

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 30.10.2019 με την εξής σύνθεση:
Μαρία-Ελένη Σιδέρη Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και
Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από
19.10.019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του
διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό
Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
1280/21.10.2019 του οικονομικού φορέα

Κατά του Δήμου και της με αριθμό 158/2019 απόφασης της
Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου περί ανάδειξης προσωρινών αναδόχων για
τις δημοπρατούμενες Ομάδες της σύμβασης με αντικείμενο «Προμήθεια».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της, ο προσφεύγων
επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με
αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά του για τις Ομάδες Γ' και Ε' του
δημοπρατούμενου αντικειμένου και ως εκ τούτου αναδείχθηκαν ως προσωρινοί
ανάδοχοι για την Ομάδα Γ' η εταιρία «....»
και για την Ομάδα Ε' η εταιρία «....».

Αριθμός απόφασης: Α 494/2019

2. Επειδή, ο Δήμοςπροκήρυξε με την υπ'αριθ.Διακήρυξη ανοικτό, ηλεκτρονικό, δημόσιο διαγωνισμό με αντικείμενο «Προμήθεια», το προϋπολογισθείσας αξίας 75.161,31 ευρώ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Το αντικείμενο της δημοπρατούμενης σύμβασης απαρτίζεται από πέντε Τμήματα, ΤΜΗΜΑ Α΄ : «Προμήθεια», εκτιμώμενης αξίας 30.855,91 € πλέον ΦΠΑ 7.405,42 €, ΤΜΗΜΑ Β΄ : «Προμήθεια», εκτιμώμενης αξίας 8.064,52 € πλέον ΦΠΑ 1.935,48 €, ΤΜΗΜΑ Γ΄ : «Προμήθεια», εκτιμώμενης αξίας 15.879,85 € πλέον ΦΠΑ 3.811,16 €, ΤΜΗΜΑ Δ΄: «Προμήθεια», εκτιμώμενης αξίας 14.097,00 € πλέον ΦΠΑ 3.383,28 €, ΤΜΗΜΑ Ε΄:«Προμήθεια», εκτιμώμενης αξίας 5.616,00 € πλέον ΦΠΑ 1.347,84 € και δικαίωμα υποβολής προσφοράς είτε για το σύνολο είτε για μερικές ομάδες των προς προμήθεια ειδών. Η εν λόγω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 23.07.2019 και ομοίως καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 23.07.2019, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α Κατόπιν αξιολόγησης των προσφορών των διαγωνιζομένων, με την υπ'αριθ. 158/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής αφενός απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος για τις Ομάδες Γ΄ και Ε΄ του δημοπρατούμενου αντικειμένου και αφετέρου αναδείχθηκαν ως προσωρινοί ανάδοχοι για την Ομάδα Γ΄ η εταιρία «.....» και για την Ομάδα Ε΄ η εταιρία «.....».

3. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί 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 συνιστά το κατώτατο κατά το νόμο ποσό παραβόλου βάσει της προϋπολογισθείσας αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 75.161,31 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης,

Αριθμός απόφασης: Α 494/2019

εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, 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 στον προσφεύγοντα, η οποία έγινε με τη χρήση ηλεκτρονικών μέσων (μέσω του ΕΣΗΔΗΣ) στις 17.10.2019.

6. Επειδή, ο προσφεύγων θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, διότι, αν και έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά του για τα είδη των Τμημάτων Γ' και Ε' του δημοπρατούμενου αντικειμένου, αυτή απορρίφθηκε.

7. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή του, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του για τις Ομάδες Γ' και Ε' του δημοπρατούμενου αντικειμένου, για τις οποίες αναδείχθηκαν αντίστοιχα ως προσωρινοί ανάδοχοι η εταιρία «...» και η εταιρία «...». Ειδικότερα, ο προσφεύγων έλαβε μέρος στον διαγωνισμό υποβάλλοντας εμπρόθεσμα και νομότυπα τα σχετικά δικαιολογητικά και οικονομική προσφορά για τα είδη των Ομάδων Γ' και Ε' του δημοπρατούμενου αντικειμένου. Στη συνέχεια, ο προσφεύγων εμπρόθεσμα και νομότυπα απέστειλε και ταχυδρομικά όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά στο Δήμο ..., όπως αποδεικνύεται με την προσκομιζόμενη και επικαλούμενη έγγραφη απόδειξη με αριθμό της εταιρείας ταχυμεταφοράς (κούριερ) "...". Συγκεκριμένα, η εταιρία ταχυμεταφοράς "...” παρέλαβε από τον προσφεύγοντα τον φάκελο στις 23-8-2019, ημέρα Παρασκευή και τον παρέδωσε στο Δήμο ... την επόμενη εργάσιμη 26-8-2019 και ώρα 12.02, τον οποίο φάκελο παρέλαβε και υπέγραψε το σχετικό αποδεικτικό η υπάλληλος κα ή ο νόμιμος αντικαταστάτης της, τον οποίο ο Δήμος ... όρισε και έχει την σχετική ευθύνη. Υποχρέωση του υπαλλήλου του

Αριθμός απόφασης: Α 494/2019

Δήμου ήταν, ως εισερχόμενο έγγραφο, να πρωτοκολληθεί άμεσα, εμπρόθεσμα και νομότυπα. Κατόπιν των ανωτέρω, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι εξαιτίας της παράλειψης του Δήμου να πρωτοκολλήσει τα δικαιολογητικά εμπρόθεσμα (είχε 3 ημέρες στη διάθεσή του) κρίθηκε εκπρόθεσμος με αποτέλεσμα να αποκλειστεί στο πρώτο στάδιο του διαγωνισμού και να μην συμπεριληφθεί στον κατάλογο των οικονομικών φορέων που θα συνέχιζαν στο διαγωνισμό στο επόμενο στάδιο. Τέλος, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι όλα τα ανωτέρω περί εκπροθέσμου τα πληροφορήθηκε από το ηλεκτρονικό μήνυμα που του κοινοποιήθηκε μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ στις 17-10-2019 και του το επιβεβαίωσε ο υπάλληλος του ανωτέρω δήμου, με τον οποίο επικοινωνήσε αμέσως μόλις είδε στην σχετική ηλεκτρονική πλατφόρμα ότι είχε αποκλειστεί. Συνεπώς, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι αν και έστειλε άμεσα τα σχετικά αποδεικτικά της εταιρείας ταχυμεταφοράς (κούριερ), η αναθέτουσα αρχή ουδέν έπραξε, παρά μόνο προέβαλε δικαιολογίες για να καλύψουν την ολιγωρία της, καθότι εμπροθέσμως και νομότυπα έλαβε με την εταιρεία ταχυμεταφοράς (κούριερ) τα δικαιολογητικά του, τα οποία αποκλειστικά από δική της αμέλεια δεν πρωτοκόλλησε εμπρόθεσμα. Για τους λόγους αυτούς, ο προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, σωρεύοντας παράλληλα αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. 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.

9. 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),*

Αριθμός απόφασης: Α 494/2019

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».

10. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016 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 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».*

11. 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.

12. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση αναστολής –λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: Α 494/2019

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 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.

13. 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.

14. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος κατά της προσβαλλόμενης πράξης απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου προσφοράς σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία όπως και τους όρους της οικείας διακήρυξης καθώς και, ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων.

15. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη του προσφεύγοντος από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι της υπό κρίση Προσφυγής 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) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής

Αριθμός απόφασης: Α 494/2019

επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

16. Επειδή, ως εκ τούτου, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκομένων 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, εξάλλου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία 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, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας αρχής από οποιαδήποτε ενέργεια αποσφράγισης/αξιολόγησης προσφορών, έκδοσης οιασδήποτε απόφασης και διενέργειας οιασδήποτε πράξης, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης ή έκδοσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με κάθε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα είναι άκυρες.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω το υποβληθέν αίτημα αναστολής θα πρέπει να γίνει δεκτό και να ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής του προσφεύγοντος.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ'αριθ.Διακήρυξη, με αντικείμενο «Προμήθεια», και δη για το Τμήμα Γ' και για το Τμήμα Ε' του δημοπρατούμενου

Αριθμός απόφασης: Α 494/2019

αντικειμένου, έως την έκδοση κύριας απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 30 Οκτωβρίου 2019, συντάχθηκε από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία-Ελένη Σιδέρη

Αργυρώ Τσουλούφα