

Η

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

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 15^η Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχαήλ Σειραδάκης και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 05.11.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1595/06.11.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «“...” » (εφεξής προσφεύγων), που εδρεύει στη «...», όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της “...” (εφεξής αναθέτουσα αρχή), νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί η με αριθμό 1135/2020 απόφαση της Α.Α καθ' ο μέρος έκρινε, ως αποδεκτή την προσφορά της ανθυποψηφίας εταιρείας «“...” » και ανέδειξε αυτήν προσωρινό ανάδοχο.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί, e-παράβολο, ύψους 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό “...” και το από 05.11.2020 αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής του δια μέσω της «...»).

2. Επειδή, με την με αριθμό “...” Διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό μειοδοτικό διαγωνισμό με αντικείμενο την

Αριθμός απόφασης: 1648/2020

προμήθεια σωλήνων και εξαρτημάτων τύπου PERROT για την αποκατάσταση των επιφανειακών δικτύων άρδευσης του "...", καθώς και η προμήθεια σωλήνων εκ σκληρού PVC-U 12,5 atm με τα εξαρτήματά τους. Τα προς προμήθεια είδη κατατάσσονται στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV) : «...» και συμπληρωματικού CPV - Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανά ομάδα ανέρχεται στο ποσό: ΟΜΑΔΑ Α: 42.480,00 ευρώ ΟΜΑΔΑ Β: 78.487,50 ευρώ, η οποία είναι και η επίμαχη, πλέον ΦΠΑ. Εκαστος διαγωνιζόμενος δύναται να υποβάλει προσφορά για το ένα από τα δύο τμήματα ή και τα δύο τμήματα.

3. Επειδή, το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. όπου έλαβε αριθμό συστήματος : "...".

4. Επειδή, ο επίμαχος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή, βάσει των διατάξεων του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και των κατ' εξουσιοδότηση τους εκδοθεισών κανονιστικών διαταγμάτων, έχει ασκηθεί: α) εμπρόθεσμα, δοθέντος ότι ο προσφεύγων, έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης Απόφασης της αναθέτουσας αρχής, στις 27.10.2020, ημερομηνία κατά την οποία η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε την προσβαλλόμενη στους ενδιαφερομένους δια της «επικοινωνίας» του ΕΣΗΔΗΣ, β) με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

6. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στην υπό στοιχείο 2, της παρούσας, διαγωνιστική διαδικασία, του οποίου η προσφορά κρίθηκε αποδεκτή, θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ως προς το μέρος που αφορά στη νόμιμη αποδοχή της προσφοράς του συνυποψηφίου αυτού που προηγείται σε σειρά μειοδοσίας και εν προκειμένω στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή του στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣΤΕ

Αριθμός απόφασης: 1648/2020

1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

7. Επειδή, στις 10.11.2020, η αναθέτουσα αρχή προέβη στην κοινοποίηση της προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο και απέστειλε στην ΑΕΠΠ στις 16.11.2020 τις απόψεις της, κατόπιν σχετικής κλήσης της ΑΕΠΠ, τις οποίες κοινοποίησε στους ενδιαφερομένους.

8. Επειδή σε συνέχεια των ανωτέρω νομίμως και παραδεκτώς ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή και υποβάλλεται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, κατόπιν της με αρ. 1892/06.11.2020 Πράξης της Προέδρου του.

9. Επειδή με την προσβαλλόμενη με αρ. 1135/2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, εγκρίθηκαν τα πρακτικά με αρ. 1 και 2 που αφορούν στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία και αναδείχθηκε ως προσωρινός ανάδοχος η εταιρία «...» για την Ομάδα Β, ομοίως αποδεκτή κρίθηκε και η προσφορά του προσφεύγοντος ο οποίος, ωστόσο δεν μειοδότησε.

10. Επειδή ο προσφεύγων κατόπιν παράθεσης σχετικού ιστορικού και θεμελίωσης των προϋποθέσεων παραδεκτού της προσφυγής του ισχυρίζεται ότι η προσφορά του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», έπρεπε να απορριφθεί καθόσον συντάχθηκε κατά παράβαση όρου που είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού και εν προκειμένω κατά παράβαση του άρθρου 2.4.5 περί χρόνου ισχύος των προσφορών. Με τον 2ο λόγο της προσφυγής ισχυρίζεται ότι και η εγγυητική επιστολή του εν λόγω οικονομικού φορέα έχει πλημμέλειες θέτοντας πρόσθετες υποχρεώσεις προς την αναθέτουσα αρχή σε σχέση με της εκ της διακήρυξης και τις εκ του νόμου προβλεπόμενες.

11. Επειδή, στις απόψεις της η αναθέτουσα αρχή αποδέχεται ως βάσιμο τον 1^ο λόγο της προσφυγής ήτοι περί υπολειπόμενης διάρκειας του χρόνου ισχύος της προσφοράς σε σχέση με τις απαιτήσεις της διακήρυξης. Για τον 2^ο λόγο επί της εγγυητικής επιστολής ισχυρίζεται ότι είναι αβάσιμος.

12. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται:

«2.4.5 Χρόνος ισχύος των προσφορών Οι υποβαλλόμενες προσφορές ισχύουν και δεσμεύουν τους οικονομικούς φορείς για διάστημα έξι (6) μηνών από την επόμενη της διενέργειας του διαγωνισμού. Προσφορά η οποία ορίζει χρόνο ισχύος μικρότερο από τον ανωτέρω προβλεπόμενο απορρίπτεται.

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα και με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται στα σχετικά άρθρα της παρούσης διακήρυξης και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.

13. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007,19/2005,31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η παράβαση ουσιωδών όρων της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007). Επομένως και βάσει της αρχής της τυπικότητας που διέπει τις διαγωνιστικές διαδικασίες, δεν μπορούν να τεθούν εκποδών διατάξεις που θεσπίσθηκαν επί ποινή αποκλεισμού (βλ., στο ίδιο πνεύμα, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, Συλλογή 2004, σ. I-3801, σκέψη 115), ούτε όμως και κατά λογική ακολουθία, δύναται να τεθούν

Αριθμός απόφασης: 1648/2020

εκποδών διατάξεις που εφόσον συντρέχουν οι σχετικές σαφείς προϋποθέσεις, επάγονται συγκεκριμένες και σαφείς κυρώσεις.

14. Επειδή, δέσμια αρμοδιότητα υπάρχει όταν το διοικητικό όργανο, εφόσον διαπιστώσει ότι συντρέχουν οι προβλεπόμενες από τους κανόνες δικαίου πραγματικές ή νομικές προϋποθέσεις για την εφαρμογή τους, είναι υποχρεωμένο να εκδώσει διοικητική πράξη που περιέχει ορισμένη ατομική ρύθμιση, την οποία προκαθορίζουν οι κανόνες αυτοί (βλ. Επαμεινώνδα Π. Σπηλιωτόπουλο, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, Τόμος 1, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, 15η έκδ., αριθμ. 148, σελ. 138). Στην περίπτωση της δέσμιας αρμοδιότητας, ο κανόνας δικαίου υποδεικνύει στη Διοίκηση κατά τρόπο επιτακτικό τη συμπεριφορά που πρέπει να υιοθετήσει και δεν της αφήνει περιθώρια εκτίμησης (βλ. ΣΤΕ 286/2012) περιέχοντας πλήρες και λεπτομερές πραγματικό και τις σαφείς και συγκεκριμένες έννομες συνέπειες που αυτό επιφέρει (βλ. ΣΤΕ 4720/2012).

15. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου ο καθού οικονομικός φορέας και ήδη προσωρινός ανάδοχος με την από 16.09.2020 Υπεύθυνη Δήλωση του, δήλωσε αυτολεξεί ότι **«Η προσφορά ισχύει για διάστημα πέντε (5) μήνες από την επόμενη της διενέργειας του διαγωνισμού»**. Επομένως, ως άλλωστε ουδείς αμφισβητεί, δεν πληρούται όρος τεθείς σαφώς και ρητώς επί ποινή αποκλεισμού. Επομένως, γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος τους οποίους παράλληλα συνομολογεί και η αναθέτουσα αρχή. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί βάσει των άρθρων 2.4.5 και 2.4.6 (α) της διακήρυξης (βλ. σκ. 14 της παρούσας) ως προς την αποδοχή της προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «Α ΚΑΙ Γ ΠΑΠΑΛΟΠΟΥΛΟΣ Ο.Ε» για την Ομάδα Β.

16. Επειδή, σε συνέχεια των αναγραφόμενων στην προηγούμενη σκέψη, η διαπιστωθείσα πλημμέλεια στην προσφορά του «...» παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς του ως άνω οικονομικού φορέα και ως εκ τούτου παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση της επάλληλης αιτιολογικής βάσης του αποκλεισμού του την οποία επικαλείται ο προσφεύγων (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007

Αριθμός απόφασης: 1648/2020

κ.α.). Και αβάσιμος δε υποτιθέμενος ο 2^{ος} λόγος τη προσφυγής δεν δύναται να καταστήσει νομίμως αποδεκτή την προσφορά του ως άνω οικονομικού φορέα. Συνεπώς, η προσβαλλόμενη πάσχει ακυρότητας κατά τα αναφερθέντα στην προηγούμενη σκέψη.

17. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να επιστραφεί βάσει του άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ/τος 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 15^η Δεκεμβρίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Χρυσάνθη Γ. ΖΑΡΑΡΗ

Ελένη ΛΕΠΙΔΑ