

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ
ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 9 Μαΐου 2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 30.04.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/518/30.04.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ΓΛΥΦΑΔΑΣ [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η υπ' αριθμ. 130/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία αποκλείστηκε η προσφορά της από τη διαγωνιστική διαδικασία, στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. 8608/13.03.2019 Διακήρυξης, με αντικείμενο την «Ασφάλιση των μεταφορικών μέσων, οχημάτων και μηχανημάτων του Δήμου Γλυφάδας», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 81.010,00€. Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 8608/13.03.2019 Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοιχτός, ηλεκτρονικός Διαγωνισμός, με αντικείμενο την «Ασφάλιση των μεταφορικών μέσων, οχημάτων και μηχανημάτων του Δήμου Γλυφάδας», συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 81.010,00€ (συμπεριλαμβανομένων όλων των νόμιμων επιβαρύνσεων) και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 13.03.2019 με ΑΔΑΜ:19PROC004603686 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Α/Α 71762. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 04.04.2019 και ώρα 14.00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 10.04.2019 και ώρα 10.00 π.μ. Κατά την αποσφράγιση των προσφορών, η Επιτροπή Διενέργειας διαπίστωσε ότι στη διαγωνιστική διαδικασία υπέβαλαν προσφορά οι εξής οικονομικοί φορείς: 1) (Α/Α), 2) (Α/Α) και 3) (Α/Α). Μετά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών, η Επιτροπή με το από 10.04.2019 Πρακτικό της εισηγήθηκε στην Οικονομική Επιτροπή: α) την αποδοχή των προσφορών των οικονομικών φορέων και και β) την απόρριψη της προσφοράς του οικονομικού φορέα με την εξής αιτιολογία: *«Σύμφωνα με το άρθρο 8.1.1 Επισήμανση 2 της διακήρυξης με αριθμό πρωτοκόλλου 8608/13-03-19 αναφέρεται “ότι σε περίπτωση που περισσότερα πρόσωπα, σύμφωνα με τα παραπάνω έχουν υποχρέωση υπογραφής τους ΤΕΥΔ, υπογράφουν ψηφιακά στο Μέρος VI Τελικές δηλώσεις του ιδίου ΤΕΥΔ (και όχι διαφορετικού για κάθε υπογράφοντα)”. Η εταιρία στο ΤΕΥΔ έχει αναγράψει τρία άτομα ως εκπροσώπους και συγκεκριμένα τους:,,, όμως το έγγραφο του ΤΕΥΔ έχει μόνο μία ψηφιακή υπογραφή από τον και δεν προκύπτει από κάποιο έγγραφο ότι μπορεί να δεσμεύσει την εταιρία ως μοναδικού νομίμου εκπροσώπου της για τον συγκεκριμένο διαγωνισμό».* Στη συνέχεια, η Επιτροπή προέβη στην αποσφράγιση των οικονομικών

προσφορών των οικονομικών φορέων, των οποίων οι τεχνικές προσφορές είχαν κριθεί αποδεκτές και, με το ίδιο Πρακτικό της εισηγήθηκε την ανακήρυξη ως προσωρινού αναδόχου του οικονομικού φορέα, επειδή είχε προσφέρει τη χαμηλότερη τιμή. Η Οικονομική Επιτροπή, με την υπ' αριθμ. 130/2019 απόφασή της (προσβαλλόμενη πράξη) ενέκρινε κατά πλειοψηφία το από 10.04.2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας.

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 272516050959 0624 0041, ποσού ευρώ εξακοσίων (€600,00) από την προσφεύγουσα, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

4. Επειδή, η ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του αντικειμένου αλλά και του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού 81.010,00€ πλέον ΦΠΑ), σύμφωνα με τα άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του 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, τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΕΚ Α' 116), δεδομένου πως η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία ξεκίνησε μετά την 26.06.2017.

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 18.04.2019.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς δραστηριοποιείται στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο των υπό ανάθεση υπηρεσίας και έχει υποβάλει προσφορά, με αποτέλεσμα να υφίσταται βλάβη από την απόρριψη της

προσφοράς της, ενώ κατά τους ισχυρισμούς της ήταν σύμφωνη με τους όρους της Διακήρυξης.

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί, για τους εξής λόγους: (1) Η προσφεύγουσα επικαλείται παραβίαση των διατάξεων του άρθρου 79Α του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 8 της Διακήρυξης, με αποτέλεσμα η αιτιολογία της προβαλλόμενης πράξης να είναι μη νόμιμη. Ειδικότερα, στις προαναφερόμενες διατάξεις προβλέπεται ότι κατά την υποβολή του ΤΕΥΔ, είναι δυνατή με μόνη την υπογραφή του κατά περίπτωση εκπροσώπου του οικονομικού φορέα η προκαταρκτική απόδειξη των λόγων αποκλεισμού που αναφέρονται στην παράγραφο 1 του άρθρου 73 για το σύνολο των φυσικών προσώπων που είναι μέλη του διοικητικού, διευθυντικού ή εποπτικού οργάνου του ή έχουν εξουσία εκπροσώπησης, λήψης αποφάσεων ή ελέγχου σε αυτόν. Ως εκπρόσωπος του οικονομικού φορέα νοείται ο νόμιμος εκπρόσωπος αυτού, όπως προκύπτει από το ισχύον καταστατικό ή το πρακτικό εκπροσώπησης του κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς ή αίτησης συμμετοχής ή το αρμοδώς εξουσιοδοτημένο φυσικό πρόσωπο να εκπροσωπεί τον οικονομικό φορέα για διαδικασίες σύναψης συμβάσεων ή για συγκεκριμένη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Η προσφεύγουσα αναφέρει επίσης την Επισήμανση 2 του άρθρου 8 της Διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία *«Σε περίπτωση που περισσότερα πρόσωπα, σύμφωνα με τα παραπάνω έχουν υποχρέωση υπογραφής του ΤΕΥΔ, υπογράφουν (ψηφιακά) στο Μέρος VI Τελικές δηλώσεις του ίδιου ΤΕΥΔ (και όχι διαφορετικού για κάθε υπογράφοντα) [...]»*. Σύμφωνα δε με την Κατευθυντήρια Οδηγία 23/2018, όσον αφορά το Μέρος II Τμήμα Β' του ΤΕΥΔ, *«Το/α πρόσωπο ή το όνομα του/ων οποίου/ων θα συμπληρωθεί/ούν στην εν λόγω ενότητα δεν ταυτίζονται κατ' ανάγκη με τα πρόσωπα που υποχρεούνται να*

υπογράψουν το Μέρος VI του ΤΕΥΔ /ΕΕΕΣ, και η μη ταύτιση των εν λόγω προσώπων δεν αποτελεί σε καμία περίπτωση λόγο αποκλεισμού του οικονομικού φορέα». Η προσφεύγουσα επισημαίνει ότι, σύμφωνα με τα ανωτέρω, το υποβληθέν από εκείνη ΤΕΥΔ υπογράφηκε νομίμως από τον κ., αναπληρωτή Διευθύνοντα Σύμβουλο, διότι σε εκείνον και στον κ. έχει ανατεθεί από το Διοικητικό Συμβούλιο η ενάσκηση όλων των εξουσιών, αρμοδιοτήτων και δικαιωμάτων, με το δικαίωμα να δρουν κεχωρισμένως. Δεδομένου ότι η προσφεύγουσα συμπεριέλαβε στην προσφορά της και ανέφερε ειδικώς στο ΤΕΥΔ όλα τα νομιμοποιητικά έγγραφα, από τα οποία προκύπτει η εκπροσώπησή της, κατά τους ισχυρισμούς της προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη σε εσφαλμένη ερμηνεία της προαναφερόμενης Επισήμανσης 2 του άρθρου 8 της Διακήρυξης, για τον λόγο ότι εν προκειμένω δεν συντρέχει περίπτωση υποχρέωσης υπογραφής του ΤΕΥΔ από περισσότερα πρόσωπα. Το γεγονός δε ότι στο Μέρος II του ΤΕΥΔ έχει αναγράψει τρία πρόσωπα ως νομίμους εκπροσώπους, όπως άλλωστε προκύπτει από τα σχετικά νομιμοποιητικά έγγραφα, δεν σημαίνει ότι το ΤΕΥΔ έπρεπε να υπογραφεί και από τους τρεις, οι οποίοι – όπως προαναφέρθηκε – έχουν δικαίωμα να εκπροσωπούν τον οικονομικό φορέα κεχωρισμένως. (2) Η προσφεύγουσα αναφέρει επίσης ότι, σε κάθε περίπτωση, εάν η αναθέτουσα αρχή διατηρούσε αμφιβολίες σχετικά με την εκπροσώπησή της, θα έπρεπε να την είχε καλέσει στο πλαίσιο του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 11 της Διακήρυξης, για παροχή διευκρινίσεων, πριν απορρίψει την προσφορά της. Η προσφεύγουσα τονίζει το γεγονός ότι όλα τα αναγκαία έγγραφα είχαν ήδη υποβληθεί με την προσφορά της, ώστε να μην διακινδυνεύεται αλλοίωση της τελευταίας.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις υπ' αριθμ. 15207/07.05.2019 Απόψεις της εμμένει στη νομιμότητα της προβαλλόμενης πράξης, ισχυριζόμενη ειδικότερα τα εξής: *«Η επιτροπή διενέργειας και αξιολόγησης προσφορών εισηγήθηκε στην οικονομική επιτροπή τη μη αποδοχής της προσφοράς της εταιρίας διότι κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών διαπιστώθηκε ότι το ΤΕΥΔ είχε μια μόνο ψηφιακή υπογραφή από τον κύριο ενώ η*

εταιρία έχει αναγράψει στο ΤΕΥΔ ότι τρία άτομα εκπροσωπούν την εταιρία και συγκεκριμένα τους:, και Από τον έλεγχο όλων των εγγράφων δεν προκύπτει ότι η μοναδική υπογραφή του κυρίου μπορεί να δεσμεύσει την εταιρία ως μοναδικού νομίμου εκπροσώπου της για τον συγκεκριμένο διαγωνισμό. Η επιτροπή έκρινε την μη αποδοχή της προσφοράς της εταιρίας σύμφωνα με το άρθρο 8.1.1 Επισήμανση 2 της διακήρυξης με αριθμό πρωτοκόλλου 8608/13-03-2019 όπου αναφέρει “ότι σε περίπτωση που περισσότερα πρόσωπα έχουν υποχρέωση υπογραφή του ΤΕΥΔ, υπογράφουν ψηφιακά στο Μέρος VI Τελικές δηλώσεις του ίδιου ΤΕΥΔ (ΚΑΙ ΟΧΙ ΔΙΑΦΟΡΕΤΙΚΟΥ ΓΙΑ ΚΑΘΕ ΥΠΟΓΡΑΦΟΝΤΑ)».

10. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

11. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «1. Η ΑΕΠΠ μπορεί ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος ή αυτεπαγγέλτως και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών να εκδώσει πράξη αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και να ορίσει τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και πάντως όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, στα οποία συμπεριλαμβάνονται μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η

αναθέτουσα αρχή. 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μη χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της προηγούμενης παραγράφου αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

12. Επειδή, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάξει προσωρινά μέτρα, προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της Προδικαστικής Προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

13. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Ωστόσο, δε θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

14. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την

πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

15. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατά της προσβαλλόμενης πράξης, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία καθώς και, ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων.

16. Επειδή, α) η υπό κρίση Προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της προσφεύγουσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της Προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

17. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει τη διαγωνιστική διαδικασία έως την έκδοση κύριας απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 208/2019

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 09.05.2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κουρή Σταυρούλα

Αικατερίνη Ζερβού