

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της την 15-7-2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Μαρία Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 24-6-2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 770/25-6-2019 του οικονομικού φορέα «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενης, ως και

Την από 28-6-2019 παρέμβαση του οικονομικού φορέα «.....» και με το διακριτικό τίτλο «.....».

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων ζητά να αναγνωρισθεί ότι οι παρατιθέμενες από αυτόν στην εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή του τεχνικές προδιαγραφές ειδών αποτελούν «φωτογραφική» περιγραφή συγκεκριμένων προϊόντων, γεγονός που παραβιάζει τις Κατευθυντήριες Οδηγίες της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων και τις επιταγές τόσο του ενωσιακού όσο και του εθνικού Δικαίου, να αναγνωρισθεί, επιπλέον, ότι η ένταξη τέτοιων «φωτογραφικώς» περιγραφόμενων ειδών σε ευρύτερες ενιαίες ομάδες ειδών συνιστά περαιτέρω στρέβλωση του ανταγωνισμού και παραβίαση των αρχών

Αριθμός απόφασης: 813/2019

της ισότητας και της διαφάνειας, δεδομένου ότι με αυτόν τον τρόπο οι υποψήφιοι διαγωνιζόμενοι, που δεν είναι σε θέση να προσφέρουν τα συγκεκριμένα είδη, αποκλείονται συνολικά από το διαγωνισμό, να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αρ. 172/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής «.....», με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά του κατά το στάδιο ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς για την ανάθεση της σύμβασης «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΜΕΣΩΝ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ-ΕΘΕΛΟΝΤΙΚΟ ΠΥΡΟΣΒΑΣΤΙΚΟ ΚΛΙΜΑΚΙΟ ΔΕ ΦΕΡΩΝ-ΣΤΟΛΩΝ ΔΗΜΟΤΙΚΗΣ ΑΣΤΥΝΟΜΙΑΣ-ΕΙΔΗ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΓΙΑ ΔΡΑΣΕΙΣ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ, ΕΤΩΝ 2018-2019-2020», καθώς και το σχετικό Πρακτικό της Οικονομικής Επιτροπής τουκαι να επαναληφθεί ο διαγωνισμός, μετά την διόρθωση των αναφερόμενων πλημμελειών και παραλείψεων από το κείμενο της διακήρυξης, όπως αυτές αναφέρονται στην υποβληθείσα Αίτηση Θεραπείας της, ως και να εξεταστεί, τέλος, εάν οι αναφερόμενες πλημμέλειες του Διαγωνισμού εμπίπτουν στις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και ειδικότερα του άρθρου 41 (Προηγούμενη εμπλοκή υποψηφίων ή προσφερόντων) και/ή του άρθρου 57 (Λόγοι αποκλεισμού).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. διακήρυξη προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διαγωνισμός για την ανάθεση της ως άνω σύμβασης «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΜΕΣΩΝ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ-ΕΘΕΛΟΝΤΙΚΟ ΠΥΡΟΣΒΑΣΤΙΚΟ ΚΛΙΜΑΚΙΟ ΔΕ ΦΕΡΩΝ-ΣΤΟΛΩΝ ΔΗΜΟΤΙΚΗΣ ΑΣΤΥΝΟΜΙΑΣ-ΕΙΔΗ ΑΤΟΜΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΓΙΑ ΔΡΑΣΕΙΣ ΠΟΛΙΤΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ, ΕΤΩΝ 2018-2019-2020», συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 240.446,60€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής ανά τμήμα της προμήθειας. Η σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα και δη: ΤΜΗΜΑ Α-Προμήθεια μέσων ατομικής προστασίας εργαζομένων, ΤΜΗΜΑ Β-Ατομικός εξοπλισμός εθελοντικού πυροσβεστικού κλιμακίου Φερών, ΤΜΗΜΑ Γ-Στολές Δημοτικής Αστυνομίας, ΤΜΗΜΑ Δ-Είδη ατομικής προστασίας για δράσεις πολιτικής προστασίας. Κατά τον όρο 1.3. της διακήρυξης ο κάθε διαγωνιζόμενος έχει δικαίωμα να υποβάλει προσφορά είτε για το σύνολο της προμήθειας-για όλα τα τμήματα/είδη/ποσότητες και όλα

Αριθμός απόφασης: 813/2019

τα έτη των τμημάτων, είτε για ένα ή περισσότερα από τα τμήματά της, ωστόσο οφείλει να υποβάλει προσφορά για το σύνολο των επιμέρους ειδών/ποσοτήτων του κάθε τμήματος/τμημάτων και για όλα τα έτη του κάθε τμήματος/τμημάτων που συμμετέχει. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίσθηκε η 8-5-2019. Η εν λόγω διακήρυξη καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 28-3-2019 με ΑΔΑΜ και καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Συστημικό Αριθμό α/α Στον εν λόγω διαγωνισμό για το ΤΜΗΜΑ Α υπέβαλαν προσφορά συνολικά δύο (2) οικονομικοί φορείς, ήτοι η προσφεύγουσα «.....» και «.....». Σύμφωνα με το από 15-5-2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού, τούτη προέβη σε έλεγχο δικαιολογητικών συμμετοχής και προσφοράς, κατά τον οποίο διαπίστωσε για το ΤΜΗΜΑ Α ότι η προσφεύγουσα «.....» δεν υπέβαλε δείγματα για τα είδηση 5.5 παντελόνια με ειδική επένδυση για χορτοκοπτικό, 5.7 ζώνη μέσης δερμάτινη, 5.8 τζάκετ εργασίας τεχνικών δερμάτινες, 5.9 κουκούλα ηλεκτροσυγκολλητή και 5.10 παντελόνια ηλεκτροσυγκολλητή, ενώ έκανε αποδεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος «.....». Η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη υπ' αρ. 172/2019 απόφασή της ενέκρινε το εν λόγω Πρακτικό και για το ΤΜΗΜΑ Α απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος και έκανε δεκτή την προσφορά του παρεμβαίνοντος. Η σχετική αυτή απόφαση αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 14-6-2019.

1. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων βάλλει κατά της προαναφερθείσας υπ' αρ. 172/2019 απόφασης της αναθέτουσας αρχής, επικαλούμενος ότι, όπως προκύπτει από την ανωτέρω απόφαση, η Οικονομική Επιτροπή δεν φαίνεται να εξέτασε ή να έλαβε υπόψη της, ως όφειλε, το νομίμως υποβληθέν αίτημα θεραπείας της, που κατατέθηκε εμπρόθεσμα την 25-04-2019 μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ., και δια της οποίας έθεσε προς γνώση του καθού Δήμου κρίσιμα και αδιαμφισβήτητα στοιχεία, εκ των οποίων σαφώς προκύπτουν στη διακήρυξη του διαγωνισμού ζητήματα νομιμότητας, διαφάνειας και στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Αποτέλεσμα των αναφερομένων στην παραπάνω αίτησή της πλημμελειών του διαγωνισμού

Αριθμός απόφασης: 813/2019

υπήρξε η συνέχισή του με έναν μόνο οικονομικό φορέα για τα είδη που αναφέρει στην καταγγελία της και για τα οποία δεν κατατέθηκαν δείγματα από αυτήν. Συγκεκριμένα, με την ανωτέρω κατατεθείσα αίτηση θεραπείας της έθεσε, ως υποστηρίζει, υπόψη του καθού Δήμου τα εξής: «Όπως γνωρίζετε, σύμφωνα με την Κατευθυντήρια Οδηγία 2 (Απόφαση 231/2014) της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων με θέμα «σύνταξη διακηρύξεων και τευχών διαγωνισμού προς αποφυγή συνήθων πλημμελειών των όρων αυτών» και συγκεκριμένα στην παρ. II, στοιχείο Δ ρητά ορίζεται ότι «κατά βασική και ρητή επιταγή τόσο του ενωσιακού όσο και του εθνικού δικαίου, οι τεχνικές προδιαγραφές δεν επιτρέπεται να κάνουν μνεία συγκεκριμένης κατασκευής ή προέλευσης ή ιδιαίτερων μεθόδων κατασκευής, ούτε να κάνουν αναφορά σε σήμα, δίπλωμα ευρεσιτεχνίας ή τύπο καθώς και σε συγκεκριμένη καταγωγή ή παραγωγή, που θα είχε ως αποτέλεσμα να ευνοούνται ή να αποκλείονται ορισμένες επιχειρήσεις ή ορισμένα προϊόντα ("φωτογραφική περιγραφή")». Εντούτοις, στο παράρτημα I της ως άνω διακήρυξης και συγκεκριμένα στο κεφάλαιο Α αυτού, όπου περιγράφονται οι ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές των μέσων ατομικής προστασίας, εντοπίζεται πλήθος ειδών, των οποίων η περιγραφή των ζητούμενων χαρακτηριστικών παραβιάζει ευθέως τις ανωτέρω γενικές οδηγίες καθώς δεν «φωτογραφίζει» απλώς συγκεκριμένα εμπορικό είδη και επιχειρήσεις, αλλά τα τεχνικά χαρακτηριστικά έχουν ληφθεί κατά πιστή αντιγραφή (copy/paste) από την προωθητική περιγραφή των ειδών αυτών σε ιστοσελίδες διάθεσής τους στο διαδίκτυο! Συγκεκριμένα: τα τεχνικά χαρακτηριστικά του είδους «ΠΑΝΤΕΛΟΝΙΑ ΜΕ ΕΙΔΙΚΗ ΕΠΕΝΔΥΣΗ ΓΙΑ ΧΟΡΤΟΚΟΠΤΙΚΟ» εντοπίζονται αυτούσια στον ιστότοπο:Τα τεχνικά χαρακτηριστικά του είδους «ΖΩΝΗ ΜΕΣΗΣ ΔΕΡΜΑΤΙΝΗ» εντοπίζονται στον ιστότοπο:Τα τεχνικά χαρακτηριστικά του είδους «ΤΖΑΚΕΤ ΕΡΓΑΣΙΑΣ ΤΕΧΝΙΚΩΝ ΔΕΡΜΑΤΙΝΕΣ» εντοπίζονται αυτούσια στον ιστότοπο Τα τεχνικά χαρακτηριστικά του είδους «ΚΟΥΚΟΥΛΑ ΗΛΕΚΤΡΟΣΥΓΚΟΛΛΗΤΗ» εντοπίζονται αυτούσια στον ιστότοπο: Τα τεχνικά χαρακτηριστικά του είδους «ΠΑΝΤΕΛΟΝΙΑ ΗΛΕΚΤΡΟΣΥΓΚΟΛΛΗΤΗ» εντοπίζονται αυτούσια στον ιστότοπο: Είναι απολύτως προφανές ότι η παραπάνω περιγραφή των ζητούμενων τεχνικών προδιαγραφών των ανωτέρω ειδών περιορίζει κατά τρόπο απαράδεκτο και απαγορευτικό το εύρος των πιθανών διαγωνιζομένων προϊόντων και' κατ' επέκταση, το εύρος των πιθανών συμμετεχόντων στο διαγωνισμό επιχειρήσεων, με αποτέλεσμα όχι μόνο να παραβιάζονται οι παραπάνω ρητές οδηγίες της Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων, αλλά και να υφίσταται σαφής

Αριθμός απόφασης: 813/2019

στρέβλωση τόσο του ανταγωνισμού όσο και της διαφάνειας. Περαιτέρω, εντοπίζονται σε πολλά είδη Μέσων Ατομικής Προστασίας τεχνικές προδιαγραφές που, πέραν του φωτογραφικού τους χαρακτήρα, δεν προβλέπονται στη σχετική Κ.Υ.Α. περί προδιαγραφών Μ.Α.Π. για προμήθεια σε Ο.Τ.Α. και μάλιστα χωρίς να υφίσταται για τη διαφοροποίηση αυτή σχετική έκθεση του τεχνικού ασφαλείας του Δήμου σας ή του συντάξαντα τη μελέτη, που να απολογεί την παράβλεψη των προβλεπόμενων στην Κ.Υ.Α. προδιαγραφών ή που να αναφέρει τις ειδικές ανάγκες του Δήμου σας, που δικαιολογούν την παράβλεψη αυτή. Επιπλέον, τα ζητούμενα είδη Μέσων Ατομικής Προστασίας, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνονται και τα ανωτέρω «φωτογραφικώς» περιγραφόμενα, αποτελούν μία ενιαία ομάδα ειδών, με αποτέλεσμα οι υποψήφιοι διαγωνιζόμενοι, που δεν είναι σε θέση να προσφέρουν τα είδη αυτά, να αποκλείονται συνολικά από το διαγωνισμό, ήτοι να μη δικαιούνται να συμμετάσχουν ούτε για τα υπόλοιπα είδη, που δεν είναι «φωτογραφικώς» περιγραφόμενα. Ας σημειωθεί δε ότι κάποια από τα αναφερόμενα απολύτως περιοριστικό περιγραφέντα είδη έχουν πολύ μικρή έως μηδενική διαθεσιμότητα (λόγω π.χ. αποκλειστικής διανομής τους), με αποτέλεσμα να αποκλείεται από το διαγωνισμό σχεδόν το σύνολο του ανταγωνισμού και να ευνοείται συγκεκριμένη επιχείρηση, γεγονός που, πέραν του παράνομου χαρακτήρα του, είναι βέβαιο ότι βαίνει εις βάρος του ίδιου του αναθέτοντος φορέα, αφού δεν επιτρέπει την επίτευξη της συμφερότερης για αυτόν οικονομικής προσφοράς. Μάλιστα ως προς το βασικό αυτό σημείο θα έπρεπε να είχε γίνει σχετική έρευνα αγοράς από την Επιτροπή του Δήμου σας, κάτι που προφανώς παραλείφθηκε». Οι παραπάνω, κατά την προσφεύγουσα, βάσιμες, εύλογες και ευχερώς αποδεικνυόμενες αιτιάσεις της δεν ελήφθησαν υπόψη από την καθής αναθέτουσα αρχή, με αποτέλεσμα να συμβεί αυτό ακριβώς που προειδοποιούσε με την ανωτέρω αίτησή της, ως προβάλλει, ήτοι ως προς τα συγκεκριμένα είδη να αποκλειστούν όλοι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς, πλην ενός, που είχε κατ' αποκλειστικότητα τη δυνατότητα να προσφέρει δείγματα, γεγονός που αυτομάτως επάγεται στρέβλωση, για την ακρίβεια δε μηδενισμό του ανταγωνισμού και κατ' επέκταση παραβίαση των βασικών διοικητικών αρχών της ισότητας και της διαφάνειας. Περαιτέρω, το γεγονός ότι τα ανωτέρω σαφώς «φωτογραφικώς» περιγραφόμενα είδη δεν ζητούνται μεμονωμένα ούτε σχηματίζουν μόνο αυτά μία ομάδα ειδών, αλλά αποτελούν μέρος μίας ευρύτερης ομάδας ζητούμενων ειδών ατομικής προστασίας, επιτείνει ακόμη περισσότερο το ζήτημα του (μη) ανταγωνισμού και επαυξάνει το μέγεθος της στρέβλωσής του, καθώς, λόγω της αδυναμίας των

Αριθμός απόφασης: 813/2019

οικονομικών φορέων (πλην συγκεκριμένου ενός) να συμμετέχουν στα αναφερόμενα φωτογραφικώς περιγραφόμενα είδη, αυτοί αποκλείονται από το σύνολο της ευρύτερης ομάδας ειδών, γεγονός που συνεπάγεται ζημία τόσο για τους οικονομικούς φορείς (που στερούνται της δυνατότητας συμμετοχής τους στον διαγωνισμό για μεγάλο αριθμό ειδών, εξαιτίας της πρακτικής αδυναμίας συμμετοχής τους για ορισμένα μόνο από αυτά) όσο και για την αναθέτουσα αρχή, η οποία κατ' αυτόν τον τρόπο καταλήγει να συνεχίζει τον διαγωνισμό με μονοπωλιακούς όρους όχι μόνο για τα συγκεκριμένα ανωτέρω αναφερόμενα είδη, αλλά για το σύνολο της ομάδας, στην οποία αυτά συμμετέχουν.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το υπ' αρ.πρωτ. 19284/1-7-2019 έγγραφο απόψεών της προβάλλει ότι η προσφεύγουσα όφειλε να είχε ασκήσει προδικαστική προσφυγή και όχι αίτημα θεραπείας, ως έπραξε την 30-4-2019 ηλεκτρονικά μέσω ΕΣΗΔΗΣ.

3. Επειδή, ο οικονομικός φορέας «.....» με την από 28-6-2019 νομοτύπως και εμπροθέσμως κατόπιν της από 24-6-2019 κοινοποίησης της προσφυγής, παρέμβασή του, μετ' εννόμου συμφέροντος, αφού μόνον η προσφορά του έχει γίνει δεκτή για το ΤΜΗΜΑ Α και εύλογα προσδοκά να του ανατεθεί η σύμβαση γι' αυτό το τμήμα, επιδιώκει τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασης και την απόρριψη της εξεταζόμενης προδικαστικής προσφυγής, επικαλούμενος ότι με την κρινόμενη προσφυγή κατά της απόφασης 172/2019, η προσφεύγουσα βάλλει εκπρόθεσμα και αλυσιτελώς κατά της διακήρυξης και των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης και όχι κατά κάποιας πλημμέλειας της αποφάσεως που προσβάλλει. Θα έπρεπε να είχε ασκηθεί προσφυγή κατά των όρων και των προϋποθέσεων της διακήρυξης σε χρόνο προγενέστερο και σαφώς προσδιορισμένο ήδη κατά το χρόνο της συμμετοχής της προσφεύγουσας στο συγκεκριμένο διαγωνισμό. Η προσφυγή είναι προδήλως καταχρηστική και με εμφανή πρόθεση παράνομης παρέλκυσης της διαδικασίας, αφού η προσφεύγουσα προτίμησε αντί για προσφυγή κατά της διακήρυξης να συμμετάσχει με τους συγκεκριμένους όρους, που όψιμα θυμήθηκε να καταγγείλει όταν διαπίστωσε ότι απορρίφθηκε από τη διαδικασία, για λόγους όχι που αφορούν τη διακήρυξη, αλλά για λόγους που αφορούν το

Αριθμός απόφασης: 813/2019

προσφερόμενο προϊόν και τις προδιαγραφές του. Άλλωστε, η αντίδικος εταιρεία είχε τη δυνατότητα να προβεί στην εν λόγω ενέργεια, καθώς η διακήρυξη αναρτήθηκε στις 28/03/2019 και είχε καταληκτική ημερομηνία την 08/05/2019. Αντ' αυτού, μια τέτοια προσφυγή ή ένσταση κατά της διακήρυξης δεν έγινε και τώρα ασκείται παράνομα και αλυσιτελώς προσφυγή κατά της απόφασης για επικαλούμενες πλημμέλειες της διακήρυξης και όχι της απόφασης. Συνεπώς, το δικαίωμα της προσφυγής ασκείται εν προκειμένω αλυσιτελώς και κακόπιστα. Η προσβαλλόμενη απόφαση ουδεμία πλημμέλεια φέρει, η οποία να προσβάλλεται σε αυτό το στάδιο της διαδικασίας με την επίδικη προσφυγή. Ένα άλλο κρίσιμο στοιχείο, κατά την παρεμβαίνουσα, αποτελεί το γεγονός ότι η προσφυγή ασκείται με πρόθεση βλάβης της επιχείρησής της, η οποία εκτός του νομότυπου της προσφοράς της, έχει υποβληθεί και σε περαιτέρω έξοδα για την αγορά δειγμάτων, αξίας περίπου 500,00€, από τους κορυφαίους και μάλιστα εγνωσμένης αξίας προμηθευτές παγκοσμίως. Στην ενέργεια αυτή, για ανεύρεση δειγμάτων υψηλών προδιαγραφών, δεν προέβη η προσφεύγουσα εταιρία και οφείλεται αποκλειστικά και μόνο σε δική της υπαιτιότητα μη συμμόρφωσης με τις τεχνικές προδιαγραφές των υλικών του διαγωνισμού. Περαιτέρω, ο κύριος ισχυρισμός στην εν λόγω προσφυγή έχει να κάνει με επιχείρημα περί αποκλειστικότητας της επιχείρησης της παρεμβαίνουσας στη δυνατότητα προσφοράς δειγμάτων, γεγονός που δεν συνάδει με την πραγματικότητα, προεχόντως γιατί στο συγκεκριμένο διαγωνισμό συμμετείχαν και άλλες εταιρίες, άρα υπήρξε συναγωνισμός στις προσφορές και τα είδη, ενώ δε σε άλλα τμήματα του διαγωνισμού δεν υπήρξε προσφορά επειδή τα υλικά δεν μπορούσε να τα προσφέρει κάποιος από τους συμμετέχοντες. Άλλωστε, η προσφεύγουσα με την ίδια της την προσφυγή αναιρεί από μόνη της τον ανωτέρω ισχυρισμό της, καθώς εντελώς αντιφατικά από τη μια κάνει λόγο περί αποκλειστικότητας της επιχείρησης της παρεμβαίνουσας στην δυνατότητα προσφοράς δειγμάτων, ενώ από την άλλη αναφέρει ότι τα εν λόγω είδη βρίσκονται διαθέσιμα μέσω διαφόρων ιστοσελίδων στο διαδίκτυο και είναι ελεύθερα στην αγορά για τον καθένα. Η αντίφαση αυτή δικαιολογεί και την εκ των υστέρων προσφυγή της, όταν διαπίστωσε όψιμα και αφού ενημερώθηκε για τον αποκλεισμό της και ότι δεν μπορεί να προχωρήσει στο

Αριθμός απόφασης: 813/2019

επόμενο στάδιο του διαγωνισμού. Ειδικότερα, η προσφορά της αντιδίκου εταιρίας απορρίφθηκε διότι δεν κατέθεσε δείγματα για τα ακόλουθα είδη: α) Παντελόνια με ειδική επένδυση και χορτοκοπτικό, β) Ζώνη μέσης δερμάτινη, γ) Τζάκετ εργασίας τεχνικών δερμάτινες, δ) Κουκούλα ηλεκτροσυγκολλητή και ε) Παντελόνια ηλεκτροσυγκολλητή, τα οποία είναι είδη που διατίθενται από μεγάλες εταιρείες, όπως η, η, η κ.α., οι οποίες διαθέτουν εκτός από πολλά καταστήματα ανά την ελληνική επικράτεια και αντίστοιχες ιστοσελίδες και e-shop, από όπου μπορεί ο κάθε ενδιαφερόμενος να τα προμηθευτεί. Η προσφεύγουσα λοιπόν κατά τους ισχυρισμούς της είχε τη δυνατότητα να συμμετέχει με αυτά τα δείγματα, αλλά το κόστος προμήθειας ακόμη και των δειγμάτων αυτών λειτούργησε ανασταλτικά στη προσφορά της. Μάλιστα, η περιγραφή των ειδών αυτών στη διακήρυξη είναι απόλυτα σύννομη και ουδόλως παρακωλύει την ισότητα και τις αρχές του ανταγωνισμού μεταξύ των επιχειρήσεων. Αντιθέτως ενισχύει τον ανταγωνισμό και τον συναγωνισμό, αφού θέτει την ποιότητα σε πρώτη προτεραιότητα. Όλα τα ανωτέρω γεγονότα αναδεικνύουν την έλλειψη οποιασδήποτε αποκλειστικότητας της παρεμβαίνουσας, την οποία επικαλείται η αντίδικος με την προσφυγή της. Άλλωστε η παρεμβαίνουσα, ως δηλώνει, προμηθεύτηκε τα δικά της δείγματα από τις εν λόγω ιστοσελίδες, όπως θα μπορούσε να πράξει και η προσφεύγουσα. Τούτων δοθέντων, γίνεται αντιληπτό, κατά την παρεμβαίνουσα, ότι οποιαδήποτε αιτίαση περί αποκλεισμού όλων των άλλων οικονομικών φορέων λόγω αποκλειστικότητας της παρεμβαίνουσας στη δυνατότητα προσφοράς δειγμάτων ορισμένων ειδών δεν ανταποκρίνεται σε κανένα βάσιμο στοιχείο και μάλιστα με το επιχείρημα της ίδιας της προσφεύγουσας. Συνεπώς, ουδόλως υφίσταται στρέβλωση του ανταγωνισμού και παραβίαση των βασικών διοικητικών αρχών της ισότητας και της διαφάνειας. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, κατά τη παρεμβαίνουσα, ουδόλως ανταποκρίνονται στην πραγματικότητα και σε κάθε περίπτωση ασκούνται αλυσιτελώς εν προκειμένω, ενώ με κανένα απολύτως τρόπο δεν συνδέονται με γενικό αποκλεισμό από τον διαγωνισμό ομάδας υποψήφιων. Όπως τονίσθηκε και αποδεικνύεται όλοι οι συμμετέχοντες είχαν ακριβώς τις ίδιες δυνατότητες προσφοράς δειγμάτων και η παράλειψη κάποιας εταιρίας στην υποβολή δειγμάτων οφείλεται αποκλειστικά σε δική της

Αριθμός απόφασης: 813/2019

παράλειψη και ουδόλως σε κάποια αποκλειστικότητα που νοθεύει την ισότητα και τον ανταγωνισμό.

4. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 1.019,00€, δοθέντος ότι η προϋπολογισθείσα αξία του ΤΜΗΜΑΤΟΣ Α ανέρχεται σε 203.615,40 €.

5. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, 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.

6. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την 14-6-2019 και ο προσφεύγων άσκησε την εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή του την 24-6-2019.

7. Επειδή, το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα για την προσβολή της συγκεκριμένης πράξης καταρχήν στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι υπέβαλε προσφορά στον υπόψη διαγωνισμό, επομένως εύλογα προσδοκά να του ανατεθεί η σύμβαση.

8. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ. 39/2017 ορίζεται ότι: «1. Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου 4412/2016 και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 του ανωτέρω νόμου ενδίκων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 367 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Η ΑΕΠΠ αποφαινεται αιτιολογημένα επί της βασιμότητας των προβαλλόμενων πραγματικών και νομικών ισχυρισμών της προσφυγής και των ισχυρισμών της

Αριθμός απόφασης: 813/2019

αναθέτουσας αρχής και, σε περίπτωση παρέμβασης, των ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και δέχεται (εν όλω ή εν μέρει) ή απορρίπτει την προσφυγή με απόφασή της... 2. Επί αποδοχής προσφυγής κατά πράξης ακυρώνεται ολικώς ή μερικώς η προσβαλλόμενη πράξη, ενώ επί αποδοχής προσφυγής κατά παράλειψης, ακυρώνεται η παράλειψη και η υπόθεση αναπέμπεται στην αναθέτουσα αρχή για να προβεί αυτή στην οφειλόμενη ενέργεια ...» και η διάταξη αυτή επαναλαμβάνεται και στο άρθρο 18 του Π.Δ. 39/2017.

9. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

10. Επειδή, σύμφωνα με τον όρο 1.3. της διακήρυξης «Κάθε Προμηθευτής που συμμετέχει στο διαγωνισμό υποχρεούται επί ποινής αποκλεισμού να υποβάλλει δείγματα για το σύνολο των ειδών των ΤΜΗΜΑΤΩΝ Α-Β-Δ και για το τμήμα Γ δείγματα υφασμάτων για τα είδη (παντελόνια, πουλόβερ, φούστες παλτό, σακάκια, γραβάτες, μπουφάν, γιλέκα, φανέλες, ζώνες, τσαντάκια, αδιάβροχα), έως και μία ημέρα (7-5-2019) πριν από την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, με κατάθεση στο γραφείο πρωτοκόλλου του Δήμου και αναγράφοντας πάνω στο δέμα κατάθεσης τα στοιχεία του διαγωνισμού.».

11. Επειδή, οι λόγοι προδικαστικής προσφυγής που προβάλλει ο προσφεύγων, όπως αυτοί λεπτομερώς εκτέθηκαν στην σκ. 3 της παρούσας,

Αριθμός απόφασης: 813/2019

αφορούν στο σύνολό τους στη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης. Σύμφωνα, όμως, με τις γενικές αρχές του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και κατ' αναλογία με τα παγίως κριθέντα από τη νομολογία στο πλαίσιο εφαρμογής του ν. 3886/2010 (ΣΤΕ 219/2011, 884, 333, 140/2010, 11016/2009), που γίνεται δεκτό ότι ομοίως ισχύουν και για τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και δη για την άσκηση της προβλεφθείσας σε αυτές προδικαστικής προσφυγής, δια της οποίας επιδιώκεται η εξασφάλιση της παροχής δικαστικής προστασίας στο κατάλληλο εκάστοτε χρονικό σημείο, ώστε αφενός να διατάσσονται επικαίρως τα αναγκαία στη συγκεκριμένη περίπτωση μέτρα, προκειμένου να αποτρέπεται η δημιουργία καταστάσεων ικανών να βλάψουν τα έννομα συμφέροντα των διαγωνιζομένων, αφετέρου να μην παρακωλύεται, κατά τρόπο που υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο, η εξέλιξη της διαδικασίας του διαγωνισμού και η σύναψη της σύμβασης, με την αδικαιολόγητη παράταση της εκκρεμότητας σχετικά με τη νομιμότητα της διαδικασίας αυτής. Ειδικότερα, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι στις δημόσιες συμβάσεις ισχύει ο κανόνας της, κατά στάδια, προβολής των λόγων, ήτοι λόγοι που αφορούν σε προγενέστερο στάδιο δεν μπορούν να προβληθούν σε μεταγενέστερο, αλλά θα πρέπει να προβάλλονται επικαίρως (ΕΑ ΣΤΕ 207/2002, 295/2003, 602/2003, 884/2003, 69/2005, 1032/2005, 245/2011 κ.ά.). Η αρχή αυτή, της επίκαιρης και αυτοτελούς προσβολής των βλαπτικών πράξεων όλων των οργάνων του διαγωνισμού εντάσσεται στους αρνητικούς όρους του εννόμου συμφέροντος, αποκλείοντας τον παρεμπόπτοντα έλεγχο της νομιμότητας των λόγων αυτών με την ευκαιρία της προσβολής των μεταγενέστερων πράξεων ή παραλείψεων της διαγωνιστικής διαδικασίας με την προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 305/2011, 65/2012). Επιπροσθέτως και επί διακηρύξεων γίνεται δεκτό ότι εφόσον έχουν υποβληθεί οι προσφορές, προκειμένου να είναι παραδεκτή η προσβολή όρων της διακήρυξης θα πρέπει να έχει προηγηθεί η κατάθεση επιφύλαξης (ΕΑ ΣΤΕ 957/2003, 386/2005, 1122/2008), ο προσφεύγων οικονομικός φορέας, δια του νομίμου εκπροσώπου του, με την από 7-5-2019 κατατεθείσα στο ΕΣΗΔΗΣ Υπεύθυνη Δήλωσή του για το συγκεκριμένο διαγωνισμό, έχει αποδεχτεί ανεπιφυλάκτως του όρους της Διακήρυξης. Σημειωτέον ότι, μετά την κατάθεση στο ΕΣΗΔΗΣ στις 30-4-2019 από τον προσφεύγοντα της επικληθείσας από αυτόν αίτηση

Αριθμός απόφασης: 813/2019

θεραπείας του, που αφορούσε στους όρους του διαγωνισμού, ακολούθησε χρονικά και δη την 7-5-2019 η ανεπιφύλακτη εκ μέρους του αποδοχή των όρων της διακήρυξης, με την προαναφερθείσα Υπεύθυνη Δήλωσή του, πέραν βέβαια από το γεγονός ότι, εάν και εφόσον επιδίωκε την ακύρωση ή την τροποποίηση όρων της διακήρυξης, όφειλε να είχε ασκήσει προδικαστική προσφυγή. Ως εκ τούτου ανεπίκαιρα, απαράδεκτα και αλυσιτελώς αμφισβητεί η προσφεύγουσα εταιρία τη νομιμότητα όρων της Διακήρυξης με την ευκαιρία της προσβολής μεταγενέστερης βλαπτικής για τα συμφέροντά της πράξης της αναθέτουσας αρχής, ως εν προκειμένω, όπου ανεπικαίρως προβάλλονται στο παρόν στάδιο της τεχνικής αξιολόγησης λόγοι που κατ' ουσίαν στρέφονται και κατά της Διακήρυξης.

12. Επειδή, ορθά η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας εταιρίας εκ του λόγου ότι δεν υπέβαλε δείγματα για τα είδη 5.5 παντελόνια με ειδική επένδυση για χορτοκοπτικό, 5.7 ζώνη μέσης δερμάτινη, 5.8 τζάκετ εργασίας τεχνικών δερμάτινες, 5.9 κουκούλα ηλεκτροσυγκολλητή και 5.10 παντελόνια ηλεκτροσυγκολλητή, κατά παράβαση του τεθέντος, επί ποινή απαραδέκτου, σχετικού όρου της παρ. 1.3. της διακήρυξης, που απαιτούσε να υποβάλλει δείγματα για το σύνολο των ειδών έως και μία ημέρα (7-5-2019) πριν από την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού, με κατάθεση στο γραφείο πρωτοκόλλου του Δήμου και αναγράφοντας πάνω στο δέμα κατάθεσης τα στοιχεία του διαγωνισμού.

13. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η εξεταζόμενη προδικαστική προσφυγή κρίνεται απορριπτέα ως αβάσιμη, ενώ αντίθετα δεκτή ως βάσιμη κρίνεται η ασκηθείσα παρέμβαση.

14. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το καταβληθέν υπό στοιχεία παράβολο, ποσού 1.019,00€, πρέπει να καταπέσει.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Ορίζει την κατάπτωση του υπό στοιχεία παραβόλου.

Αριθμός απόφασης: 813/2019

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη την 15-7-2019 και εκδόθηκε την 29-7-2019.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΤΣΟΥΛΟΥΦΑ ΑΡΓΥΡΩ