

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 9 Απριλίου 2020, με την εξής σύνθεση:Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 31.3.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 390/31.3.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....», η οποία εδρεύει στο ....., νομίμως εκπροσωπούμενης

Κατά του ..... και δη κατά της με αριθμ. 174/2020 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του ως άνω ..... με θέμα την επικύρωση και αποδοχή του από 9/3/2020 εισηγητικού πρακτικού αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης, όπως τούτη η απόφαση εκδόθηκε στο πλαίσιο του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με αρ. πρωτ. .... Διακήρυξη του ..... για την επιλογή αναδόχου για την σύναψη σύμβασης για την «Προμήθεια Φρέσκου Παστεριωμένου Γάλακτος ως μέσο προστασίας δικαιούχων εργαζομένων του ..... & της Δημοτικής Βιβλιοθήκης - Πολιτιστικός Οργανισμός .....» προϋπολογισθείσας δαπάνης 660.564,10€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής ανά τμήμα (χαμηλότερη τιμή/λίτρο γάλακτος στο σύνολο εκάστου τμήματος).

Με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης της Οικονομικής

## Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2020

Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στη Προσφυγή της. Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Η εξέταση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 2.923,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό .....), δοθέντος ότι η προσφυγή ασκείται και για τα δύο τμήματα, Α και Β, του υπό προκήρυξη διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού 584.570,80€ άνευ ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. .... Διακήρυξη του ....., προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια Φρέσκου Παστεριωμένου Γάλακτος ως μέσο προστασίας δικαιούχων εργαζομένων του ..... και της Δημοτικής Βιβλιοθήκης - Πολιτιστικός Οργανισμός ....., προϋπολογισθείσας δαπάνης 660.564,10€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (και 584.570,80€ άνευ ΦΠΑ), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής ανά τμήμα (χαμηλότερη τιμή/ λίτρο γάλακτος στο σύνολο εκάστου τμήματος), η οποία διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 16.10.2019 με ΑΔΑΜ ..... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), στις 18.10.2019 όπου έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό ..... Ειδικότερα, αντικείμενο της οικείας σύμβασης είναι η προμήθεια Φρέσκου Παστεριωμένου Γάλακτος ως μέσο προστασίας δικαιούχων εργαζομένων του ..... & της Δημοτικής Βιβλιοθήκης - Πολιτιστικός Οργανισμός ....., η συνολική δαπάνη (Τμήμα Α' και Τμήμα Β') της υπό ανάθεση προμήθειας είναι πολυετής δέσμευση και ανέρχεται στα 660.564,10€ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α.

## **Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2020**

13%, κατανέμεται δε ως ακολούθως: ΤΜΗΜΑ Α': Προμήθεια φρέσκου παστεριωμένου γάλακτος ως μέσο προστασίας δικαιούχων εργαζομένων του ....., ως πολυετής δέσμευση που ανέρχεται στο ποσό των 646.167,90€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και ΤΜΗΜΑ Β': Προμήθεια Φρέσκου Παστεριωμένου Γάλακτος ως μέσο προστασίας δικαιούχων εργαζομένων της Δημοτικής Βιβλιοθήκης - Πολιτιστικός Οργανισμός ..... ομοίως ως πολυετής δέσμευση, που ανέρχεται στο ποσό των 14.396,20€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016) και του χρόνου αποστολής της προκήρυξης προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. (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) από τη προσφεύγουσα.

4. Επειδή, κατά 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

## Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2020

των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017. 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 την παρ. 1 (α) του άρθρου 4 του Π.Δ.39/2017, πιθανολογείται ότι έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στους συμμετέχοντες στις 23.3.2020, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής, η δε υπό κρίση Προσφυγή ασκήθηκε διά της αναρτήσεως της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 31.3.2020, ήτοι εντός της προβλεπόμενης κατά τις ως άνω διατάξεις δεκαήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, διά της ως άνω προσβαλλομένης απόφασης της αναθέτουσας αρχής και κατ' αποδοχήν του από 9.3.2020 3<sup>ου</sup> πρακτικού του αρμόδιου Γνωμοδοτικού Οργάνου/της Επιτροπής, ο ..... προέβη στην κατακύρωση της επίμαχης σύμβασης με τίτλο «Προμήθεια Φρέσκου Παστεριωμένου Γάλακτος ως μέσο προστασίας δικαιούχων εργαζομένων του ..... & της Δημοτικής Βιβλιοθήκης - Πολιτιστικός Οργανισμός .....», στον ήδη αναδειχθέντα προσωρινό ανάδοχο με την επωνυμία « .....», διότι η προσφορά του –σύμφωνα με τα διατυπωθέντα στην προσβαλλομένη απόφαση- είναι πλήρης, σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης, τις τεχνικές προδιαγραφές και προσέφερε τη χαμηλότερη τιμή ανά λίτρο γάλακτος, στο σύνολο εκάστου τμήματος, έναντι συνολικού ποσού 471.831,50€, συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13%.

7. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα με πρόδηλο έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλομένης, αφού συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό υποβάλλοντας νομίμως και παραδεκτώς τη προσφορά της, η οποία και έγινε αποδεκτή, κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών, κατετάγη δε δεύτερη στον

## Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2020

επίδικο διαγωνισμό, ισχυριζόμενη ότι υφίσταται εν προκειμένω ζημία από την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, αφού εσφαλμένως και παρανόμως, η τελευταία, αφενός, έκανε δεκτά τα προσκομισθέντα από τον αναδειχθέντα προσωρινό ανάδοχο δικαιολογητικά κατακύρωσης, αφετέρου, τον ανέδειξε ως οριστικό ανάδοχο της επίμαχης σύμβασης και για τα δύο Τμήματα του διαγωνισμού, κατά τα ειδικότερα αναφερθέντα στη προσφυγή της. Πιο συγκεκριμένα, υποστηρίζει η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο προσφυγής της ότι από τα υποβληθέντα δικαιολογητικά κατακύρωσης από τον συμμετέχοντα και αναδειχθέντα οριστικό ανάδοχο αγροτικό συνεταιρισμό « ....., προκύπτει ότι η ενημερότητα που έπρεπε επί ποινή αποκλεισμού να υποβληθεί με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, υπεβλήθη, αλλά μόνο για το έτος 2018 και όχι για το έτος 2019 που έπρεπε υποχρεωτικά να υπάρχει. Επομένως, κατά τη προσφεύγουσα, πρόκειται για προφανή έλλειψη δικαιολογητικού, μη δυνάμενο να υποβληθεί εκ των υστέρων και για πρώτη φορά και η προσφορά του .....« .....» θα πρέπει υποχρεωτικά να απορριφθεί από την αναθέτουσα αρχή λόγω μη υποβολής με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης ενημερότητας για το έτος 2019. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της ισχυρίζεται η προσφεύγουσα ότι στην προκειμένη περίπτωση, προς συμμόρφωση με τα ορισθέντα στο άρθρο 12.Γ της διακήρυξης αναφορικά με τις πράξεις επιβολής προστίμου από το ΣΕΠΕ η εταιρία « ..... - .....», υπέβαλε την σχετική υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της με ημερομηνία φυσικής υπογραφής 5/11/2019 και ψηφιακής υπογραφής 8/11/2019, στην οποία όμως, αντί με το περιεχόμενό της να δηλώνεται ότι δεν έχει υποπέσει σε αδικήματα του εργατικού δικαίου κατά την προβλεπόμενη από το νόμο και τη διακήρυξη χρονική περίοδο αναφέρει ότι δηλώνει: « ... σύμφωνα με το άρθρο 46.α. του άρθρου 43 του νόμου 4605/2019 «μέχρι να καταστεί εφικτή η έκδοση του πιστοποιητικού που προβλέπεται στην περίπτωση γ' της παραγράφου 2 του άρθρου 80 (του ν. 4412/16) αυτό αντικαθίσταται από υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα, χωρίς να απαιτείται επίσημη δήλωση του ΣΕΠΕ σχετικά με την έκδοση του πιστοποιητικού.». Δηλαδή, παραπονείται η προσφεύγουσα συναφώς, αντί να δηλώσει όπως ο νόμος και η διακήρυξη απαιτεί επί ποινή αποκλεισμού ότι δεν έχει διαπράξει παραβιάσεις του εργατικού δικαίου,

## Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2020

δηλώνει υπεύθυνα ότι χρειάζεται για το επίμαχο θέμα υπεύθυνη δήλωση. Επιπλέον η προσφεύγουσα προβάλλει διά της προσφυγής της άλλους τέσσερεις λόγους κατά της προσφοράς της καθ'ής συμμετέχουσας και ισχυρίζεται ότι για το σύνολο των ανωτέρω λόγων, οι οποίοι και αποτελούν αυτοτελείς λόγους απόρριψης των επί μέρους δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα προσκομισθέντα εν προκειμένω δικαιολογητικά δεν μπορούν να γίνουν δεκτά, διότι δεν χωρεί ούτε και προβλέπεται πλέον από το νόμο και τη διακήρυξη «διευκρινιστική υποβολή» των ορθών και ζητούμενων δικαιολογητικών εκ των υστέρων, και συνεπώς η προσφορά της εταιρίας «..... - .....» θα πρέπει υποχρεωτικά να απορριφθεί. Ενόψει των ανωτέρω, αιτείται η προσφεύγουσα όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη και γίνει μόνη αποδεκτή η προσφορά της, επί τω τέλει κατακύρωσης της σύμβασης στην ίδια, σωρεύοντας παράλληλα στη προσφυγή της αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων σύμφωνα με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

9. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν αξιολογηθεί οι προσφορές από την αναθέτουσα αρχή, έχει αναδειχθεί όχι μόνο ο προσωρινός ανάδοχος αλλά διά της προσβαλλομένης απόφασης εγκρίθηκε η οριστική κατακύρωση της υπό ανάθεση προμήθειας, επί τω τέλει της υπογραφής της υπόψη σύμβασης. Κατ' ακολουθίαν, στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, ουδεμία ανάγκη υφίσταται προς αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων της προσφεύγουσας, αφού δεν υφίστανται οι περιστάσεις εκείνες που να καθιστούν αλυσιτελή τυχόν αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής

## **Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2020**

Προσφυγής, οι οποίες και θα αιτιολογούσαν τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επέκεινα, τυχόν παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως εκδόθηκε και περαιτέρω έκρινε ως αποδεκτά τα προσκομισθέντα δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου, θα κριθεί με την οριστική απόφαση της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής. Συνεπώς, δεν προκύπτει άμεση βλάβη (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ 86/2018) της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι δεν υφίσταται, κατά τα προρρηθέντα, μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣΤΕ ΕΑ 86/2018, ΣΤΕ ΟΛ 12-15/2018, ΣΤΕ ΕΑ ΟΛ 146-148/2016, ΔΕφΑθ 26/2019) και την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού η ισχυριζόμενη ζημία της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο που ευρίσκεται η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, δεν δύναται να αποτραπεί με την αναστολή του διαγωνισμού και τον ορισμό προσωρινών μέτρων.

10. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, δεδομένου ότι αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017), ως προελέχθη ανωτέρω (σκ. 8), ενώ και κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου δεν υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα όσα έχουν γίνει δεκτά έως τώρα, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, δεν πληρούται η ratio της διάταξης του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 περί χορήγησης προσωρινών μέτρων για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, το υπό κρίση αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

**Για τους λόγους αυτούς**

**Αριθμός απόφασης: Α 120 / 2020**

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 9 Απριλίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης**

**Τζέιμου Ελ. Γιάννακα**