

Αριθμός απόφασης: Α 339 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 18.07.2019, με την εξής σύνθεση:
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος - Εισηγήτρια, Γερασιμούλα Μαρία Δρακονταειδή
και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών
μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 05.07.2019 (ημερομηνία καταχώρησης
στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική
Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης
Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 843/08.07.2019 και χρέωσης στο 2^ο
Κλιμάκιο στις 08.07.2019, της εταιρείας με την επωνυμία «.....», που
εδρεύει στη, επί της οδού, αρ., νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Κατά της υπ' αριθ. 81/2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής
του, δυνάμει της οποίας εγκρίθηκε το από 30.05.2019 πρακτικό
Ανοικτής Δημοπρασίας μέσω του εθνικού συστήματος ηλεκτρονικών
δημοσίων συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάδειξη αναδόχου εκτέλεσης
του έργου «Αποκατάσταση κερκίδων και επίστρωση δαπέδου γηπέδου
μπάσκετ στην, με α/α Συστήματος στο ΕΣΗΔΗΣ,
εκτιμώμενης αξίας 99.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει
την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης προκειμένου να
απορριφθούν οι προσφορές των συμμετεχόντων «.....» και
«.....», να αποκλειστούν από τη διαγωνιστική διαδικασία και να
ανακηρυχθεί η ίδια οριστική ανάδοχος, για τους αναφερόμενους στη
προσφυγή της λόγους

Αριθμός απόφασης: Α 339 / 2019

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται την αναστολή προόδου της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, σωρεύοντας στη προσφυγή της σχετικό αίτημα περί αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προόδου της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας της υπόψη σύμβασης, μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την με ΑΔΑΜ 2019-02-12 Διακήρυξη του προκηρύχθηκε ανοικτή διαγωνιστική διαδικασία μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου «Αποκατάσταση κερκίδων και επίστρωση δαπέδου γηπέδου μπάσκετ στην», εκτιμώμενης αξίας 99.000,00€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 12.02.2019 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 18.02.2019, όπου έλαβε συστημικό αριθμό α/α Το αντικείμενο της παρούσας εργολαβίας, σύμφωνα με τους όρους της εν λόγω διακήρυξης, αφορά την αποκατάσταση των κερκίδων και την επίστρωση του δαπέδου του γηπέδου μπάσκετ της Προβλέπεται να κατασκευαστούν κερκίδες, το νότιο τμήμα της περίφραξης, η κύρια είσοδος συμπεριλαμβανομένης της ράμπας ΑΜΕΑ, η τοποθέτηση στο δάπεδο ταρτάν και η διαγράμμιση του. Προβλέπεται επίσης η τοποθέτηση νέων ιστών φωτισμού, προβολέων τύπου led και ηλεκτρικού πίνακα. Σημαντική βελτίωση επίσης προβλέπεται λόγω της διαμόρφωσης πεζοδρομίου κατά μήκος της νότιας πλευράς του γηπέδου επί της οδού Το πεζοδρόμιο θα βελτιώσει την ασφαλή διέλευση και πρόσβαση

Αριθμός απόφασης: Α 339 / 2019

των πεζών αφενός μεν στο γήπεδο αφετέρου την προσέλευση των μαθητών στο δημοτικό σχολείο της

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 600,00€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη της σύμβασης άνευ ΦΠΑ και αποτελεί εν προκειμένω το κατώτερο κατά νόμο ποσό παραβόλου.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 79.838,71€ πλέον ΦΠΑ, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 καθώς και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (12.02.2019), σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 376 και 379 -όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν- του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ την 26.06.2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 05.07.2019, ήτοι εντός της ως άνω προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016): *«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*

Αριθμός απόφασης: Α 339 / 2019

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 ...». Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

7. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «*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*».

8. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν 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 κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση

Αριθμός απόφασης: Α 339 / 2019

της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 81/2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του, δυνάμει της οποίας εγκρίθηκε το από 30.05.2019 πρακτικό Ανοικτής Δημοπρασίας μέσω του εθνικού συστήματος ηλεκτρονικών δημοσίων συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) για την ανάδειξη αναδόχου εκτέλεσης του έργου «Αποκατάσταση κερκίδων και επίστρωση δαπέδου γηπέδου μπάσκετ στην, ισχυριζόμενη με τον πρώτο λόγο προσφυγής της ότι είναι εσφαλμένη η ανάδειξη του συμμετέχοντα προμηθευτή ως οριστικού αναδόχου της σύμβασης, αφού η αναθέτουσα αρχή παρέλαβε και κατέγραψε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, όπως αποτυπώνεται και στη προσβαλλόμενη απόφαση, χωρίς ωστόσο να διαπιστώσει, ως όφειλε, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης τις πλημμέλειες αυτών και ειδικότερα: α) την ευθεία παράβαση του όρου 23.3. «Δικαιολογητικά μη συνδρομής λόγων αποκλεισμού του άρθρου 22 Α.» της διακήρυξης του διαγωνισμού σε μη συμμόρφωση με τον οποίο ο ως άνω συμμετέχων δεν προσκόμισε πιστοποιητικό από το οποίο να προκύπτει ότι δεν έχει υπαχθεί σε διαδικασία εξυγίανσης, εκδοθέν από το αρμόδιο Πρωτοδικείο. β) την αντίθεση με τα όσα ορίζει το ίδιο άρθρο (23.3) της διακήρυξης, αφού ο συμμετέχων αναδειχθείς οριστικός ανάδοχος προσκόμισε το με αρ. πρωτ. /2019 πιστοποιητικό του Πρωτοδικείου Αθηνών, από το οποίο εντούτοις υποστηρίζει η προσφεύγουσα προκύπτει ότι δεν έχει κατατεθεί δικόγραφο πτώχευσης ούτε και έχει εκδοθεί απόφαση επί αυτού, πλην όμως δεν προκύπτει, πολλώ δε μάλλον δεν πιστοποιείται ότι δεν έχει κατατεθεί αίτηση για πτωχευτικό συμβιβασμό. Την εν λόγω έλλειψη σύμφωνα με τον ίδιο όρο της διακήρυξης ο συμμετέχων όφειλε να αποδείξει συμπεριλαμβάνοντας σχετική δήλωσή του στην ληφθείσα και προσκομισθείσα στην επιτροπή διαγωνισμού ένορκη βεβαίωσή του. Πλην όμως από το κείμενο της προσκομισθείσας ένορκης βεβαίωσης, προκύπτει ότι τέτοια δήλωση δεν έχει συμπεριληφθεί και συνεπώς κατά τη προσφεύγουσα ο συμμετέχων έπρεπε να είχε αποκλειστεί και για τον λόγο αυτό γ) την έλλειψη

Αριθμός απόφασης: Α 339 / 2019

υποβολής προς την Επιτροπή σχετικής Βεβαίωσης περί μη αναστολής των δραστηριοτήτων του, όπως αποδεικνύεται μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας της Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Εσόδων και ρητώς προβλέπεται ως απαιτούμενο δικαιολογητικό συμμετοχής από τους όρους της Διακήρυξης. Δεδομένων των ως άνω ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι επειδή ο ως άνω συμμετέχων δεν απέδειξε ως όφειλε, διά των προσκομισθέντων δικαιολογητικών κατακύρωσης, ειδικότερα δε αφού δεν προσκόμισε τα αποδεικτικά στοιχεία του όρου 23.3. της Διακήρυξης ότι δεν τελεί σε οποιαδήποτε από τις απαριθμούμενες καταστάσεις του όρου 22.Α.4. της διακήρυξης, δέον όπως αποκλειστεί από την σύναψη δημόσιας σύμβασης ως ρητά ορίζουν οι διέποντες τον εν λόγω διαγωνισμό όροι της Διακήρυξης. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της συμμετέχουσας κοινοπραξίας απαρτιζόμενης από τους «..... του και του» Εντέλει, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η οικεία σύμβαση, αφού, ως ισχυρίζεται, παραβιάζεται η νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων, σωρεύοντας παράλληλα στην Προσφυγή της αίτημα αναστολής – ορισμού κατάλληλων μέτρων έως ότου κριθεί αυτή.

10. Επειδή, από την επισκόπηση του ηλεκτρονικού τόπου του προκείμενου διαγωνισμού προκύπτει ότι αυτός βρίσκεται ήδη –διά της προσβαλλομένης απόφασης- στο στάδιο της οριστικής κατακύρωσης και το επόμενο και τελευταίο στάδιο είναι αυτό της σύναψης της σύμβασης. Σύμφωνα δε με τις διατάξεις των άρθρων 366 του Ν. 4412/2016 και 15 του Π.Δ. 39/2017, η Α.Ε.Π.Π. με απόφασή της μπορεί να διατάσσει προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, κατά τρόπο, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, περίπτωση, όμως που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο, διότι, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 316 του Ν. 4412/2016, μετά την άσκηση της προσφυγής τα έννομα αποτελέσματα της

Αριθμός απόφασης: Α 339 / 2019

απόφασης κατακύρωσης του διαγωνισμού και ιδίως η σύναψη της σύμβασης δεν επέρχονται μέχρι την έκδοση απόφασης επί της εν λόγω προσφυγής και της παρόδου άπρακτης της προθεσμίας για δικαστική προστασία επ' αυτής.

11. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017), σε κάθε δε περίπτωση είναι αυστηρά καθορισμένες εκείνες οι περιστάσεις που θα επέτρεπαν να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης.

12. Επειδή, κατ' ακολουθίαν στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, δεν προκύπτει τυχόν ανεπανόρθωτη ζημία των συμφερόντων της προσφεύγουσας, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου. Και τούτο διότι τυχόν παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας, στο βαθμό που με την προσβαλλόμενη παρανόμως αποφασίστηκε η οριστική κατακύρωση στον ως άνω συμμετέχοντα κατά του οποίου βάλλει η προσφεύγουσα, θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής της Προσφυγής.

13. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν συνίσταται βλάβη της προσφεύγουσας στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία αυτής και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων.

14. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: Α 339 / 2019

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κασίκα