

Αριθμός απόφασης: Α 74 / 2021

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 5 Μαΐου 2021, με την εξής σύνθεση:
Νικόλαος Σαββίδης Πρόεδρος και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 867/26-04-2021 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στη ...(...), νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά της ..., που στο πλαίσιο της κρινόμενης διαφοράς εδρεύει στα γραφεία της ..., στις ... (...), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με τη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 867/2021 προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί η με αριθμό ...(Πρακτικό ...) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της καθ' ης Περιφέρειας, με την οποία εγκρίθηκε το από 15-01-2021 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου «Κατασκευή γέφυρας κάτω ρου ποταμού ...» και αποφασίστηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της, εφόσον κριθεί απαραίτητη, μετά από γνωμοδότηση του αρμοδίου Τεχνικού Συμβουλίου και η κατακύρωση της σύμβασης στην Ένωση οικονομικών φορέων «...», για τους λόγους και με τους ειδικότερους ισχυρισμούς που διαλαμβάνονται στην προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: Α 74 / 2021

Με την ως άνω προσφυγή, επιπλέον, ζητείται και η αναστολή εκτέλεσης και ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ..., κατά το μέρος της με το οποίο αποφασίζεται η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, όπως προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης για την άσκηση της με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 867/2021 προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017.

2. Επειδή, η ως άνω προσφυγή, συναφώς και η εξέταση του κρινόμενου αιτήματος προσωρινής προστασίας, ανατέθηκαν στο επιληφθέν 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 26-04-2021 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

3. Επειδή, η .../ ...(στο εξής καλούμενος στην παρούσα «Περιφέρεια» ή «αναθέτουσα αρχή»), με την από μηνός Μαΐου 2020 διακήρυξή της κίνησε ανοιχτό, δημόσιο, ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την επιλογή αναδόχου κατασκευής του έργου: «Κατασκευή γέφυρας κάτω ρου ποταμού ...» με κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) και με εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης τα 11.112.903,23€ (πλέον Φ.Π.Α. 24%) (στο εξής «διαγωνισμός»). Μεταξύ των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν προσφορά στον διαγωνισμό ήταν και η προσφεύγουσα, η οποία με τη με αριθμό ...απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της καθ' ης Περιφέρειας αναδείχθηκε προσωρινή μειοδότη με έκπτωση 39,38% και υποβληθείσα οικονομική προσφορά 6.736.584,65€, χωρίς ΦΠΑ. Κατά της απόφασης αυτής δεν ασκήθηκε προσφυγή. Στις 16-11-

Αριθμός απόφασης: Α 74 / 2021

2020 η προσφεύγουσα κλήθηκε, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού να υποβάλει εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη δικαιολογητικά, τα οποία και υπέβαλε στις 26-11-2020 ηλεκτρονικά και στις 27-11-2020 σε φυσική μορφή εντός φακέλου. Με τη με αριθμό ... όμως η Οικονομική Επιτροπή της ... αποφάσισε την έγκριση του από 15-01-2021 πρακτικού της επιτροπής διαγωνισμού περί ελέγχου των επικαιροποιημένων δικαιολογητικών του προσωρινού μειοδότη του διαγωνισμού, την απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας για τον λόγο ότι «μετά από έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών, διαπιστώθηκε ότι ένα (1) εκ των δικαιολογητικών (υπ' αριθμ. πρωτ. ...Αποδεικτικό Ασφαλιστικής Ενημερότητας) που κατέθεσε ... δεν πληροί τους όρους και τις προϋποθέσεις συμμετοχής σύμφωνα με το άρθρο 23.3 (β) της εγκεκριμένης Διακήρυξης.», την κατάπτωση υπέρ της Αναθέτουσας Αρχής της υπ' αριθμ. ...Εγγυητικής Επιστολής Συμμετοχής της Τράπεζας Πειραιώς της προσφεύγουσας ποσού 222.258,07€, εφόσον αυτή κριθεί απαραίτητη μετά από γνωμοδότηση του αρμόδιου Τεχνικού Συμβουλίου και την κατακύρωση της σύμβασης στην Ένωση οικονομικών φορέων «...», με προσφερθείσα μέση έκπτωση τριάντα επτά και εβδομήντα επί τοις εκατό (37,70%) επί των τιμών του τιμολογίου και προϋπολογισμού των εγκεκριμένων τευχών δημοπράτησης του έργου αυτού και με συνολική δαπάνη μετά την έκπτωση οκτώ εκατομμύρια πεντακόσιες ογδόντα πέντε χιλιάδες εξακόσια δεκαεννιά Ευρώ και ενενήντα επτά λεπτά (8.585.619,97€), με το ΦΠΑ (24%) σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 105 και 106 του ν. 4412/2016. Κατά της απόφασης αυτής της Οικονομικής Επιτροπής της ... (στο εξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη») στρέφεται η προσφεύγουσα, για τους λόγους και με τους ειδικούς ισχυρισμούς που αναπτύσσονται στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 867/2021 προσφυγή της.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης και της νομικής φύσης της καθ' ης Περιφέρειας που τον διενεργεί, καθώς και του χρόνου εκκίνησης της

Αριθμός απόφασης: Α 74 / 2021

διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως και στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή και υποβάλλεται και το κρινόμενο αίτημα αναστολής είναι αρμόδια για την εξέτασή τους.

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

6. Επειδή, με την προσφυγή της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: α) Το υπ' αρ. 68969853 /21-7-2020 Αποδεικτικό Ενημερότητας για χρέη προς το Δημόσιο (Φορολογική Ενημερότητα) της Κοινοπραξίας ... με Α.Φ.Μ.:... πληροί τους όρους πληροί του νόμου, αλλά και των άρθρων 22^Α 2 και 23.3 β) της διακήρυξης, καθώς από τις διατυπώσεις αυτών δεν προκύπτει ότι απαιτείται ούτε συγκεκριμένη διάρκεια ισχύος της φορολογικής ενημερότητας, ούτε μνεία συγκεκριμένου σκοπού για τον οποίο έχει εκδοθεί αυτή, ούτε απαιτείται η συγκεκριμένη βεβαίωση να ισχύει για πάσης φύσης δραστηριότητα. β) Εσφαλμένως κρίθηκε ότι η μία (1) εκ των εξήντα ενός (61) προσκομισθεισών αποδεικτικών ασφαλιστικής ενημερότητας (η οποία αφορούσε ένα μεμονωμένο έργο που δεν είχε καν εκκινήσει προς εκτέλεση) είχε εκδοθεί την 27.08.2020 και ώρα 16.37 ενώ η προσφορά της είχε κατατεθεί την 27.08.2020 και ώρα 9.51, καθώς κατά την έννοια του άρθρου 23.2 της διακήρυξης ο προσφέρων οικονομικός φορέας πρέπει να αποδεικνύεται ότι είναι ασφαλιστικά ενήμερος κατά την ημέρα υποβολής προσφοράς και όχι στο δευτερόλεπτο υποβολής της και ότι κατά τις διατάξεις για την έκδοση των αποδεικτικών ασφαλιστικής ενημερότητας δεν προκύπτει ότι αυτές έχουν ισχύ «το επόμενο δευτερόλεπτο» μετά την έκδοσή τους, αλλά ισχύουν από την ημερομηνία έκδοσής τους, δηλαδή η ισχύς τους καλύπτει

Αριθμός απόφασης: Α 74 / 2021

πλήρως την ημέρα της έκδοσης, για όλη τη διάρκεια αυτής. Εξάλλου, από δημόσια έγγραφα, ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, αποδεικνύεται για το συγκεκριμένο έργο ότι δεν είχαν εκκινήσει οι εργασίες και δεν είχε υποβληθεί κανένας λογαριασμός έργου και ως εκ τούτου δεν ήταν δυνατόν να οφείλονται καν ασφαλιστικές εισφορές για το συγκεκριμένο έργο. Αν μάλιστα ζητούσε διευκρινίσεις, ως υποχρεούτο, η αναθέτουσα αρχή δυνάμει του άρθρου 102 παρ. 5 του Ν. 4412/2016, θα είχε λάβει τα σχετικά στοιχεία και δεν θα είχε αποκλείσει της προσφεύγουσα. γ) Η απόφαση για κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής είναι μη νόμιμη, διότι εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας, αφού δεν έχει προηγηθεί απόφαση του Τεχνικού Συμβουλίου, δεν στηρίζεται στις διατάξεις του άρθρου 72 παρ. 1 του ν. 4412/2016, αφού δεν υπάρχει ούτε έχει τεκμηριωθεί η χορήγηση ψευδών στοιχείων ή πληροφορίας. Σε κάθε περίπτωση κατά την προσφεύγουσα είναι και δυσανάλογη, όπως άλλωστε δυσανάλογη είναι κατ' αυτήν και όλη η προσβαλλόμενη απόφαση, καθώς με την ερμηνευτική εκδοχή που υιοθέτησε η αναθέτουσα αρχή κατέληξε στο αποτέλεσμα, ενώ έχουν αποδειχθεί πλήρως από προσκομισθέντα δημόσια έγγραφα και η φορολογική και η ασφαλιστική ενημερότητά της, ένεκα ανεπίτρεπτης εκ των υστέρων εκτιμήσεως των ζητημάτων απόδειξης των δημοσίων εγγράφων, να καταλήγει στο συμπέρασμα ότι δεν πληρούνται τα απαιτούμενα από τη διακήρυξη, ερμηνευτική εκδοχή που κατά την προσφεύγουσα υπερβαίνει τα ακραία όρια της διακριτικής ευχέρειας της διοίκησης, καθώς είναι σε προφανή ασυμφωνία με τον επιδιωκόμενο σκοπό της διενέργειας δημόσιου διαγωνισμού.

7. Επειδή, οι ως άνω ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δεν παρίστανται ούτε προδήλως απαράδεκτοι ούτε προδήλως αβάσιμοι. Σε κάθε περίπτωση 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

Αριθμός απόφασης: Α 74 / 2021

επί της προσφυγής. Τούτο δε, διότι, απαιτείται προηγουμένως ενδελεχής μελέτη του συνόλου των εγγράφων της σύμβασης και των δικαιολογητικών της προσφεύγουσας, καθώς επίσης και συνεκτίμηση των απόψεων και των πορισμάτων της επιστήμης και της νομολογίας.

8. Επειδή, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά ανωτέρω, δεν μπορεί να αποκλειστεί ζημία της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη απόφαση της καθ' ης Περιφέρειας, κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή εθνικού δικαίου, ως ιστορείται στην προσφυγή.

9. Επειδή, ειδικώς η τυχόν κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής της προσφεύγουσας θα επιφέρει σημαντική και δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, ακόμα και αν η προσφυγή της κριθεί βάσιμη και γίνει δεκτή, καθιστώντας αλυσιτελή κατά το μέρος αυτό την άσκησή της.

10. Επειδή, η ..., στις απόψεις της αντικρούει τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, δεν προβάλλει όμως κανέναν ισχυρισμό σχετικώς με το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην προσφυγή.

11. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας και συγκεκριμένα επιβάλλεται να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος με το οποίο αποφασίζεται η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 867/2021 προδικαστικής προσφυγής. Η αναστολή αυτή προς το σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν έχει αόριστη, αλλά βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και εκτείνεται εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία. Το μέτρο αυτό, σε κάθε περίπτωση, αίρεται αυτοδίκαια με την

Αριθμός απόφασης: Α 74 / 2021

έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής - προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στη με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 867/2021 προδικαστική προσφυγή.

Αναστέλλει, μέχρι την έκδοση απόφασης από την Α.Ε.Π.Π. επί της ως άνω προσφυγής την εκτέλεση της με αριθμό με αριθμό ...(Πρακτικό ...) απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της ..., που ελήφθη στο πλαίσιο του διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου κατασκευής του έργου «Κατασκευή γέφυρας κάτω ρου ποταμού ...», κατά το μέρος της με το οποίο αποφασίζεται η κατάπτωση της εγγυητικής επιστολής συμμετοχής της εταιρείας «...» στον διαγωνισμό.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 5 Μαΐου 2021, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 6 Μαΐου 2021.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Μιχαήλ Γ. Σοφιανός