

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Ιουνίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 06.05.2021 με ΓΑΚ 941/6-5-2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην Κόρινθο, όπως νομίμως εκπροσωπείται,

κατά του «ΔΗΜΟΥ ...», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αρ. 76/2021 συνεδρία 14/23.4.2021 θέμα 1ο (ΑΔΑ : ...) με την οποία αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εκδοθείσας υπέρ της προσφεύγουσας από την Τράπεζα ΑΤΤΙΚΑ BANK εγγυητικής επιστολής συμμετοχής με αριθμό ...ποσού δέκα τεσσάρων χιλιάδων επτακοσίων οκτώ ευρώ (14.708,00 €).

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, με ηλεκτρονικό κωδικό ...ποσού €3.680,00

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε δημόσιο ανοικτό διαγωνισμό ανάθεσης προμήθειας με την υπ' αριθμ. 15524/24.7.2020 διακήρυξη με τίτλο : «ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΔΙΕΘΝΗ ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΜΕΙΟΔΟΤΙΚΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΑΝΑΔΕΙΞΗΣ ΠΡΟΜΗΘΕΥΤΩΝ – ΧΟΡΗΓΗΤΩΝ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ ΕΙΔΩΝ ΔΙΑΤΡΟΦΗΣ & ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ (ΓΑΛΑΚΤΟΣ) ΓΙΑ ΤΙΣ ΑΝΑΓΚΕΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΥ & ΤΩΝ ΕΠΟΠΤΕΥΟΜΕΝΩΝ ΝΟΜΙΚΩΝ ΤΟΥ ΠΡΟΣΩΠΩΝ «ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ & ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΗΣ

Αριθμός απόφασης: 1166/2021

ΔΗΜΟΥ ...», «ΠΟΛΙΤΙΣΤΙΚΟΣ & ΑΘΛΗΤΙΚΟΣ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΔΗΜΟΥ ... «...»», ΣΧΟΛΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ Α΄ ΒΑΘΜΙΑΣ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗΣ ΔΗΜΟΥ ... & ΣΧΟΛΙΚΗ ΕΠΙΤΡΟΠΗ Β΄ ΒΑΘΜΙΑΣ ΕΚΠΑΙΔΕΥΣΗΣ ΔΗΜΟΥ ... ΕΤΩΝ 2020 – 2023» συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού ενός εκατομμυρίου ενενήντα εννέα χιλιάδων πεντακοσίων ενενήντα δύο ευρώ και δεκαοκτώ λεπτών (1.099.592,18 €), (συμπεριλαμβανομένου του αναλογούντος Φ.Π.Α. 13% ή 24%) και είδη προμήθειας με κωδικούς CPV: ...,..... Η διακήρυξη έλαβε στο ΚΗΜΔΗΣ ΑΔΑΜ ... και στο ΕΣΗΔΗΣ έλαβε αριθμό συστήματος

3. Επειδή, μετά την υποβολή προσφορών, την αποσφράγισή τους (4.1.2021) και τον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των προσφερόντων, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής με την απόφαση αρ. 347/24.12.2020 (Συνεδρία 45 θέμα 2ο) ανέδειξε την προσφεύγουσα ως προσωρινή ανάδοχο για την προμήθεια των ειδών της Ομάδας Α για ποσό οικονομικής προσφοράς (χωρίς ΦΠΑ) 237.762,96 ευρώ. Η εταιρεία «...» άσκησε την με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 166/19.2.2021 προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της παραπάνω απόφασης αξιολόγησης και ανάδειξης προσωρινών αναδόχων, προέβαλε εσφαλμένη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας, και η αιτίαση αυτή έγινε δεκτή από την ΑΕΠΠ με την απόφαση με αρ. 507/2021, η οποία ακύρωσε την απόφαση με αρ. 347/2021 της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής. Ακολούθως η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής με την απόφαση με αρ. 65/19.4.2021 (Συνεδρία 13/2021, θέμα 1ο, ΑΔΑ : ...) ανέδειξε για τα υπό προμήθεια είδη της Ομάδας Α την εταιρεία «...» και αποφάσισε (παρ. 1.α και παρ. 3.α) τον αποκλεισμό του φακέλου προσφοράς της προσφεύγουσας τόσο από τα υπό προμήθεια είδη της Ομάδας Α για τα οποία έγινε δεκτή η προδικαστική προσφυγή, όσο περαιτέρω και από τα είδη των Ομάδων Β2, Γ9, Δ, Ε. Ακολούθως όμως η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής εξέδωσε την προσβαλλόμενη απόφασή της με αρ. 76/2021, με την αιτιολογία ότι : *«Στην προκειμένη περίπτωση ο οικονομικός φορέας «...» παρείχε ψευδή, δηλαδή συνειδητά και εν γνώσει του μη ανταποκρινόμενα στην αλήθεια, στοιχεία περί της μη συνδρομής στο πρόσωπό του λόγων αποκλεισμού επιχειρώντας με τα προσφερθέντα εκ μέρους του στοιχεία και δηλώσεις να δημιουργήσει στην Αναθέτουσα Αρχή την πεποίθηση ότι δεν συντρέχουν τέτοιοι λόγοι ή να δηλώσει ότι δεν συντρέχουν, εμποδίζοντας την ούτως να γνωρίζει την*

Αριθμός απόφασης: 1166/2021

αλήθεια», και αποφάσισε την κατάπτωση της εκδοθείσας υπέρ της προσφεύγουσας από την Τράπεζα ΑΤΤΙΚΑ BANK εγγυητικής επιστολής συμμετοχής στον ανωτέρω διαγωνισμό με αριθμό ...ποσού δέκα τεσσάρων χιλιάδων επτακοσίων οκτώ ευρώ (14.708,00 €).

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα, εμπρόθεσμα και με έννομο συμφέρον, στις 06.05.2021, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 07.05.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις υπ' αριθμ. πρωτ. 10450/14.05.2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν.

6. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητείτο πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή παραβίασε τον όρο 3.2 της διακήρυξης και παρ' ότι δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις της επικαλούμενης με την

Αριθμός απόφασης: 1166/2021

προσβαλλόμενη απόφασή του περίπτωσης i του όρου αυτού, έκρινε εσφαλμένα ότι η προσφεύγουσα υπέπεσε σε δήλωση ψευδών στοιχείων και αποφάσισε την κατάπτωση της εγγυητικής της επιστολής.

8. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής: Το άρθρο «3.2. Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου – Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου» της Διακήρυξης ορίζει ότι «Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα αποδεικτικά έγγραφα νομιμοποίησης και τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.9.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής της παραγράφου 2.2.4 αυτής..... Απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, τηρουμένης της ανωτέρω διαδικασίας, εάν:

i) κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν με το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης είναι ψευδή ή ανακριβή, ή ...».

Σύμφωνα με το ως άνω άρθρο της Διακήρυξης η εγγύηση συμμετοχής καταπίπτει στην περίπτωση που κατά το στάδιο του ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου γίνει αντιπαραβολή αυτών με τα όσα έχει δηλώσει ο προσωρινός ανάδοχος στο ΕΕΕΣ του και προκύψει ότι είναι ψευδή ή ανακριβή. Εν προκειμένω, ο έλεγχος των στοιχείων του ΕΕΕΣ της προσφεύγουσας έγινε κατόπιν άσκησης προδικαστικής προσφυγής κατά αυτής (βλ. ως άνω σκέψη 3) και με την απόφαση 507/2021 της ΑΕΠΠ απορρίφθηκε η

Αριθμός απόφασης: 1166/2021

προσφορά της προσφεύγουσας για ελλιπή συμπλήρωση του ΕΕΕΣ κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών του σταδίου αξιολόγησης φακέλων προσφορών και όχι κατά τον έλεγχο του σταδίου αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Μάλιστα, η προσφεύγουσα στα δικαιολογητικά συμμετοχής της είχε καταθέσει την από 28.8.2020 Υπεύθυνη Δήλωση, στην οποία ανέφερε ότι εις βάρος της είχε καταλογισθεί στο πλαίσιο διευθέτησης διαφοράς κατά τον ν. 3959/2011 ένα χαμηλό πρόστιμο από την Επιτροπή Ανταγωνισμού (απόφαση 668/2018) για παράβαση του δικαίου του ανταγωνισμού και ότι είχε λάβει επανορθωτικά μέτρα. Επομένως, μπορεί η προσφορά της προσφεύγουσας να απορρίφθηκε λόγω λανθασμένης συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ της μετά από αντιπαραβολή με το περιεχόμενο της υποβληθείσας από αυτήν ως άνω υπεύθυνης δήλωσης, αλλά το γεγονός αυτό έλαβε χώρα προτού αυτή καταθέσει τα δικαιολογητικά κατακύρωσης. Σε κάθε περίπτωση εξάλλου, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι η προσφεύγουσα είχε σκοπό καταθέσει ψευδές ή ανακριβές ΕΕΕΣ αφού η ίδια είχε ήδη καταθέσει την από 28.8.2020 Υπεύθυνη Δήλωση της, στην οποία έκανε γνωστά στην αναθέτουσα αρχή τα γεγονότα που αφορούσαν το πρόστιμο της Επιτροπής Ανταγωνισμού. Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι λανθασμένα η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι το άρθρο 3.2 της Διακήρυξης μπορεί να εφαρμοστεί αναλογικά σε στάδιο προγενέστερο του ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης και ως εκ τούτου ο υπό κρίση λόγος είναι βάσιμος και η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί.

9. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα με τους υπόλοιπους λόγους της προσφυγής της προβάλλει επικουρικές αιτιάσεις κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, η εξέταση των οποίων όμως παρέλκει καθόσον η προσβαλλόμενη απόφαση έχει ήδη κριθεί ακυρωτέα σύμφωνα με την ανωτέρω σκέψη 8.

10. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 1166/2021

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής με αρ. 76/2021 συνεδρία 14/23.4.2021 θέμα 1ο (ΑΔΑ : ...) με την οποία αποφασίσθηκε η κατάπτωση της εκδοθείσας υπέρ της προσφεύγουσας από την Τράπεζα ΑΤΤΙΚΑ BANK εγγυητικής επιστολής συμμετοχής με αριθμό ...ποσού δέκα τεσσάρων χιλιάδων επτακοσίων οκτώ ευρώ (14.708,00 €).

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14 Ιουνίου 2021 και εκδόθηκε στις 2 Ιουλίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ