

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 23 Απριλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Νικόλαος Σαββίδης, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα προσωρινής προστασίας της από 15.04.2021 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 801/16-04-2021 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...-...», νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά του ΔΗΜΟΥ ...και κατά της υπ'αριθ. ...απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... περί εγκρίσεως του από 22.3.2021 συμπληρωματικού πρακτικού της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, το οποίο εκδόθηκε στο πλαίσιο του προκηρυχθέντος με την υπ'αριθ. ...Διακήρυξη διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με αυτήν απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας κοινοπραξίας, σωρεύοντας παράλληλα αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προσφυγής.

2. Επειδή, ο Δήμος ... προκήρυξε ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό δυνάμει της με αριθ. πρωτ. ...διακήρυξης (ΑΔΑΜ ...) με αντικείμενο την προμήθεια με τίτλο «Προμήθεια και τοποθέτηση υβριδικού χλοοτάπητα και υποδομών στο

Αριθμός Απόφασης: Α 70 / 2021

γήπεδο ...» (α.α. ΕΣΗΔΗΣ: ...), συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 396.259,20 ευρώ, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 16η-07-2020 και ως ημερομηνία αποσφράγισης η 23η-7-2020. Στη διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν συνολικά τέσσερις οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα η προσφεύγουσα, η εταιρεία «...», η εταιρεία «...» και η εταιρεία «...». Με την υπ' αριθ. ...απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... εγκρίθηκε το 1ο Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού σχετικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής. Με το ως άνω Πρακτικό η Επιτροπή εισηγήθηκε την αποδοχή της προσφοράς της «...» και τον αποκλεισμό όλων των υπόλοιπων προσφερόντων, συμπεριλαμβανομένης της προσφεύγουσας κοινοπραξίας. Με τη με ΓΑΚ/ΑΕΠΠ 1152/21-08-2020 προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα στράφηκε κατά της ως άνω απόφασης ζητώντας την ακύρωσή της τόσο κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας όσο και κατά το μέρος που έκρινε παραδεκτή την προσφορά της ανθυποψήφιας εταιρείας. Δυνάμει της υπ' αριθ. 1293/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ η προδικαστική προσφυγή της προσφεύγουσας κοινοπραξίας έγινε δεκτή κατά το μέρος που στρεφόταν κατά του αποκλεισμού της προσφεύγουσας και απορρίφθηκε κατά το μέρος που στρεφόταν κατά της της προσφοράς της εταιρείας με την επωνυμία «...». Κατά της υπ' αριθ. 1293/2020 απόφασης της ΑΕΠΠ ασκήθηκε η από 26.10.2020 και με αριθ. κατάθεσης ANM 188/2020 αίτηση αναστολής ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς κατά το σκέλος που δεν απερρίφθη η προσφορά της εταιρείας «...». Ακολούθως, ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «...». άσκησε την από 22.10.2020 και με αριθ. κατάθεσης ANM 190/2020 αίτηση αναστολής καθ' ο μέρος κρίθηκε παραδεκτή η προσφορά της προσφεύγουσας κοινοπραξίας. Αμφότερες οι αιτήσεις αναστολής απερρίφθησαν δυνάμει των υπ' αριθ. Ν133/2020 και Ν134/2020 αποφάσεων του Διοικητικού Εφετείου Πειραιώς. Ακολούθως, η αναθέτουσα αρχή συμμορφούμενη με την υπ' αριθ. 1293/2020

Αριθμός Απόφασης: Α 70 / 2021

απόφαση της ΑΕΠΠ εξέδωσε τη με αριθ. 31/2021 απόφαση και εν συνέχεια την διορθωτική αυτής υπ' αριθ. 89/2021 απόφαση και αποφάσισε τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποσφράγιση των τεχνικών προσφορών της προσφεύγουσας κοινοπραξίας και της ανθυποψήφιας εταιρείας «...». Με την - ήδη προσβαλλόμενη- υπ' αριθ. ...απόφαση της αναθέτουσας αρχής έγινε δεκτό το από 22.3.2021 συμπληρωματικό πρακτικό της επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού και απερρίφθη παρανόμως η προσφορά της προσφεύγουσας ως μη πληρούσα τις τεχνικές προδιαγραφές της διακήρυξης ενώ αντιθέτως έγινε δεκτή ως μόνη παραδεκτή η προσφορά της ανταγωνίστριας εταιρείας.

3. Επειδή, για την άσκηση της υπόψη Προδικαστικής Προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016, ήτοι ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., ποσού 1.981,30 ευρώ.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 1.981,30 € 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, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η υπόψη Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, κατ'εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 361 παρ. 1 περ. (γ) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (γ) του Π.Δ. 39/2017, καθότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 12.04.2021, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες στο διαγωνισμό, και η υπόψη Προσφυγή ασκήθηκε στις 15.04.2021, ήτοι εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου 10ήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, από τον φάκελο της υπόθεσης πιθανολογείται ότι η υπόψη προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς και ότι η προσφεύγουσα με έννομο συμφέρον επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι εσφαλμένως απορρίφθηκε η προσφορά της με την αιτιολογία ότι : «η τεχνική προσφορά του Ο.Φ. φορέα δεν πληροί την προϋπόθεση της τεχνικής προδιαγραφής, ότι το προσφερόμενο είδος (σπόρος του φυσικού χλοοτάπητα) αποτελεί υβρίδιο Βερμούδας. Ειδικότερα, σύμφωνα με την βοτανική ταξινόμηση της γεωπονικής επιστήμης, “ως υβρίδιο, ορίζεται το φυτό το οποίο έχει προκύψει από την διασταύρωση δύο διαφορετικών ποικιλιών του ίδιου είδους και παρουσιάζει ανώτερα χαρακτηριστικά σε σχέση με τα φυτά από τα οποία προέρχεται”. Από τα προσκομιζόμενα έγγραφα αλλά και τις χορηγηθείσες διευκρινίσεις, προκύπτει ότι η προσφορά αφορά στο είδος με εμπορική ονομασία ..., το οποίο αποτελεί βελτιωμένη ποικιλία Βερμούδας (*Cynodon dactylon*), αλλά δεν συνιστά υβρίδιο σύμφωνα με τα ανωτέρω χαρακτηριστικά». Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι με την από 4/3/2021 απάντησή της προς την αναθέτουσα αρχή κατέστησε σαφές ότι η προσφορά της όχι μόνο πληροί την απαίτηση 1.3. του τεύχους τεχνικών προδιαγραφών αλλά μάλιστα την υπερκαλύπτει με τον προσφερθέντα φυσικό χλοοτάπητα. Η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η απαίτηση το προσφερόμενο είδος φυσικού χλοοτάπητα να αποτελεί υβρίδιο δεν ετίθετο επί ποινή αποκλεισμού στη Διακήρυξη. Τούτο συνάγεται από την απλή αντιπαραβολή του όρου 1.1. και του όρου 1.3 των τεχνικών προδιαγραφών, όπου στον όρο 1.1. οι απαιτήσεις τίθενται ως προδιαγραφές ρητώς απαιτούμενες «επί ποινή αποκλεισμού», φράση η οποία απουσιάζει από τον όρο 1.3. Εφόσον στον επίμαχο όρο 1.3., όπου απαντάται η αναφορά σε «υβρίδιο», δεν τίθεται επί ποινή αποκλεισμού (ή με άλλη παρεμφερή διατύπωση), δεν είναι νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς μας. Σε κάθε περίπτωση, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι, κατά το άρθρο 54 παρ. 3 περ. β' του ν. 4412/2016 – το οποίο εφαρμόζεται σε κάθε περίπτωση που στην οικεία

διακήρυξη δεν ορίζεται διαφορετικά - η παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές συνοδεύεται πάντα από τον όρο «ή ισοδύναμο», ενώ σύμφωνα με την παράγραφο 5 του ίδιου άρθρου 54, όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β' της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. Από τις διατάξεις αυτές, οι οποίες διέπουν τον εξεταζόμενο διαγωνισμό, συνάγεται, κατά την προσφεύγουσα εν προκειμένω, ότι δεν είναι νόμιμη η απόρριψη προσφοράς είδους – ήτοι σπόρου του φυσικού χλοοτάπητα που είναι ισοδύναμος με υβρίδιο Βερμούδας και πληροί κατά τρόπο ισοδύναμο όλες τις τεχνικές απαιτήσεις, αποδόσεις και χαρακτηριστικά που απαιτούνται κατά τις τεχνικές προδιαγραφές. Κατά την προσφεύγουσα, τις προϋποθέσεις αυτές πληροί το προσφερόμενο από εμάς είδος με εμπορική ονομασία ..., το οποίο αποτελεί βελτιωμένη ποικιλία Βερμούδας (*Cynodon dactylon*), παραθέτοντας αναλυτικά πως τούτο αιτιολογείται. Οι αιτιάσεις δε τούτες δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμες, σε κάθε περίπτωση, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας χρήζουν επισταμένης αξιολόγησης που δεν είναι δυνατόν να λάβει χώρα στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 46/2015, 41/2015, 20/2015), του επιληφθέντος Κλιμακίου της ΑΕΠΠ επιφυλασσόμενου να αποφανθεί περί τούτων με την οριστική απόφασή του επί των προσφυγών. Τούτο δε, διότι, απαιτείται προηγουμένως ενδελεχής μελέτη του συνόλου των εγγράφων της σύμβασης και των προσφορών καθώς επίσης και συνεκτίμηση των απόψεων και των πορισμάτων της επιστήμης και της νομολογίας.

8. Επειδή, η υπόψη Προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, δεδομένης και της φύσης της εξέτασης περί προσωρινών μέτρων, ως και του τυχόν αποτελέσματός τους, το οποίο εξαντλείται στον εντοπισμό πρόδηλου λόγου απαραδέκτου και ούτως, δεν επεκτείνεται σε ζητήματα που απαιτούν τέτοια ενδελεχή έρευνα και πάντως δεν είναι όλως προφανή, β) πιθανολογείται βλάβη της προσφεύγουσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και συγκεκριμένα από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς η διατήρηση της προσβαλλόμενης πράξης, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα επικαλείται αντίθεση της στον νόμο και τις αρχές της ίσης μεταχείρισης, διαφάνειας και τυπικότητας, θα οδηγήσει αναπόφευκτα σε αποκλεισμό της από τον διαγωνισμό γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και δ) από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος που προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη μη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της υπόψη διαδικασίας ανάθεσης.

9. Επειδή η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της αποσφράγισης και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι τυχόν ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμες τις μετέπειτα έτερες εκτελεστές πράξεις της αναθέτουσας αρχής, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος όλων των μερών. Η χορήγηση δε ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της Προσφυγής αυτής. Και τούτο διότι, μεσούσης

Αριθμός Απόφασης: Α 70 / 2021

της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προσβαλλόμενης, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας σε βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

10. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. ...Διακήρυξη του Δήμου ... τίτλο «Προμήθεια και τοποθέτηση υβριδικού χλοοτάπητα και υποδομών στο γήπεδο ...», μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 23 Απριλίου 2021 και εκδόθηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 26 Απριλίου 2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Νικόλαος Σαββίδης

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ Σοφιανός