

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 12 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος και Εισηγητής, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος και Μαργαρίτα Κανάβα σε αναπλήρωση της κωλυόμενης Αγγελικής Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 10.06.2021 με ΓΑΚ 1184/10.06.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» με διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στον ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται,

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» με το διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής παρεμβαίνουσα) ,που εδρεύει στον ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατέθεσε την από 18.06.2021 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ'αριθμ. 604/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...καθ' ο μέρος δια της ως άνω απόφασης δεν έγιναν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της και απερρίφθη η προσφορά της και καθ' ο μέρος αποφασίστηκε η ματαίωση του διαγωνισμού και της συμπροσβαλλόμενης υπ. αριθμ. 378/2021 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής περί ματαίωσης του διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με ...και ποσού 1.186,06 ευρώ.

Αριθμός απόφασης: 1285/2021

2. Επειδή, με την υπ'αριθμ. πρωτ. 35601/06.09.2019 διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός δημόσιος διαγωνισμός με χρήση ηλεκτρονικών μέσων, άνω των ορίων, για την προμήθεια τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, στο πλαίσιο του επιχειρησιακού προγράμματος επισιτιστικής και βασικής υλικής συνδρομής του Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (Τ.Ε.Β.Α.) για τις ανάγκες της Κοινωνικής Σύμπραξης ΠΕ ... με επικεφαλής εταίρο/δικαιούχο το Δήμο ..., συνολικού προϋπολογισμού 1.861.972,80 € χωρίς ΦΠΑ (2.132.542,67 € με ΦΠΑ). Το αντικείμενο του διαγωνισμού περιλαμβάνει (2) δύο Τμήματα, το Τμήμα 1 «Τρόφιμα» και το Τμήμα 2 «Βασική Υλική Συνδρομή». Ο διαγωνισμός διενεργήθηκε μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ με Α/Α Συστήματος ...

3. Επειδή, με την 604/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσφεύγουσας και της παρεμβαίνουσας κρίθηκαν μη νόμιμα με αποτέλεσμα η Αναθέτουσα Αρχή να ματαιώσει το διαγωνισμό και για τα δύο Τμήματα αυτού και να αποφασίσει την επανάληψη της διαδικασίας σύναψης σύμβασης και για τα δύο Τμήματα του διαγωνισμού. Εν συνεχεία κατόπιν ασκήσεως προδικαστικών προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ και αιτήσεων αναστολής ενώπιον του αρμόδιου Διοικητικού Εφετείου, εκδόθηκε η υπ. αριθμ. 94/2021 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ...(με ΑΔΑ : ...), η οποία ελήφθη στις 16.02.2021 (6η συνεδρίαση της Οικονομικής Επιτροπής) με την οποία η Αναθέτουσα Αρχή ενέκρινε το από 11/02/2021 7ο Πρακτικό διενέργειας ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού άνω των ορίων της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού και ανακάλεσε την προσβαλλομένη 604/2020 απόφαση της αυτής Οικονομικής Επιτροπής. Εν συνεχεία με την υπ'αριθμ. 378/2021 απόφαση της ίδιας Οικονομικής Επιτροπής (απόσπασμα της 19ης και από 25.05.2021 συνεδρίασης), εγκρίθηκε το 8ο και από 18.05.2021 πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού με αποτέλεσμα να ανακαλείται η 94/2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής, κατά το μέρος της που αυτή ανακάλεσε την 604/2020 απόφαση της ίδιας Οικονομικής Επιτροπής, ως προς το σκέλος της που αφορά το Τμήμα 2 του διαγωνισμού. Τούτο, διότι η ανάκληση της ανάκλησης αναβιώνει το σκέλος της 604/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας (απόσπασμα της 52ης και από 28.12.2020 συνεδρίασης), με το οποίο κηρύχθηκε άγονος και ματαιώθηκε ο

Αριθμός απόφασης: 1285/2021

διαγωνισμός για το Τμήμα του 2 «Βασική Υλική Συνδρομή» εκτιμώμενης αξίας 237.212,80 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. 56.931,07 ευρώ και αξιολογήθηκαν και κρίθηκαν απορριπτικά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης της προσφεύγουσας.

4. Επειδή, κατά της ως άνω υπ' αριθμ. 378/2021 απόφασης, η οποία κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες στις 31.05.2021 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 10.06.2021, 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 άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017 και με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφεύγουσα έχει συμμετάσχει στον διαγωνισμό για το Τμήμα 2 και προσδοκά την κατακύρωση του σε αυτή.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 11.06.2021 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου 25536/24.06.2021 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα αυθημερόν.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 11.06.2021, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 18.06.2021 με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει απορριφθεί η προσφορά της προσφεύγουσας και προσδοκά η ίδια την ανακήρυξή της ως προσωρινής αναδόχου του Τμήματος 2.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η

Αριθμός απόφασης: 1285/2021

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 και δεύτερο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η Οικονομική Επιτροπή μη ορθώς απέρριψε την προσφορά της με την αιτιολογία ότι δεν υπεβλήθη κατάλογος συμβάσεων σύμφωνα με την παράγραφο Β.5 περ. α του όρου 2.2.9.2 στα δικαιολογητικά κατακύρωσης και ότι δεν υπεβλήθησαν ισολογισμοί ή αποσπάσματα ισολογισμών των τριών τελευταίων οικονομικών ετών σύμφωνα με την παρ'. Β.4 περ. β του όρου 2.2.9.2 της Διακήρυξης, επειδή αυτά είχαν ήδη υποβληθεί στην αναθέτουσα με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης για το Τμήμα 1 «Τρόφιμα» του διαγωνισμού, στο οποίο η προσφεύγουσα είχε ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος.

8. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τους δύο πρώτους λόγους της κρινόμενης προσφυγής: Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι βάσει του άρθρου 2.2.9.2 της Διακήρυξης που ορίζει σχετικά ότι *«οι οικονομικοί φορείς δεν υποχρεούνται να υποβάλλουν δικαιολογητικά όταν η Αναθέτουσα Αρχή που έχει αναθέσει τη σύμβαση διαθέτει ήδη τα ως άνω δικαιολογητικά και αυτά εξακολουθούν και ισχύουν»*, η αναθέτουσα αρχή δεν θα έπρεπε να την αποκλείσει διότι ο απαιτούμενος κατάλογος συμβάσεων και οι απαιτούμενοι ισολογισμοί ή αποσπάσματα ισολογισμών των τριών τελευταίων οικονομικών ετών είχαν ήδη υποβληθεί με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης για το Τμήμα 1 «Τρόφιμα» του διαγωνισμού. Όμως οι ισχυρισμοί της αυτοί βασίζονται σε λανθασμένη προϋπόθεση και δη αυτή του ότι τα συγκεκριμένα δικαιολογητικά κατακύρωσης είχαν ήδη υποβληθεί

Αριθμός απόφασης: 1285/2021

για το Τμήμα 1 σε προηγούμενο χρόνο, ενώ η προσφορά της για το συγκεκριμένο Τμήμα έχει ήδη κριθεί αμετάκλητα παράνομη και αποκλειστέα με τις υπ' αριθμ. 20/2021 και 98/2021 αποφάσεις του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς και ως εκ τούτου δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι έχουν υποβληθεί νομίμως ώστε να αξιολογηθούν και να ληφθούν υπόψη από την αναθέτουσα αρχή. Περαιτέρω, το άρθρο 79§6 εδάφιο β' του Ν. 4412/2016 κάνει αναφορά για δικαιολογητικά, τα οποία κατέχει ήδη η αναθέτουσα αρχή, στην περίπτωση που έχει αναθέσει ήδη τη σύμβαση με τον οικονομικό φορέα. Εν προκειμένω δεν είχε υπογραφεί σύμβαση μεταξύ της αναθέτουσας αρχής και της προσφεύγουσας ώστε να τύχει εφαρμογής το ως άνω άρθρο. Εξάλλου, όπως έχει κριθεί με την υπ' αριθμ. Ν156/2020 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης σε παρόμοια περίπτωση *«....σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή διαθέτει τμήματα των απαιτούμενων προς απόδειξη, μεταξύ άλλων, των κριτηρίων επιλογής δικαιολογητικών που υποχρεούται να προσκομίσει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας, τότε, κατ' εξαίρεση, δεν απαιτείται μεν η συμπερίληψη στην προσφορά αυτού των ως εν λόγω δικαιολογητικών, απαιτείται όμως ο ίδιος ο διαγωνιζόμενος να αναφερθεί με την προσφορά του σε συγκεκριμένα στοιχεία, τα οποία, ευρισκόμενα ήδη στη διάθεση της αναθέτουσας αρχής, τεκμηριώνουν, μετά των λοιπών προσκομιζομένων από τον ίδιο, το προς απόδειξη αντικείμενο»*. Η προσφεύγουσα δεν προσδιόρισε ποια συγκεκριμένα δικαιολογητικά κατακύρωσης ήταν ήδη στην διάθεση της αναθέτουσας αρχής και ως εκ τούτου αυτά δεν θα μπορούσαν να ληφθούν υπόψη. Κατόπιν των ανωτέρω οι δύο πρώτοι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής είναι αβάσιμοι και πρέπει να απορριφθούν.

9. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα με τον τρίτο και τέταρτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η Οικονομική Επιτροπή εσφαλμένα απέρριψε την προσφορά της με την αιτιολογία ότι το με αριθμ. πρωτ. 1282/3-10-2019 πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου ... δεν πληροί το κριτήριο καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας (όρος 2.2.4) διότι οι δραστηριότητες της δεν καλύπτουν τα προϊόντα της υπό κρίση προμήθειας του Τμήματος 2 (Είδη Βασικής Υλικής Συνδρομής) και ότι το με αριθμ. πρωτ. 799/24-11-2020 πιστοποιητικό του ιδίου Επιμελητηρίου επίσης δεν πληροί το κριτήριο καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας (όρος 2.2.4) διότι οι δραστηριότητες της δεν καλύπτουν τα προϊόντα της υπό κρίση

προμήθειας του Τμήματος 2 (Είδη Βασικής Υλικής Συνδρομής) και τούτο διότι και στα δύο αυτά πιστοποιητικά αναφέρεται ως επαγγελματική δραστηριότητα η «εμπορία πάσης φύσεως βιομηχανικών προϊόντων».

10. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης, των απόψεων της αναθέτουσας αρχής και της παρέμβασης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον τρίτο και τέταρτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής: Το άρθρο 2.2.4 της Διακήρυξης «Καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας», ορίζει ότι: *«Οι οικονομικοί φορείς που συμμετέχουν στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης απαιτείται να ασκούν εμπορική ή βιομηχανική ή βιοτεχνική δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της παρούσας.»*. Στο άρθρο 1.3 της Διακήρυξης «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης» ορίζεται ότι *«Αντικείμενο της σύμβασης είναι η Προμήθεια Τροφίμων και ειδών Βασικής Υλικής Συνδρομής, στο πλαίσιο του Επιχειρησιακού Προγράμματος Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής του Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (Τ.Ε.Β.Α.), με σκοπό τη διανομή τους στους ωφελούμενους του Προγράμματος.»* αναφέρονται τα οκτώ (8) επιμέρους αντικείμενα του Τμήματος 2 του διαγωνισμού τα οποία είναι : «ΟΔΟΝΤΟΚΡΕΜΑ», «ΟΔΟΝΤΟΒΟΥΡΤΣΑ», «ΣΑΜΠΟΥΑΝ», «ΥΓΡΟ ΚΑΘΑΡΙΣΤΙΚΟ ΓΕΝΙΚΗΣ ΧΡΗΣΗΣ», «ΥΓΡΟ ΑΠΟΡΡΥΠΑΝΤΙΚΟ ΠΙΑΤΩΝ», «ΣΚΟΝΗ ΓΙΑ ΠΛΥΣΙΜΟ ΡΟΥΧΩΝ», «ΒΡΕΦΙΚΕΣ ΠΑΝΕΣ» και «ΜΩΡΟΜΑΝΤΗΛΑ». Η προσφεύγουσα κατέθεσε τα υπ' αριθμ. 1282/03.10.2019 και 562/20.07.2020 πιστοποιητικά του Επιμελητηρίου ... στα οποία ως δραστηριότητα μεταξύ άλλων αναφέρεται «...4) Η ίδρυση και εκμετάλλευση αποθηκών, βιομηχανοστασίων και λοιπών εγκαταστάσεων για τυποποίηση, επεξεργασία και εμπορία πάσης φύσεως αγροτικών, κτηνοτροφικών, τυροκομικών και βιομηχανικών προϊόντων, λιπασμάτων, φυτοφαρμάκων, ελαιούχων σπόρων, σπόρων σποράς...». Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι τα προαναφερθέντα αντικείμενα του Τμήματος 2 αποτελούν εν γένει βιομηχανικά προϊόντα και ως εκ τούτου η επαγγελματική της δραστηριότητα τα καλύπτει. Όμως ο ισχυρισμός της αυτός είναι λανθασμένος διότι στην διευρυμένη έννοια των βιομηχανικών προϊόντων θα μπορούσε κάποιος να εντάξει τα περισσότερα πια προϊόντα που διατίθενται προς κατανάλωση στην εποχή μας. Επομένως, όπως σωστά έκρινε η αναθέτουσα αρχή τα απαιτούμενα από την διακήρυξη αντικείμενα του Τμήματος 2 , τα οποία

Αριθμός απόφασης: 1285/2021

αποτελούν είδη προσωπικής υγιεινής, είδη γενικής καθαριότητας και βρεφικά είδη καθαριότητας δεν αποδεικνύεται ότι αποτελούν συναφές επαγγελματικό αντικείμενο με τις δραστηριότητες της προσφεύγουσας όπως ορίζεται στα προσκομισθέντα Πιστοποιητικά του Επιμελητηρίου Περαιτέρω όσον αφορά το υπ' αριθμ. 799/24.11.2020 πιστοποιητικό του Επιμελητηρίου ... πρέπει να τονισθεί ότι αυτό προσκομίσθηκε από την προσφεύγουσα κατά το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης. Επομένως από τη στιγμή που στο εν λόγω πιστοποιητικό έχουν επέλθει μεταβολές στο επάγγελμα της προσφεύγουσας με την προσθήκη δραστηριοτήτων, αυτό δεν μπορεί να γίνει δεκτό διότι δεν καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς της προσφεύγουσας κατά παράβαση των άρθρων 2.2.9.2§Α της Διακήρυξης και της διάταξης του άρθρου 104§1 του Ν.4412/2016. Εξάλλου, παρά τις προσθήκες και τροποποιήσεις σε αυτό της επαγγελματικής δραστηριότητας και πάλι δεν καλύπτει την απαίτηση για τα βρεφικά είδη καθαριότητας. Κατόπιν των ανωτέρω ο τρίτος και τέταρτος λόγος της υπό κρίση προσφυγής είναι αβάσιμοι και πρέπει να απορριφθούν.

11. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η παρέμβαση

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

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 12 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε στις 30 Ιουλίου 2021 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: 1285/2021

Ο Πρόεδρος

ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο Γραμματέας

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ