

Αριθμός απόφασης: Α 282 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 20 Ιουνίου 2019, με την εξής σύνθεση:
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής - δυνάμει της με
αρ. 888/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Κωνσταντίνος
Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το
οποίο σωρεύεται στη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης
Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 699/10-06-2019 Προδικαστική
Προσφυγή της με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στην
....., επί της οδού, αρ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται
(εφεξής «προσφεύγων»).

Κατά του, που εδρεύει στην, επί της
συμβολής των οδών αρ. και, (εφεξής «Αναθέτουσα
Αρχή» ή «.....» ή «ΑΑ») και κατά όρων της με αριθμό πρωτ.
..... με ΑΔΑΜ 2019-05-22 διακήρυξης (εφεξής
«προσβαλλόμενη διακήρυξη» ή «διακήρυξη»), με βάση την οποία ο
..... διενεργεί ηλεκτρονικό ανοικτό δημόσιο μειοδοτικό διαγωνισμό με
α/α ΕΣΗΔΗΣ για την επιλογή αναδόχου της προμήθειας με τίτλο
«.....», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 193.300,00
ευρώ χωρίς ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από
οικονομική άποψη προσφορά (χαμηλότερη τιμή) βάσει είδους, και δη για το
Τμήμα 1 που αφορά στη (CPV), για τους λόγους που
αναφέρονται στην εν λόγω Προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: Α 282 / 2019

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, με την προσβαλλόμενη διακήρυξη του ο
..... προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό δημόσιο μειοδοτικό διαγωνισμό με
α/α ΕΣΗΔΗΣ για την επιλογή αναδόχου της προμήθειας με τίτλο
«.....», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 193.300,00
ευρώ χωρίς ΦΠΑ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από
οικονομική άποψη προσφορά (χαμηλότερη τιμή) (εφεξής «διαγωνισμός»). Η
προμήθεια υποδιαιρούνταν σε εξι (6) Τμήματα, τα οποία θα εξυπηρετήσουν
τη διευκόλυνση της πρόσβασης και εν γένει της επίσκεψης των ΑΜΕΑ στις
παραλίες του Δήμου, Μη μόνιμη συναρμολογούμενη διάταξη - συσκευή για
την Αυτόνομη Πρόσβαση ΑμεΑ στη θάλασσα (4 τεμάχια), Διάδρομος
Παραλίας για ΑμεΑ (400 μέτρα), Μη μόνιμο Συναρμολογούμενο Αποδυτήριο
για ΑμεΑ (4 τεμάχια), Φορητή Χημική Τουαλέτα για ΑμεΑ (4 τεμάχια),
Σήμανση ΑμεΑ ανά σημείο παρέμβασης (4 τεμάχια) και Ομπρέλα θαλάσσης
(20 τεμάχια). Κάθε διαγωνιζόμενος δικαιούνταν να υποβάλει προσφορά για το
σύνολο της ανωτέρω προμήθειας, για κάθε τμήμα ξεχωριστά, ή για
περισσότερα τμήματα. Η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών
ορίστηκε η Δευτέρα 10-06-2019 και ώρα 16:00.

2. Επειδή, με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, που
χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 10-06-2019 ενημερωτικό
ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, ο προσφεύγων, πέραν του αιτήματος
να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, επιδιώκει να
ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της
προσφυγής του, ιδίως δε η υποβολή προσφορών-άνοιγμα προσφορών του
διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής του. Τούτο διότι
κατά τους ισχυρισμούς του τυχόν πρόοδος της διαδικασίας θα οδηγήσει στον
αποκλεισμό του από το διαγωνισμό και στην αδυναμία του να υποβάλει

Αριθμός απόφασης: Α 282 / 2019

προσφορά και να κηρυχθεί ανάδοχος, συνεπώς στην δημιουργία τετελεσμένων καταστάσεων μη δυνάμενων να αναιρεθούν εκ των υστέρων.

3. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, {e-Παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, εκδοθέν για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)}, ποσού 622,00€, το οποίον υπολογίζεται επί του προβλεπόμενου στην παρ. 1 των άρθρων 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017 ποσοστού 0,5% επί της προϋπολογισθείσας άνευ ΦΠΑ δαπάνης του επίμαχου Τμήματος 1 του διαγωνισμού για το οποίο ασκείται η προσφυγή, που ανέρχεται σε ποσό 124.400,00€.

4. Επειδή, η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέτασή της, βάσει της κατά τα άνω συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, που ανέρχεται σε 193.800,00€ άνευ ΦΠΑ (345 παρ. 1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (προμήθεια) και της ημερομηνίας ανάρτησης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (22-05-2019), δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι Ν. 4412/2016 και δεν υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/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, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

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

Αριθμός απόφασης: Α 282 / 2019

ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ του Ν. 4412/2016, αφού η προσβαλλόμενη διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 22-05-2019 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 06^η-06^{ου}-2019.

7. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι λόγω του αντικειμένου της δραστηριότητάς του, ήτοι στην προμήθεια ολοκληρωμένων συστημάτων πρόσβασης ΑΜΕΑ σε παραλίες, προτίθεται να λάβει μέρος στον επίμαχο προκηρυχθέντα διαγωνισμό. Συνακόλουθα, με έννομο συμφέρον προσβάλλει όρους της επίμαχης διακήρυξης, διότι, μολονότι έχει πρόθεση να συμμετέχει στον διαγωνισμό, πληροί δε τα κριτήρια για την συμμετοχή του σε αυτόν, ωστόσο, κατά τους ισχυρισμούς τους ένεκα των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης αποκλείεται η συμμετοχή του στο διαγωνισμό ή πάντως δυσχεραίνεται ουσιωδώς η συμμετοχή του σε αυτόν.

8. Επειδή, στην προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι: 1) οι απαιτήσεις της διακήρυξης, καθ' ο μέρος αφορούν την υπό προμήθεια μη μόνιμη συναρμολογούμενη διάταξη-συσκευή για την Αυτόνομη Πρόσβαση ΑμεΑ στη θάλασσα, οι οποίες (απαιτήσεις) περιλαμβάνονται στο Κεφάλαιο με τίτλο «Τεχνικές Προδιαγραφές» της Μελέτης (Παράρτημα Α) ως αναπόσπαστο τμήμα της υπ' αριθμόν διακήρυξης, είναι φωτογραφικές, οδηγούν σε άδικους και αδικαιολόγητους αποκλεισμούς και επομένως στη νόθευση έως και κατάλυση του ανταγωνισμού, κατά παράβαση της διάταξης του άρθρου 18 του Ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με πάγια νομολογία, κατονομάζει, μάλιστα, την εταιρία παραγωγής του φωτογραφούμενου προϊόντος και προσκομίζει με την προσφυγή του αποδεικτικά στοιχεία, και 2) με τον υπ' αριθμόν 2.4.3 όρο της διακήρυξης και συγκεκριμένα με τα υπό 3-8 στοιχεία του παραβιάζεται ο κανόνας της προκαταρκτικής απόδειξης, ο όρος δε είναι ασαφής, και για τον λόγο αυτό καθίσταται ουσιωδώς δυσχερής η συμμετοχή του στον επίμαχο διαγωνισμό. Για τους πιο πάνω λόγους ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη

Αριθμός απόφασης: Α 282 / 2019

απόφαση, κατά το μέρος της που απέρριψε την προσφορά του πρέπει να ακυρωθεί.

9. Επειδή, μετά ταύτα, ο προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής του.

10. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω και κατόπιν επισκόπησης των εγγράφων της σύμβασης, τα οποία ο προσφεύγων επικαλείται, η υπό εξέταση προσφυγή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι πέραν των προϋποθέσεων του παραδεκτού που αυτή πληροί, επιπλέον, τουλάχιστον ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος περί της μη νόμιμης απαίτησης κατά τον όρο 2.4.3 της διακήρυξης, οι διαγωνιζόμενοι πέρα από το Τ.Ε.Υ.Δ. και την εγγύηση συμμετοχής, να συμπεριλάβουν στον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς τις οριζόμενες στα υπό στοιχεία 3-8 υπεύθυνες δηλώσεις και δικαιολογητικά, μεταξύ των οποίων αντίγραφο ή απόσπασμα του ισολογισμού της επιχείρησης για τις ΑΕ εφόσον συντάσσεται κατά τις τρεις προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις, αλλιώς τα Ε3 μέσω της εφαρμογής taxis και όλα τα δικαιολογητικά και τα ζητούμενα από στην Μελέτη του Δήμου, δεν μπορεί να απορριφθεί ως προδήλως αβάσιμος, ιδίως ενόψει και της γραμματικής διατύπωσης της διάταξης του άρθρου 79 του ν. 4412/2016. Οριστική κρίση, ωστόσο, επί της ουσίας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος φορέα δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

11. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του Ν. 4412/2016 και 15 του Π.Δ. 39/2017, η Α.Ε.Π.Π. με απόφασή της μπορεί να διατάσσει προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί ζημία των θιγόμενων συμφερόντων,

Αριθμός απόφασης: Α 282 / 2019

κατά τρόπο, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, περίπτωση, όμως που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο, διότι λαμβανομένου υπόψη ότι όπως προκύπτει από το ιστορικό προσφορών για τον υπόψη διαγωνισμό (α/α ΕΣΗΔΗΣ), ο προσφεύγων, υπέβαλε τελικώς προσφορά και μάλιστα είναι η μόνη υποβληθείσα τέτοια. Κατά συνέπεια, από την πρόοδο της διαδικασίας δεν κινδυνεύει να αναδειχθεί ανάδοχος της σύμβασης ο φορέας που κατά την προσφυγή φωτογραφίζεται από τις βαλλόμενες προδιαγραφές, αφού δεν υπέβαλε προσφορά, ούτε άλλος, αφού η προσφορά του προσφεύγοντος είναι η μόνη που υποβλήθηκε. Ούτε άλλωστε είναι νόμιμο το αίτημά του, μετά την υποβολή προσφορών, αν ήθελε ακυρωθούν οι όροι της προσβαλλόμενης διακήρυξης, να διατηρηθεί η διαδικασία και η προσφορά του να εξεταστεί με βάση νέους, τροποποιημένους όρους τους οποίους θα θέσει η αναθέτουσα αρχή σε εκτέλεση της εκδοθησόμενης απόφασης της ΑΕΠΠ. Τούτο, δε διότι ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών, όπως σε περίπτωση ακύρωσης των τεχνικών προδιαγραφών των επίμαχων ειδών της προμήθειας, πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της η διακήρυξη ως προς τα επίμαχα είδη (πρβλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣΤΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. I-14527, σκέψεις 92-95), τυχόν ακύρωση δε της διακήρυξης ενός διαγωνισμού, πριν από τη σύναψη της σύμβασης στην οποία κατατείνει, επιφέρει την ακυρότητα των επόμενων εκτελεστών πράξεων που ερείδονται σε αυτή και που την είχαν ως βάση και νόμιμη προϋπόθεση (πρβλ. ΑΕΠΠ 2/2019 Επταμελούς). Συνακόλουθα, μετά την υποβολή προσφοράς από τον προσφεύγοντα, ακόμη και έχει κριθεί παραδεκτή η συμμετοχή του, ο προσφεύγων δεν έχει έννομο συμφέρον στη μη αξιολόγηση της τεχνικής του προσφοράς, διότι και αν ήθελε κριθεί ότι οι τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης είναι μη νόμιμες, δεν θα

Αριθμός απόφασης: Α 282 / 2019

μπορούσε αυτή να αξιολογηθεί με νέες, αλλά η αναθέτουσα αρχή θα πρέπει σε κάθε περίπτωση να ανακαλέσει και να επαναπροκηρύξει το διαγωνισμό, στον οποίο θα πρέπει να υποβάλει εκ νέου προσφορά. Συνακόλουθα, το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενο, θα πρέπει να απορριφθεί.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος 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 20 Ιουνίου 2019, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Μαρία Κων. Μανδράκη

Η Γραμματέας

Αθηνά Μπουζιούρη