

Αριθμός απόφασης: 963 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 12 Αυγούστου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 934/24-07-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, οδός αρ.27. Η εν λόγω προσφυγή ασκήθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθμ. (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ) διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής «.....» με τίτλο: «ΔΙΑΚΗΡΥΞΗ ΑΝΟΙΧΤΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑΣ ΚΑΥΣΙΜΩΝ 2019 – 2020», εκτιμώμενη αξίας 355.656,00€ πλέον ΦΠΑ :85.357,44€. Η ως άνω προσφυγή ασκείται κατά της με αριθμ. 107/2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία ορίστηκε προσωρινός ανάδοχος στην Ομάδα Γ' (πετρέλαιο θέρμανσης) του διαγωνισμού η εταιρεία ΟΙΚΟΘΕΡΜΑΝΣΗ.

Με την ανωτέρω προδικαστική προσφυγή της, κατ'ορθή επισκόπηση αυτής, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης πράξης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω προσφυγής καταβλήθηκε το παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών

Αριθμός απόφασης: 963 / 2019

(Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 600,00 € (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου), που αποτελεί το κατώτερο ποσό νομίμου παραβόλου ενόψει της προϋπολογισθείσας αξίας του τμήματος του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου έχει συμμετάσχει η προσφεύγουσα και ασκείται η παρούσα προσφυγή (69.168,00 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ).

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η ανωτέρω προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 α' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 α' του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλομένη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 18-07-2019 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. Η δε προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση προσφυγή στις 23-07-2019, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την γνώση της προσβαλλομένης.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω Προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε ποσό 355.656,00 €, πλέον Φ.Π.Α. 24%. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της (προμήθεια), της ημερομηνίας δημοσίευσης της ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α' 116).

Αριθμός απόφασης: 963 / 2019

5. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής, δεδομένου ότι επιδιώκει ν'αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος της προμήθειας σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής της.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά της ήδη αναδειχθείσας ως προσωρινής αναδόχου εταιρείας ΟΙΚΟΘΕΡΜΑΝΣΗ, η οποία περιελάμβανε ποσοστό έκπτωσης με δεκαδικά ψηφία και όχι σε ακέραιο αριθμό τυγχάνει απαράδεκτη, ενόψει των ρητών όρων της διακήρυξης, οι οποίοι έχουν τεθεί με ποινή το απαράδεκτο, σύμφωνα με τους οποίους «[...]«Η σύμβαση θα ανατεθεί ύστερα από την διενέργεια ηλεκτρονικού ανοικτού, διεθνούς, μειοδοτικού διαγωνισμού με κριτήριο κατακύρωσης το μεγαλύτερο προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες στα εκατό (%) [...]».

7. Επειδή, στο άρθρο 1.3. της διακήρυξης ορίστηκε ότι: «Η σύμβαση θα ανατεθεί ύστερα από την διενέργεια ηλεκτρονικού ανοικτού, διεθνούς, μειοδοτικού διαγωνισμού με κριτήριο κατακύρωσης το μεγαλύτερο προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες στα εκατό (%) επί της μέσης λιανικής τιμής πώλησης για το Νομό Αττικής, όπως αυτή κάθε φορά διαμορφώνεται από το Υπουργείο Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών και τη Γενική Γραμματεία εμπορίου & προστασίας για τα υγρά καύσιμα εφόσον τηρούνται τα προδιαγεγραμμένα, που περιλαμβάνονται στα τεύχη του διαγωνισμού». Ο ίδιος όρος επαναλαμβάνεται στο άρθρο 2.3.1 «Κριτήριο ανάθεσης», όπου επί λέξει ορίζονται τα εξής: «Το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και συγκεκριμένα: Κριτήριο ανάθεσης της Σύμβασης είναι: το μεγαλύτερο προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες στα επί τοις εκατό (%) επί της μέσης λιανικής τιμής πώλησης για το Νομό Αττικής, όπως αυτή κάθε φορά διαμορφώνεται από το Υπουργείο Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών και τη Γενική Γραμματεία εμπορίου & προστασίας για τα υγρά καύσιμα εφόσον τηρούνται τα προδιαγεγραμμένα, που περιλαμβάνονται στα τεύχη του διαγωνισμού».

Αριθμός απόφασης: 963 / 2019

Επίσης, στο άρθρο 2.4.4 «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά» / Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών», προβλέπεται ότι: « Η Οικονομική Προσφορά συντάσσεται με βάση το αναγραφόμενο στην παρούσα κριτήριο ανάθεσης την χαμηλότερη τιμή σύμφωνα με το μεγαλύτερο προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης σε ακέραιες μονάδες επί τοις εκατό (%) επί της μέσης λιανικής τιμής πώλησης για το Νομό Αττικής, για τα υγρά καύσιμα όπως αυτή κάθε φορά διαμορφώνεται από το Υπουργείο Ανάπτυξης, Ανταγωνιστικότητας, Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων ή από το Παρατηρητήριο Τιμών Υγρών Καυσίμων, Γενική Γραμματεία εμπορίου & καταναλωτή όπως ορίζεται σύμφωνα με τα οριζόμενα στο Παράρτημα 1 της διακήρυξης[...]. Περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 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, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς), 2.4.4. (Περιεχόμενο φακέλου οικονομικής προσφοράς, τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών) , 2.4.5. (Χρόνος ισχύος προσφορών), 3.1. (Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών), 3.2 (Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών κατακύρωσης) της παρούσας[...].».

8. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον διαγωνισμό

Αριθμός απόφασης: 963 / 2019

απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Εν όψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο διαγωνισμό. Η 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. Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Περαιτέρω, η ρητή παραπομπή της διακήρυξης σε συγκεκριμένες νομοθετικές και κανονιστικές διατάξεις τις καθιστά τμήμα του νομικού πλαισίου που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, το οποίο δεσμεύει, κατά τα ανωτέρω, τόσο τη Διοίκηση όσο και τους υποψηφίους αναδόχους που συμμετέχουν σε αυτήν (ΕΣ 1434/2017). Υπό την έννοια αυτή, σκοπός της ενιαίας εφαρμογής των όρων της διακήρυξης και της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, είναι η διαμόρφωση ενός ασφαλούς δικαϊκού πλαισίου, εντός του οποίου θα διεξαχθεί ο διαγωνισμός και η αποφυγή αδικαιολόγητων αιφνιδιασμών των εν δυνάμει υποψηφίων, οι οποίοι σε κάθε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας θα εκκινούν από μία κοινή αφετηρία, θα γνωρίζουν εκ των προτέρων ασφαλώς και με ακρίβεια τις προβλεπόμενες διαδικασίες και θα έχουν ίσες ευκαιρίες συμμετοχής, σύμφωνα με την αρχή της αναλογικότητας. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο κοινοτικό (ενωσιακό πλέον) δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (βλ. Πράξη VI Τμήματος ΕΛΣυν 70/2006). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη

Αριθμός απόφασης: 963 / 2019

συνομολόγηση της σύμβασης που καταρτίζεται μετά τη διενέργεια του διαγωνισμού, είτε κατά το στάδιο της εκτέλεσης αυτής, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία και επάγεται ακυρότητα (βλ. IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000).

9. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση ο ως άνω όρος (βλ. σκέψη 7) δεν αμφισβητήθηκε από τους ενδιαφερομένους κατά το στάδιο δημοσίευσης της διακήρυξης με την άσκηση του προβλεπόμενου νομίμου ενδίκου βοηθήματος (προδικαστικής προσφυγής), ούτε κανείς εξ αυτών συμμετείχε με σχετική επιφύλαξη στο διαγωνισμό αλλά, παρέμεινε απρόσβλητος και ισχυρός, καθορίζοντας τον τρόπο υποβολής της οικονομικής προσφοράς και το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης κατά τρόπο δεσμευτικό τόσο για τους διαγωνιζομένους όσο και την αναθέτουσα αρχή ως κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού.

10. Επειδή, στη συγκεκριμένη περίπτωση, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής ο τρόπος υποβολής της προσφοράς έχει μεγάλη πρακτική σημασία καθώς καθορίζει τον ανάδοχο, δεδομένου ότι στην Ομάδα Γ στο πλαίσιο της οποίας ασκείται η Προσφυγή συμμετείχαν δύο μόνο διαγωνιζόμενοι, ήτοι η προσφεύγουσα με ποσοστό έκπτωσης 7% και ο αναδειχθείς ως προσωρινός ανάδοχος με μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης κατά 0,96% (7,96%) και συνεπώς, η τυχόν αποδοχή της άποψης ότι το ζήτημα δεν έχει πρακτική σημασία θα οδηγούσε σε άνιση μεταχείριση των διαγωνιζομένων, εκ των οποίων ο ένας υπέβαλλε προσφορά σύμφωνα με τους δεσμευτικούς όρους της διακήρυξης, που αποτελούν το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, ο δε άλλος χωρίς την τήρηση των όρων που η ίδια η αναθέτουσα αρχή έθεσε και τώρα η ίδια επί της ουσίας με τις απόψεις της προσβάλλει ως αντίθετους στον νόμο και παραβιάζοντας τον ανταγωνισμό, διότι αυτή δεν είναι η «άποψη» της προσφεύγουσας, ως αναφέρει στις απόψεις της, αλλά, αυτό που η ίδια έχει ορίσει στη διακήρυξη ως όρο δεσμευτικό η μη τήρηση του οποίου οδηγεί στην απόρριψη της προσφοράς (βλ. 2.4.6 της διακήρυξης). Άλλωστε, η αναθέτουσα αρχή έκρινε ως

Αριθμός απόφασης: 963 / 2019

παράνομο ή καταχρηστικό τον εν λόγω όρο είχε τη δυνατότητα ανάκλησης του.

11.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

12. Επειδή, κατόπιν της προηγούμενης σκέψης πρέπει να διαταχθεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου στην προσφεύγουσα.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή και ακυρώνει την με αριθμ. 107/2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το σκεπτικό.

Διατάσσει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου στην προσφεύγουσα ποσού 600,00 € (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου).

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 12 Αυγούστου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 30 Αυγούστου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κασίκα