

Αριθμός απόφασης: Α360 /2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2° ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 26.07.2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 18.07.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 911/19.07.2019 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο, όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του Δήμου, που εδρεύει στην, όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αριθ. 126/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ανωτέρω δήμου (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), αναφορικά με την υπ' αριθ. ΑΔΑΜδιακήρυξη του Δήμου, για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «.....». Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η ισχύς της προσβαλλόμενης απόφασης μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄

Αριθμός απόφασης: Α360 /2019

147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 2.338,71€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. ΑΔΑΜδιακήρυξη του Δήμου προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου, κάτω των ορίων, διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «.....», προϋπολογισμού 467.741,94€, χωρίς Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 14.02.2019 με ΑΔΑΜ, καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό με α/α

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου δημοσίευσης (14.02.2019) της προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017).

4. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ορίζεται ότι: *«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*

Αριθμός απόφασης: Α360 /2019

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). Περαιτέρω, 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».

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (α) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (α) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 09.07.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 18.07.2019.

6. Επειδή, ο προσφεύγων με προφανές έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της υπ' αριθ. 126/26.06.2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, δοθέντος ότι συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό, υποβάλλοντας την προσφορά του, η οποία απορρίφθηκε εν τέλει, παρανόμως ως ισχυρίζεται, στο στάδιο δικαιολόγησης της οικονομικής του προσφοράς βάσει του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, το οποίο ενεργοποίησε η αναθέτουσα αρχή, καλώντας τους οικονομικούς φορείς που έχουν προσφέρει μέση έκπτωση πάνω από 50,00% να εξηγήσουν και να αιτιολογήσουν την τιμή ή το κόστος που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης.

7. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία υπέβαλαν προσφορά έντεκα (11) διαγωνιζόμενοι οικονομικοί φορείς μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα, ως πληρούσα το σύνολο των τασσόμενων τυπικών και

Αριθμός απόφασης: Α360 /2019

ουσιαστικών προϋποθέσεων συμμετοχής, η οποία και μετά την αποσφράγιση των υποφακέλων «Οικονομική προσφορά» των διαγωνιζομένων, κατετάγη στη δεύτερη θέση του σχετικού πίνακα μειοδοσίας, με προσφερόμενο ποσοστό έκπτωσης 53,31 %, ενώ στην πρώτη θέση μειοδοσίας κατετάγη η προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» με προσφερόμενο ποσοστό μέσης έκπτωσης 54,00 % και στην τρίτη θέση η προσφορά του οικονομικού φορέα «.....» με προσφερόμενο ποσοστό μέσης έκπτωσης 53,27%. Μετά την ολοκλήρωση του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής όλων των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων η Επιτροπή Διαγωνισμού με το 1^ο πρακτικό της εισηγήθηκε α) την αποδοχή όλων των διαγωνιζομένων και β) την ανάδειξη τουως προσωρινού αναδόχου. Η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου, στην οποία διαβιβάσθηκε το 1^ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, με την υπ' αριθ. 83/2019 απόφασή της ενέκρινε το 1^ο πρακτικό και αποφάσισε την ενεργοποίηση του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, καλώντας τους προαναφερόμενους οικονομικούς φορείς (δηλαδή τους «.....», την προσφεύγουσα και τον «.....»), που είχαν προσφέρει μέση έκπτωση πάνω από 50%, να εξηγήσουν και αιτιολογήσουν την τιμή ή το κόστος που είχαν προτείνει στην προσφορά τους. Ακολούθως, και μετά την κατάθεση από την προσφεύγουσα της αιτιολόγησης της οικονομικής της προσφοράς δια της υποβολής τεχνικής έκθεσης, η Επιτροπή Διαγωνισμού με το 2ο πρακτικό της εισηγήθηκε την αποδοχή της προσφοράς της προσφεύγουσας και την απόρριψη της προσφοράς των οικονομικών φορέων «.....» και «.....», με την αιτιολογία ότι αυτή είναι τεκμηριωμένη και δικαιολογεί την προσφερόμενη έκπτωση, ενώ καταλήγει σε εύλογο κέρδος για τον οικονομικό φορέα, κατατάσσοντας αυτήν, την προσφεύγουσα, στην πρώτη θέση με μέση έκπτωση 53,31%. Εντούτοις, η Οικονομική Επιτροπή της αναθέτουσας αρχής, στην οποία διαβιβάσθηκε το 2ο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού προς έγκριση, με την προσβαλλόμενη, υπ' αριθ. 126/2019 απόφασή της, αποφάσισε την απόρριψη της αιτιολόγησης της οικονομικής προσφοράς της προσφεύγουσας, με την αιτιολογία ότι αυτή είναι ανεπαρκής και μη ικανοποιητική, καθώς και αρνητική, σύμφωνα με τον αναλυτικό υπολογισμό του κόστους κατασκευής του

Αριθμός απόφασης: Α360 /2019

έργου, καλώντας την Επιτροπή Διαγωνισμού να προχωρήσει στην επανεξέταση των συμμετεχόντων κατά σειρά μειοδοσίας για την πρόταση ανακήρυξης ως προσωρινού ανάδοχου του έργου στον επόμενο οικονομικό φορέα.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι στην υποβληθείσα τεχνική έκθεση – αιτιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς, εμπεριέχονται τα εξής: σχέδιο υλοποίησης αντικειμένου της σύμβασης, υπολογισμός κόστους ανά μέτωπο εργασιών, άμεσο κόστος του έργου / μηχανήματα, υλικά, έμμεσο κόστος - γενικά έξοδα του έργου /σταθερά έξοδα, κρατήσεις, αποδοχές εργαζομένων και συμβάσεις εργασίας τους, υπολογισμός εργατικής δαπάνης ΙΚΑ και προσφορές προμηθευτών), που αιτιολογούν την οικονομική της προσφορά. Για το λόγο αυτό, δε, η Επιτροπή Διαγωνισμού διαπίστωσε ότι η προσφεύγουσα «Διαθέτει κατάλληλο ιδιόκτητο εξοπλισμό και προσωπικό. Υπολογίζει τόσο το άμεσο κόστος του έργου (εργατικά μηχανήματα, υλικά), υποβάλλοντας προσφορές από προμηθευτές και στοιχεία του ιδιόκτητου εξοπλισμού του, όσο και το έμμεσο κόστος- Γενικά Έξοδα του έργου (Σταθερά έξοδα, χρονικώς συντηρημένα έξοδα). Αναφέρεται σε κάθε είδους έξοδο, όπως η ανάπτυξη εργοταξιακού χώρου, η δαπάνη αποδοχών των εργαζομένων, η δαπάνη αποδοχών του προσωπικού γενικής επιστασίας και διοίκησης του έργου, η δαπάνη εργοδοτικών εισφορών (η οποία υπολογίζεται βάσει της οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα και όχι βάσει της πραγματικής δαπάνης), οι κρατήσεις που θα βαρύνουν τον ανάδοχο, έξοδα όπως εφημερίδες, έκδοσης εγγυητικών επιστολών, εργαστηριακών δοκιμών, το αναλογούν κόστος της λειτουργίας της επιχείρησης, μετακινήσεις επί τόπου του έργου, έξοδα για υλικά και ότι άλλο απαιτείται για την κατασκευή του έργου κλπ» και εισηγήθηκε την αποδοχή της προσφορά της, ενώ με την προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία στερείται σαφούς, ειδικής και επαρκούς αιτιολογίας ως προς τα ανωτέρω προβαλλόμενα, απορρίπτεται η προσφορά της, ανατρέποντας αναίτιολόγητα την εισήγηση της Επιτροπής του Διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: Α360 /2019

9. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε δε περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, αφού, ως ισχυρίζεται, μη συννόμως απορρίφθηκε η αιτιολόγηση της οικονομικής της προσφοράς, κατ' άρθρο 88 του Ν. 4412/2016 και κατά συνέπεια η προσφορά της. Επέκεινα, η επίκληση συγκεκριμένων ισχυρισμών της προσφεύγουσας, ως προς το εύλογο της οικονομικής της προσφοράς και η αιτιολόγηση αυτής κατ' άρθρο 88 του Ν. 4412/2016 και κατά τούτο η παραβίαση του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη δια της απορριπτικής, της οικονομικής της προσφοράς, κρίσης της αναθέτουσας αρχής, χρήζει ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχει δε κρίση, τεχνική και οικονομική, που δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

10. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού με την εκ νέου κατάταξη των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων σε περίπτωση τυχόν ακύρωσης της προσβαλλόμενης είναι πρόδηλη, αφού θα έχει ως αποτέλεσμα την ακύρωση των επόμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής για τον υπό κρίση διαγωνισμό και τελικώς την ματαίωση αυτού, οδηγώντας σε καθυστέρηση της ανάθεσης της υπόψη υπηρεσίας.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα, η οποία σκοπεύει στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

12. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

Αριθμός απόφασης: Α360 /2019

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. ΑΔΑΜδιακήρυξης του Δήμου, για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «.....», μέχρι την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 26 Ιουλίου 2019, συντάχθηκε αυθημερόν από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 29 Ιουλίου 2019.

Η Πρόεδρος

Μαρία Κων. Μανδράκη

Η Γραμματέας

Ελένη Κατσίκα