

**Αριθμός απόφασης: Α 50 / 2019**

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 04 Φεβρουαρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής - δυνάμει της με αρ. 150/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 91/24-01-2019 Προδικαστική Προσφυγή της ..... με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο ....., επί της οδού ....., αρ. ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «προσφεύγων»).

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής, της ....., (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ») και κατά της κατά της με αρ. πρωτ. Φ. 916.8.336/3/71495/Σ.293/14.01.2019 πράξης της Διεύθυνσης ..... και κάθε άλλης συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης, πράξης ή παράλειψης, στο πλαίσιο του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «....."» με Α/Α Συστήματος ΕΣΗΔΗΣ ..... (αρ. .... Διακήρυξη), με συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανερχόμενη στο ποσό των 2.418.735,25 €, χωρίς ΦΠΑ (εφεξής «διαγωνισμός»), για τους λόγους που αναφέρονται στην υπό εξέταση προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

## **Αριθμός απόφασης: Α 50 / 2019**

1. Επειδή, με την με αριθ. πρωτ..... διακήρυξή της, η ..... προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου: «....."», με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά με βάση την τιμή, με συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανερχόμενη στο ποσό των 2.418.735,25 €, χωρίς ΦΠΑ. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 13.06.2018 με ΑΔΑΜ: ....., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), έλαβε δε συστημικό αριθμό α/α ..... Στα πλαίσια του διαγωνισμού αυτού, μετά την υποβολή και αποσφράγιση προσφορών, προσωρινός ανάδοχος, με ποσοστό έκπτωσης τριάντα ένα κόμμα ενενήντα τέσσερα τοις εκατό (31,94%), ανακηρύχθηκε ο οικονομικός φορέας «.....», ήδη προσφεύγων. Μετά την υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης και την ολοκλήρωση του ελέγχου τους, με την με αριθμό Φ.917.1/5/820079/Σ.4254/13-11-2018/..../Γ2 (.....) πράξη της αναθέτουσας αρχής κατακυρώθηκε η σύμβαση στον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα. Στη συνέχεια, ο φάκελος της διαδικασίας και τα απαιτούμενα δικαιολογητικά διαβιβάστηκαν στο Ελεγκτικό Συνέδριο για τη διενέργεια του προσυμβατικού ελέγχου, το οποίο με τη με αρ. πρωτ. 77325/28-12-2018/Ελεγκτικό Συνέδριο/Ε' Κλιμάκιο Πράξη του διαπίστωσε ότι δε συντρέχει κώλυμα για τη σύναψη της σύμβασης. Στο μεταξύ, με το με αριθμό Φ.916.8.336/58/59361/Σ.9120/27-11-2018 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή ζήτησε από το σύνολο των οικονομικών φορέων, που υπέβαλαν παραδεκτή οικονομική προσφορά στη διαδικασία ανάδειξης αναδόχου, παράταση της οικονομικής προσφοράς τους, καθώς, σύμφωνα με τα καθοριζόμενα στο άρθρο 19 της διακήρυξης, καθοριζόταν ως χρονικό διάστημα ισχύος των προσφορών, το διάστημα των 6 μηνών, ήτοι έως και την 6<sup>η</sup> Ιανουαρίου 2019. Η αναθέτουσα αρχή, επίσης, με το με αριθμό Φ.916.8.336/1/70113/Σ.17/02-01-2019 έγγραφό της, κάλεσε τον ανάδοχο οικονομικό φορέα, ήδη προσφεύγοντα να υποβάλλει, έως 12 Ιανουαρίου

## **Αριθμός απόφασης: Α 50 / 2019**

2019, τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά, που προβλέπονται από τις διατάξεις των άρθρων 80 και 103 του ν. 4412/2016 και την παράγραφο 4.2 της διακήρυξης. Επειδή, με την από 11 Ιανουαρίου 2019 (Αρ. Πρωτ. Κατάθεσης 71388) επιστολή του, η οποία υποβλήθηκε ηλεκτρονικά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ την 11 Ιανουαρίου 19 και σε έντυπη μορφή την 14 Ιανουαρίου 2019, ο προσφεύγων δήλωσε ότι δεν προτίθεται να υποβάλει τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά, καθώς η οικονομική του προσφορά έληξε την 6η Ιανουαρίου 2019, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε σε αυτόν το με αριθμό Φ.916.8.336/3/71495/Σ.293/14-01-2018 έγγραφο, με το οποίο τον ενημέρωσε ότι σε περίπτωση, που δεν υποβάλει τα αναγκαία δικαιολογητικά, εντός 5 ημερών, θα κηρυχθεί έκπτωτος και θα πραγματοποιηθεί κατάπτωση της εγγύησης συμμετοχής. Με την από 22 Ιανουαρίου 2019 (Αρ. Πρωτ. Κατάθεσης 72786) επιστολή του, η οποία υποβλήθηκε ηλεκτρονικά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ την 19 Ιανουαρίου 2019, ο προσφεύγων, αφού επιφυλάχθηκε για τη νομιμότητα του με αριθμό Φ.916.8.336/3/71495/Σ.293/14-01-2018 εγγράφου της αναθέτουσας αρχής, υπέβαλε ορισμένα από τα αναγκαία επικαιροποιημένα δικαιολογητικά και δήλωσε ότι τα υπόλοιπα δικαιολογητικά θα υποβληθούν μετά την έκδοση τους (ένα εξ αυτών θα εκδοθεί την 8 Μαρτίου 2019). Για τούτο και αιτήθηκε τη χορήγηση παράτασης για την υποβολή των δικαιολογητικών έως την 8<sup>η</sup> Μαρτίου 2019, αίτημα που με το με αριθμό Φ.916.8.336/4/72501/Σ.493/21-01-2019 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής απορρίφθηκε. Κατά της με αριθμ. πρωτ. Φ. 916.8.336/3/71495/Σ.293/14.01.2019 πρόσκλησης της αναθέτουσας αρχής, εν τέλει, καθώς και κατά κάθε άλλης συναφούς, προγενέστερης ή μεταγενέστερης, πράξης ή παράλειψης, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

2. Επειδή, με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 24-01-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, ο προσφεύγων, πλέον του αιτήματος να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη, επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσής της

### **Αριθμός απόφασης: Α 50 / 2019**

καθώς και την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής του.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό .....

, εκδοθέν για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 12.094,00€), σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου (άρ. 362 παρ. 2 Ν. 442/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017).

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ (2.418.735,25€), της ιδιότητας της αναθέτουσας αρχής (κεντρική αναθέτουσα αρχή) δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, εμπίπτει όμως στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ την 13-06-2018), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6. Επειδή, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (α/α. Συστήματος .....,), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρα 361 παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα, την 14<sup>η</sup>-01<sup>ου</sup>-

## **Αριθμός απόφασης: Α 50 / 2019**

2018, η δε προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 24<sup>η</sup>-01<sup>ου</sup>-2019, ήτοι εντός της κατά νόμο δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκησή της.

7. Επειδή, στην προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής με την οποία, για τους λόγους που αναφέρονται σε αυτή, κρίνεται ότι δεν έχει λήξει η ισχύς της προσφοράς του και, συνεπώς, καλείται, εκ νέου, να υποβάλει επικαιροποιημένα τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, μέχρι τις 19.01.2019, και, μάλιστα, επί ποινή κήρυξης του έκπτωτου και κατάπτωσης της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής του είναι μη νόμιμη και πρέπει να ακυρωθεί. Πιο συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι: 1) Η ισχύς της προσφοράς του έληξε στις 06.01.2019, χωρίς αυτή να παραταθεί. Συγκεκριμένα, με την με αρ. πρωτ. 71388/14.01.2019 επιστολή (την οποία είχε ανεβάσει στο σύστημα του ΕΣΗΔΗΣ από 11.01.2019 και την οποία επισυνάπτει στην προσφυγή του ως ΣΧΕΤΙΚΟ Α) ενημέρωσε την αναθέτουσα αρχή ότι δεν δεσμεύεται πλέον από την υποβληθείσα προσφορά του και ότι δεν είναι εφικτή πλέον η ανάληψη του έργου από αυτόν, καίτοι η ισχύς της προσφοράς του έχει λήξει, για όλους τους λόγους που αναφέρονται αναλυτικά στην προαναφερθείσα επιστολή. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 19 της διακήρυξης, *«Κάθε υποβαλλόμενη προσφορά δεσμεύει τον συμμετέχοντα στον διαγωνισμό κατά τη διάταξη του άρθρου 97 του ν. 4412/2016, για διάστημα 6 μηνών, από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών»*, ενώ μέχρι να επέλθουν τα έννομα αποτελέσματα της απόφασης κατακύρωσης, σύμφωνα με τις συνδυασμένες διατάξεις του άρθρου 97 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και του σχετικού όρου του άρθρου 19 της διακήρυξης, του άρθρου 104 του ν. 4412/2016 και της συναφούς ρύθμισης του άρθρου 23.2 της διακήρυξης, τέλος δε του άρθρου 105 παρ. 3 του ίδιου ως άνω νόμου και της συναφούς ρύθμισης του άρθρου 4.2 περ. ε΄ της διακήρυξης, ο διαγωνισμός βρίσκεται ακόμα εν εξελίξει, δηλαδή εξακολουθεί το προσυμβατικό στάδιο, και, συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι, συμπεριλαμβανομένου του προσωρινού αναδόχου, δεσμεύονται από τις προσφορές τους μόνον εάν αυτές είναι σε ισχύ ή εάν παραταθούν σύμφωνα

### **Αριθμός απόφασης: Α 50 / 2019**

με την προβλεπόμενη διαδικασία. Συνακόλουθα, εφόσον η ισχύς της προσφοράς του είχε ήδη λήξει και δεν παρατάθηκε, ο προσφεύγων έχει πλήρως «απελευθερωθεί». 2) Ακόμα και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι ο διαγωνισμός βρίσκεται στην τελική φάση σύναψης της σύμβασης (quod non, όπως ισχυρίζεται), πρέπει να γίνει δεκτό ότι, εφόσον έχει λήξει η ισχύς της προσφοράς του, η σύναψη της σύμβασης προϋποθέτει τη σχετική συναίνεσή του, την οποία ρητώς αρνήθηκε 3) Η αιτιολογία ότι, εάν δεν υποβάλει τα επικαιροποιημένα δικαιολογητικά κατακύρωσης, θα κηρυχθεί έκπτωτος είναι προδήλως παράνομη, διότι, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 103 παρ. 4 του ν. 4412/2016 και της συναφούς ρύθμισης του άρθρου 4.2 περ. γ' της διακήρυξης, η ποινή αυτή επιβάλλεται στον προσωρινό ανάδοχο, αν δεν προσκομίσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης στον προκαθορισμένο χρόνο, περίπτωση που δεν συντρέχει στο πρόσωπό του.

8. Επειδή, μετά ταύτα, ο προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής του.

9. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και κατόπιν επισκόπησης των εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, πιθανολογείται ότι ο προσφεύγων απαραδέκτως προσβάλλει το με αρ. πρωτ. Φ. 916.8.336/3/71495/Σ.293/14.01.2019 έγγραφο της Διεύθυνσης ..... Και τούτο, διότι, ανεξαρτήτως εάν ήθελε κριθούν βάσιμοι οι ισχυρισμοί του, η προσβαλλόμενη πράξη δεν έχει εκτελεστό χαρακτήρα, καθώς δεν επάγεται έννομες συνέπειες υπέρ ή σε βάρος του προσφεύγοντα. Συνιστά διαδικαστικού χαρακτήρα πράξη του σταδίου κατακύρωσης της σύμβασης, με την οποία η αναθέτουσα αρχή, λόγω των αντιρρήσεων που ο προσφεύγων σε προηγούμενη επιστολή του είχε προβάλλει, τον προσκαλεί εκ νέου να υποβάλλει επικαιροποιημένα δικαιολογητικά κατακύρωσης, προκειμένου η απόφαση κατακύρωσης να παράγει τα αποτελέσματά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 105 παρ. 3 γ' του ν. 4412/2016. Τέτοιες πράξεις, όμως, δεν είναι δεκτικές αυτοτελούς προσβολής με προδικαστική προσφυγή, δεδομένου ότι δεν

### **Αριθμός απόφασης: Α 50 / 2019**

επηρεάζουν άμεσα την οριστική έκβαση του διαγωνισμού και, επομένως, δεν έχουν εκτελεστό χαρακτήρα (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 107/2018). Ενδεχόμενες πλημμέλειες των εν λόγω διαδικαστικών πράξεων, και εν προκειμένω της προσβαλλόμενης πράξης, μπορούν να επικαλεστούν οι συμμετέχοντες, επομένως και ο προσφεύγων, επί ευκαιρία προσβολής με προδικαστική προσφυγή, της ειδικής πρόσκλησης προς αυτόν να υπογράψει το έγγραφο συμφωνητικό σε ορισμένο τόπο και χρόνο, την οποία εκδίδει το αποφασίζον όργανο της αναθέτουσας αρχής. Τούτο, δε, διότι, προκειμένου να κοινοποιηθεί η απόφαση της κατακύρωσης και η ως άνω ειδική πρόσκληση προς αυτόν, πέραν της κρίσης ότι μετά των έλεγχο των επικαιροποιημένων δικαιολογητικών κατακύρωσης δεν έχουν εκλείψει οι προϋποθέσεις συμμετοχής, εξακολουθούν να πληρούνται τα κριτήρια επιλογής και δεν συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού στο πρόσωπό του, σύμφωνα με τα ειδικώς προβλεπόμενα στη διακήρυξη, αναγκαία προηγείται και κρίση της αναθέτουσας αρχής ότι η προσφορά του και η εγγυητική επιστολή που προσκόμισε εξακολουθεί να είναι σε ισχύ και τον δεσμεύει, σύμφωνα με τα ειδικώς προβλεπόμενα στη διακήρυξη και τις διατάξεις του άρθρου 97 του ν. 4412/2016.

10. Επειδή, συνακόλουθα, στις περιεχόμενες στο με αριθμό πρωτ. Φ.916.8.336/10/74138/01-02-2018 έγγραφο του Διοικητή ..... απόψεις της, η αναθέτουσα αρχή αλυσιτελώς επιχειρεί να αντικρούσει την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ισχυριζόμενη 1) ότι σύμφωνα με το άρθρο 97 του ν. 4412/2016, ο ελάχιστος χρόνος ισχύος των προσφορών, για τις διαδικασίες, που υπόκεινται σε προσυμβατικό έλεγχο είναι 9 μήνες, παρόλο που στη διακήρυξη αναγράφηκε χρονικό διάστημα 6 μηνών και 2) ότι η πρόσκληση για την υποβολή των επικαιροποιημένων δικαιολογητικών υλοποιήθηκε πριν τη λήξη ισχύος της οικονομικής προσφοράς του, περαιτέρω, δε ότι η διαγωνιστική διαδικασία έχει εισέλθει στη φάση της σύναψης σύμβασης και ο ανάδοχος δεν μπορεί να επικαλεστεί τη λήξη ισχύος της προσφοράς του.

## **Αριθμός απόφασης: Α 50 / 2019**

11. Επειδή, κατά πάγια διοικητική νομολογία της Α.Ε.Π.Π., οι 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 η ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος, γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης 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. Συνακόλουθα, εφόσον πιθανολογείται ότι η προδικαστική προσφυγή θα απορριφθεί ως απαράδεκτη, το αίτημα προσωρινής προστασίας που σωρεύεται σε αυτήν τυγχάνει απορριπτέο.

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 04 Φεβρουαρίου 2019, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

**Η Πρόεδρος**

**Ο Γραμματέας**



**Αριθμός απόφασης: Α 50 / 2019**

**Μαρία Κων. Μανδράκη**

**Αλέξανδρος Γρυπάρης**