαν στην Οικονομική Επιτροπή της ..... Εν συνεχεία, ..... με ..... τη με αρ. 610/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ....., ζητήθη κε από την Επιτροπή Διαγωνισμού του έργου, σύμφωνα με το άρθρο 221 παρ. 1 του ν. 4412/2016 να γνωμοδοτήσει επί των δικαιολογητικών αιτιολόγησης που προσκόμισαν οι προσφέροντες , το συντομότερο δυνατό και όχι πέρα των πέντε (5) εργάσιμων ημερών. Πράγματι, με το από 3-4-2019 ΠΡΑΚΤΙΚΟ ΓΝΩΜΟΔΟΤΗΣΗΣ ΑΙΤΙΟΛΟΓΗΣΕΩΝ Α ΦΑΣΗΣ, Α) Η Επιτροπή εξέτασε την αιτιολόγηση της εταιρίας «.....», η οποία υπέβαλε οικονομικά στοιχεία και διαπίστωσε τα εξής : *«ί. Στο σχέδιο υλοποίησης του αντικειμένου αναφέρει ως ποσό εργολαβικού ανταλλάγματος 420.971,96 ευρώ. Επίσης αναφέρει ως συνολικό κόστος κατασκευής 396.713,52 ευρώ και φόρο εισοδήματος 7.034,95 ευρώ. Με βάση τα ανωτέρω υπολογίζει πως το κέρδος θα είναι 17.223,49 ευρώ. Όμως, όπως αναφέρεται και στην αρ. 854/2018 απόφαση της Α.Ε.Π.Π., από τη διάταξη του άρθρου 155 παρ. 3 περ. α' του Ν. 4412/2016, η ανάλυση των κονδυλίων απροβλέπτων εξαρτάται από τη μέλλουσα και αβέβαιη συνδρομή συγκεκριμένων προϋποθέσεων και συνεπώς δεν είναι δεδομένη εκ των προτέρων η απορρόφησή τους. Επίσης ακόμα και στην περίπτωση που υπήρχε πρόβλεψη απορρόφησης απροβλέπτων, θα έπρεπε να υπολογιστεί το αντίστοιχο κόστος εργασιών. Με βάση τα ανωτέρω, δε μπορεί να θεωρηθεί εργολαβικό ανάλλαγμα το ποσό 54.875,75 ευρώ και πρέπει να αφαιρεθεί από το κέρδος της εταιρίας. ii. Η δαπάνη ασφαλτομίγματος που συμπεριλαμβάνεται στην ανάλυση κόστους βάση της προσφοράς και που επισυνάπτεται, ανέρχεται στο ποσό των 27 ευρώ ανά τόνο. Αυτή όμως δεν περιλαμβάνει τη δαπάνη αγοράς ασφάλτου και μαζούτ, η οποία βάση της εμπειρίας μας προσαυξάνει σημαντικά το συνολικό κόστος του ασφαλτομίγματος. Επειδή οι προϋπολογισθείσες ποσότητες ασφαλτομίγματος είναι 8.000 τόνοι, το κόστος αυξάνεται σημαντικά και επιβαρύνει περαιτέρω τα οικονομικά στοιχεία του έργου. Βάση των ανωτέρω, η επιτροπή διαγωνισμού*

## Αριθμός Απόφασης : Α 297/2019

εκτιμά ότι η αιτιολόγηση που υποβλήθηκε εμπεριέχει σοβαρά υπολογιστικά σφάλματα, καθόσον δεν έχουν υπολογισθεί ορθά και πλήρως, από τον προσφέροντα όλα τα πραγματικά έσοδα και έξοδά του. Β) Η Επιτροπή εξέτασε την αιτιολόγηση της εταιρίας «.....» και διαπίστωσε τα εξής : Η ανωτέρω εταιρία αναφέρει στην αιτιολόγησή της τις εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες που διαθέτει για την εκτέλεση του έργου. Συγκεκριμένα αναφέρει πως διαθέτει ιδιόκτητο συγκρότημα παρασκευής ασφαλτομίγματος και σκυροδεμάτων, καθώς και ιδιόκτητα μηχανήματα. Επιπρόσθετα αναφέρει κατάλογο έργων των οποίων έχει ολοκληρώσει τη τελευταία διετία στη ..... με παρόμοιες εκπτώσεις. Η επιτροπή αποδέχεται ότι οι ανωτέρω ισχυρισμοί αποτελούν λόγους εξαιρετικά ευνοϊκών συνθηκών για την εκτέλεση του έργου, επισημαίνοντας ταυτόχρονα την έλλειψη οικονομικών στοιχείων από τη συγκεκριμένη αιτιολόγηση.». Εν συνεχεία, με την με αρ. 867 /2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής ζητήθηκε από τους υποψήφιους αναδόχους του έργου, ήτοι τις εταιρίες «.....» και την προσφεύγουσα «.....» «να καταθέσουν επιπλέον διευκρινιστικά στοιχεία που θα επικουρούν την αξιολόγηση των αιτιολογήσεων τους και θα εξηγούν τεκμηριωμένα την προσφορά τους. Τα επιπλέον στοιχεία θα πρέπει να προσκομισθούν το συντομότερο δυνατόν και όχι πέρα των πέντε (5) εργάσιμων ημερών από την ανάρτηση της παρούσας.» Επιπλέον ζητήθηκε από την Επιτροπή διαγωνισμού του έργου, σύμφωνα με την περίπτωση στ' παρ.1 του άρθρου 221 του Ν.4412/2016, «να γνωμοδοτήσει επί των επιπλέον στοιχείων αιτιολόγησης που θα προσκομίσουν οι ανωτέρω υποψήφιοι ανάδοχοι, το συντομότερο δυνατόν και όχι πέρα των πέντε (5) εργάσιμων ημερών από το πέρας της λήξης της προθεσμίας που ισχύει για τους αναδόχους.». Ακολουθώντας, με το με αρ. πρωτ. Οικ ...../.....-133344/2565/3-5-2019 έγγραφο του Διευθυντή Τεχνικών Έργων ....., με θέμα «Πρόσκληση κατάθεσης διευκρινιστικών στοιχείων επί αιτιολόγησης προσφορών του διαγωνισμού του έργου: «.....» (..... 2018-10-30). Προϋπολογισμού 1.500.000,00 ευρώ (με Φ.Π.Α.). .....» τους κοινοποιήθηκε στις 3-5-2019 μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού πρόσκληση με το εξής περιεχόμενο: «Σύμφωνα με την υπ' αρ. 867/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής που επισυνάπτεται, καλείστε οι υποψήφιοι ανάδοχοι του

## Αριθμός Απόφασης : Α 297/2019

έργου «.....» ήτοι οι εταιρίες «.....» και «.....» να καταθέσουν επιπλέον διευκρινιστικά στοιχεία που θα επικουρούν την αξιολόγηση των αιτιολογήσεων τους και θα εξηγούν τεκμηριωμένα την προσφορά τους. Τα επιπλέον στοιχεία θα πρέπει να προσκομισθούν το συντομότερο δυνατόν και όχι πέρα των πέντε (5) εργάσιμων ημερών από την αποστολή της παρούσας μέσω της ηλεκτρονικής επικοινωνίας του ΕΣΗΔΗΣ. Τα στοιχεία αυτά, όπως αναφέρεται και στην ανωτέρω απόφαση της Ο.Ε. θα διαβιβαστούν στην Επιτροπή Διαγωνισμού να γνωμοδοτήσει επί των επιπλέον αποδεκτών στοιχείων αιτιολόγησης που προσκόμισαν οι ανωτέρω υποψήφιοι ανάδοχοι, το συντομότερο δυνατόν και όχι πέρα των πέντε (5) εργάσιμων ημερών από το πέρας της λήξης της προθεσμίας που ισχύει για τους αναδόχους.» Την 10/05/2019 και ώρα 16:44:27 και 16:51:39 υπεβλήθη η αιτιολόγηση της προσφοράς μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας ΕΣΗΔΗΣ, της εργοληπτικής εταιρείας «.....» και την 09/05/2019 και ώρα 14:28:17 υπεβλήθη η αιτιολόγηση της προσφοράς μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας ΕΣΗΔΗΣ, της προσφεύγουσας «.....». Με το από 28-5-2019 Πρακτικό Γνωμοδότησης αναφορικά με τις Διευκρινήσεις επί των Αιτιολογήσεων Α' Φάσης της ηλεκτρονικής δημοπρασίας του έργου, η Επιτροπή εισηγήθηκε τα εξής «Α) Η Επιτροπή εξέτασε την διευκρίνιση της αιτιολόγησης της εταιρίας «.....» και εκτιμά ότι οι παρεχόμενες διευκρινήσεις δεν αναιρούν τα αναφερθέντα στο Πρακτικό Γνωμοδότησης Αιτιολογήσεων Α Φάσης και επομένως εμμένει στην αρχική της άποψη ότι «η αιτιολόγηση που υποβλήθηκε εμπεριέχει σοβαρά υπολογιστικά σφάλματα, καθόσον δεν έχουν υπολογισθεί ορθά και πλήρως, από τον προσφέροντα όλα τα πραγματικά έσοδα και έξοδά του». Β) Η Επιτροπή εξέτασε την διευκρίνιση της αιτιολόγησης της εταιρίας «.....» και εκτιμά ότι οι παρεχόμενες διευκρινήσεις δεν αναιρούν τα αναφερθέντα στο Πρακτικό Γνωμοδότησης Αιτιολογήσεων Α Φάσης και επομένως εμμένει στην αρχική της άποψη ότι υποβλήθηκαν ισχυρισμοί στην αρχική αιτιολόγηση που αποτελούν «λόγους εξαιρετικά ευνοϊκών συνθηκών για την εκτέλεση του έργου, επισημαίνοντας ταυτόχρονα την έλλειψη οικονομικών στοιχείων από τη συγκεκριμένη αιτιολόγηση». Εν τέλει, εκδόθηκε η προσβαλλόμενη, υπ' αριθ 1387/2019 απόφαση της Οικονο

## Αριθμός Απόφασης : Α 297/2019

μικής Επιτροπής της ....., δια της οποίας: « 1. Απορρίπτει την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....», η οποία βάσει άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 θεωρήθηκε ασυνήθιστα χαμηλή και η αιτιολόγηση της αξιολογήθηκε ως μη επαρκής. Δεν έχουν υπολογιστεί ορθά και πλήρως όλα τα πραγματικά έσοδα και έξοδα. Ο οικονομικός φορέας συμπεριλαμβάνει ως έσοδο το κονδύλι απροβλέπτων, η ανάλωση του οποίου δεν είναι δεδομένη εκ' των προτέρων. Επίσης στον υπολογισμό της δαπάνης ασφαλτομίγματος, το οποίο προϋπολογίζεται στους οκτώ χιλιάδες (8.000) τόνους, δεν εμπεριέχεται η δαπάνη αγοράς ασφάλτου και μαζούτ. 2. Απορρίπτει την προσφορά του οικονομικού φορέα «.....», η οποία βάσει άρθρου 88 του Ν. 4412/2016 θεωρήθηκε ασυνήθιστα χαμηλή και η αιτιολόγηση της αξιολογήθηκε ως μη επαρκής. Δεν έχουν κατατεθεί επαρκή δικαιολογητικά βάσει των άρθρων 88 & 89 του ν. 4412/2016. Η αιτιολόγηση αποτελείται από ισχυρισμούς του φορέα σχετικά με τις ευνοϊκές συνθήκες για την εκτέλεση του έργου. Η αιτιολόγηση δεν περιλαμβάνει οικονομικά στοιχεία. 3. Απορρίπτει με βάση την παρ. 1.γ του άρθρου 91 του Ν. 4412/2016 – 'Λόγοι απόρριψης προσφορών' στην οποία αναφέρεται «... ο προσφέρων δεν έχει παράσχει τις απαιτούμενες εξηγήσεις, εντός της προκαθορισμένης προθεσμίας ή η εξήγηση δεν είναι αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 102», τις προσφορές των ακόλουθων οικονομικών φορέων, οι οποίες δεν προσκόμισαν την απαιτούμενη αιτιολόγηση ως όφειλαν, βάση της υπ' αριθμ. 239/2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ....., εντός των αποκλειστικών προθεσμιών: «.....» με δ.τ. «.....», «.....» και «.....» με δ.τ. «.....». 4. Ζητείται από την Επιτροπή Διαγωνισμού του έργου «.....», να ανασυντάξει το 1ο Πρακτικό της Α φάσης για την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου του ανωτέρω έργου.» Η απόφαση και αναρτήθηκε στο πρόγραμμα ΔΙΑΥΓΕΙΑ την 12-6-2019, ότε και έλαβε γνώση η προσφεύγουσα, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκ. 5 της παρούσας και στους ενδιαφερομένους την 21-6-2019 μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού

10. Επειδή με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα υποστηρίζει, με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της, ότι η προσβαλλομένη



## Αριθμός Απόφασης : Α 297/2019

απόφαση είναι ακυρωτέα, προεχόντως, λόγω της παντελούς αοριστίας των προσκλήσεων που της απευθύνθηκαν προς αιτιολόγηση της προσφοράς της χωρίς, να αναφερθούν τα στοιχεία της προσφοράς που έχρηζαν αιτιολογήσεως. Υποστηρίζει δε ότι ενώ η Επιτροπή Διαγωνισμού έκρινε επαρκή την αιτιολόγηση που, εκ των ενόντων, υπέβαλε, παρά ταύτα, δια της υπ' αριθ 867/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ....., χωρίς να αντικρούεται κάποιο σημείο της αιτιολογημένης, εισήγησης της Επιτροπής Διαγωνισμού, κλήθηκε, απλώς, να καταθέσει επιπλέον διευκρινιστικά στοιχεία που θα επικουρούν την αξιολόγηση της αιτιολογήσεώς της και θα εξηγούν τεκμηριωμένα την προσφορά της. Δεν αναφέρεται δηλαδή, ο λόγος για τον οποίο, παρά τη γνώμη της Επιτροπής Διαγωνισμού τα στοιχεία που προσκόμισε αρχικά δεν εξηγούν τεκμηριωμένα την προσφορά της και ποια θα μπορούσαν να είναι τα επιπλέον στοιχεία που κλήθηκε να προσκομίσει. Όμοιο, εντελώς αόριστο, περιεχόμενο είχε και η υπ' αριθ πρωτ 133344/2565/3-5-2017 πρόσκληση της Διεύθυνσης Τεχνικών Έργων της ....., προς προσκόμιση «επιπλέον στοιχείων». Επισημαίνει δε ότι στην θετική, όσον αφορά στην πληρότητα της αιτιολογήσεώς της, εισήγηση της Επιτροπής Διαγωνισμού, επισημαίνεται ότι δεν αναφέρονται σε αυτήν οικονομικά στοιχεία. Τυγχάνουν όμως, εξίσου, αδιαμφισβήτητα και τα ακόλουθα: α) Ότι κρίθηκε ορθά, πως η αναφερόμενη έλλειψη οικονομικών στοιχείων, δεν επηρεάζει την πληρότητα της αιτιολογήσεώς μου. β) Ότι εξ ουδενός σημείου της υπ' αριθ 867/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ....., προκύπτει ή, έστω, δύναται να υποτεθεί, ότι τα «επιπλέον στοιχεία», που, γενικά και αόριστα, ζητήθηκαν, αδιακρίτως, από αμφοτέρους τους διαγωνιζομένους (ήτοι και από τον 1ο μειοδότη, στην αιτιολόγηση του οποίου δεν αποδίδεται έλλειψη οικονομικών στοιχείων) θα μπορούσαν να αφορούν στην παράθεση οικονομικών δεδομένων, η υποτιθέμενη έλλειψη των οποίων είχε (ορθά) κριθεί ως άνευ σημασίας από την Επιτροπή Διαγωνισμού. Κατόπιν τούτων, ως ισχυρίζεται, η διαδικασία που ακολουθήθηκε ήταν αδιαφανής και ως εκ τούτου κατέληξε σε παράνομη και ακυρωτέα απόφαση. Με τον δεύτερο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι πέραν της αοριστίας των σχετικών προσκλήσεων, η

## Αριθμός Απόφασης : Α 297/2019

προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα και για το λόγο ότι ενώ η προσφορά της αιτιολογήθηκε πληρέστατα και επαρκέστατα, η εσφαλμένη κρίση της Αναθέτουσας Αρχής, η οποία τυγχάνει πλημμελώς (γενικώς, αορίστως και ελλιπώς) αιτιολογημένη, οφείλεται και στην παράλειψη λήψεως υπόψη πληθώρας κρίσιμων στοιχείων, η επιβαλλόμενη συνεκτίμηση των οποίων άγει με ασφάλεια στην αποδοχή της δικαιολόγησης της προσφοράς μου. Ειδικότερα, στην προσβαλλόμενη απόφαση αναφέρεται, ότι η αιτιολόγησή της κρίθηκε απορριπτέα διότι «αποτελείται από ισχυρισμούς του φορέα σχετικά με τις ευνοϊκές συνθήκες εκτελέσεως του έργου», ενώ, θα έπρεπε να «περιλαμβάνει οικονομικά στοιχεία». Κρίθηκε δηλαδή, ότι οι εξαιρετικά ευνοϊκές συνθήκες δεν αποτελούν, δυνητικά, νόμιμο και επαρκή τρόπο αιτιολόγησης, παρόλο που η απαρίθμηση των τρόπων δικαιολογήσεως που διαλαμβάνεται στο άρθρο 88 Ν. 4412/2016 είναι ενδεικτική και ο διαγωνιζόμενος δικαιούται να υποβάλει προς στήριξη της προσφοράς του όλες τις διευκρινήσεις που θεωρεί σκόπιμες. Άλλωστε, ως ισχυρίζεται, η υπερεπάρκεια της αιτιολογήσεώς της αποδεικνύεται, με απλούς υπολογισμούς και λογικές συνεπαγωγές, βάσει των στοιχείων του φακέλου, στοιχεία τα οποία η Οικονομική Επιτροπή είχε στην διάθεσή της. Περαιτέρω, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η προσβαλλόμενη απόφαση είναι ακυρωτέα και διότι δεν αιτιολογείται ειδικώς ο λόγος για τον οποίο το αρμόδιο όργανο απέστη της σχετικής γνωμοδοτήσεως, αναφέροντας απλώς το αντίθετο συμπέρασμα, ότι δηλαδή κατά την κρίση της η αιτιολόγησή της προσφεύγουσας δεν ήταν πλήρης. Τέλος, με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής, η προσφεύγουσα παραθέτει δια κοστολογήσεως, η οποία συνοδεύεται από πληθώρα στοιχείων που την τεκμηριώνουν, την φερεγγυότητα της προσφοράς της.

11. 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».

12. Επειδή, 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 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».

13. 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).

14. 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». Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία

## Αριθμός Απόφασης : Α 297/2019

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.

15. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε κριθεί από την ΑΕΠΠ, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν 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. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προκείμενης προβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

16. Επειδή ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, οι οποίες δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμες, χρήζουν δε 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), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής,

## **Αριθμός Απόφασης : Α 297/2019**

σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

17. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας εκ της προόδου της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας με την ανάδειξη έτερου διαγωνιζόμενου ως προσωρινού αναδόχου είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα ενώ παράλληλα καθιστά αλυσιτελή την αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

18. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη του αιτούντος από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι της υπό κρίση Προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση καμίας ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

19. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής-ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

**Αριθμός Απόφασης : Α 297/2019**

Κρίθηκε και αποφασίστηκε την 28 Ιουνίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ**

**Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΣΑΒΒΑΣ ΔΗΜΗΤΡΙΟΣ**