

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 28 Απριλίου 2020, με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και
Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που
σωρεύεται στην από 17.4.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο
του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή
Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 472/21.4.2020 Προδικαστική
Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «» και διακριτικό τίτλο «
.....», που εδρεύει στον Δήμο, επί της οδού, αρ.
....., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμουκαι ειδικότερα κατά της με αρ. 213/2020
απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής (15^η συνεδρίαση, από 9.4.2020) της ως
άνω αναθέτουσας αρχής, όπως τούτη η απόφαση εκδόθηκε στο πλαίσιο
ηλεκτρονικής, ανοικτής διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, άνω των
ορίων, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη
προσφορά βάσει τιμής με αντικείμενο την «Προμήθεια Μέσων Ατομικής
Προστασίας (ΜΑΠ) και Γάλακτος», εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας
876.774,24€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, της Α.Μ., και δη για την
Ομάδα Β [Προμήθεια γάλακτος].

Διά της προσφυγής της επιδιώκει η προσφεύγουσα όπως ακυρωθεί
η ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση, καθ' ο μέρος κάνει αποδεκτή τη
προσφορά της έτερης συμμετέχουσας εταιρείας «.....» κατά το
στάδιο του ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των
τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων. Ετέρωθεν, διά της προκείμενης

Αριθμός Απόφασης Α145 / 2020

προσφυγής ζητείται η αναστολή προόδου του διαγωνισμού και δη η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης, μέχρις εκδόσεως της οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,
σκέφτηκε κατά τον Νόμο.

1. Επειδή, ο Δήμος με τη με αριθμ. πρωτ. διακήρυξη του, προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με αντικείμενο την «Προμήθεια Μέσων Ατομικής Προστασίας (ΜΑΠ) και Γάλακτος», εκτιμώμενης αξίας 876.774,24€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, της με Αριθμ. Μελέτης, διαγωνισμός ο οποίος διεξάγεται ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) υπό το συστημικό αριθμό Η προκείμενη προς ανάθεση σύμβαση υποδιαιρείται στην ΟΜΑΔΑ Α - Προμήθεια Μέσων Ατομικής Προστασίας (ΜΑΠ), συνολικού προϋπολογισμού 254.186,61€ και περιλαμβάνει τα ΜΑΠ των δικαιούχων υπαλλήλων του Δήμου και των Ν.Π.Δ.Δ. και Σχολικής Επιτροπής του Δήμου και στην ΟΜΑΔΑ Β - Προμήθεια φρέσκου γάλακτος για τους δικαιούχους υπαλλήλους του Δήμου και των Ν.Π.Δ.Δ. και Σχολικών Επιτροπών, συνολικού προϋπολογισμού 622.587,63€. Η ως άνω προμήθεια γάλακτος αφορά χρονικό διάστημα τριάντα έξι (36) μηνών και πρόκειται για την προμήθεια 500.875 λίτρων γάλακτος αγελάδας φρέσκο πλήρες σε λιπαρά (3,55% με μέγιστη απόκλιση $\pm 0,5\%$) ή χαμηλής περιεκτικότητας σε λιπαρά (1,55% με μέγιστη απόκλιση $\pm 0,5\%$). Στον εν λόγω διαγωνισμό, σύμφωνα με τα διατυπωθέντα στην προσβαλλόμενη απόφαση και ειδικά για την Ομάδα Β, υποβλήθηκαν οι προσφορές των ακόλουθων εταιρειών, με την επωνυμία: 1) «», 2), 3) και 4) Δυνάμει δε της ως άνω προσβαλλομένης απόφασης [με αρ.

Αριθμός Απόφασης Α145 / 2020

213/2020 της Οικονομικής Επιτροπής (15^η συνεδρίαση, από 9.4.2020) του Δήμου] κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών και των προσκομισθέντων δειγμάτων γάλακτος, σύμφωνα ειδικότερα με το εγκριθέν Πρακτικό 1 της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, έγιναν αποδεκτές οι προσφορές της προσφεύγουσας και της εταιρείας και εν συνεχεία, σύμφωνα και με το εγκριθέν Πρακτικό 2 της Επιτροπής, αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η εταιρεία για την ομάδα Β «Προμήθεια Φρέσκου Γάλακτος» (πλήρες ή ελαφρύ) με την προσφερόμενη τιμή 0,78 λεπτών ανά λίτρο γάλακτος πλέον ΦΠΑ 13% διότι, η τιμή προσφοράς της είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Κατά δε της απόφασης τούτης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, στρέφεται η προσφεύγουσα με την από 17.4.2020 προδικαστική της προσφυγή, για τους σε αυτήν περιεχόμενους λόγους και κατά τα ειδικότερα αιτήματα της.

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (άρθρα 345 παρ. 1 και 6 παρ. 1 του Ν.4412/2016), του αντικειμένου της (προμήθεια) καθώς και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του Ν.4412/2016. Συνακόλουθα, ενόψει και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής δημοσίευσης της Προκήρυξης της σχετικής σύμβασης στην ΕΕΕΕ), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν.4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του ως άνω νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε ΑΕΠΠ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

3. Επειδή, από τα αναρτηθέντα στοιχεία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ προκύπτει ότι η κρινόμενη προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α' του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' του Π.Δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και

Αριθμός Απόφασης Α145 / 2020

δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 2.755,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, το οποίο αποτελεί και το αναλογούν ποσό παραβόλου για το τμήμα [Ομάδα Β] για το οποίο ασκείται η υπό κρίση προσφυγή. Δοθέντος δε ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στους συμμετέχοντες μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την 14.4.2020, η προσφεύγουσα εμπροθέσμως ασκεί την παρούσα προσφυγή την 17.4.2020, ήτοι εντός της κατά τις ως άνω διατάξεις δεκαήμερης (αποκλειστικής) προθεσμίας.

4. Επειδή, εξάλλου, η προσφεύγουσα που συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό, η προσφορά της οποίας έγινε αποδεκτή κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών για την ομάδα Β της επίμαχης σύμβασης, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ.39/2017, στρέφεται κατά της απόφασης της αναθέτουσας αρχής που έκανε ομοίως δεκτή τη προσφορά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας και μάλιστα ανέδειξε την τελευταία προσωρινή ανάδοχο. Και τούτο, διότι κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή, αποφασίσθηκε μη νόμιμα και κατά παράβαση της διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν, η αποδοχή της προσφοράς της ως άνω συμμετέχουσας εταιρείας, αιτείται εν προκειμένω η προσφεύγουσα την απόρριψη της (προσφοράς της ως άνω συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας) για την ανωτέρω ομάδα, επί τω τέλει κατακύρωσης στην ίδια, για τους λόγους που προβάλλει στη προσφυγή της.

5. Επειδή, πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι παρανόμως και κατά παραβίαση των όρων της οικείας διακήρυξης έγινε αποδεκτή η προσφορά της συμμετέχουσας εταιρείας με την επωνυμία, παρόλο που συντρέχουν βάσιμοι λόγοι αποκλεισμού της, καθώς δεν πληροί το σύνολο των θεσπισθέντων, επί ποινή αποκλεισμού, ουσιωδών όρων και κριτηρίων της διακήρυξης και συνεπώς, κατά την προσφεύγουσα, η

Αριθμός Απόφασης Α145 / 2020

αναθέτουσα αρχή έσφαλε κατά το μέρος που έκρινε, διά της προσβαλλομένης απόφασης της, ότι εν προκειμένω δεν υπήρχαν ελλείψεις στα προσκομισθέντα από την ως άνω συμμετέχουσα εταιρεία δικαιολογητικά συμμετοχής και της τεχνικής προσφοράς, κάνοντας δεκτή ακολούθως και την οικονομική της προσφορά και αποφασίζοντας εντέλει την ανάδειξή της ως προσωρινής αναδόχου για την ΟΜΑΔΑ Β της επίμαχης σύμβασης. Ισχυρίζεται ειδικότερα η προσφεύγουσα ότι η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία «» σύμφωνα με την υπ' αριθ. 489/17.12.2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, κηρύχθηκε έκπτωτη από την, απολύτως ομοίου περιεχομένου με την προκείμενη σύμβαση, σύμβαση του Δήμου (προμήθεια γάλακτος), για το λόγο ότι τα είδη που είχε παραδώσει δεν ήταν σύμφωνα με το κατατεθέν στο διαγωνισμό δείγμα, ενώ επιπροσθέτως δεν προέβη και στην προβλεπόμενη εντός πέντε (5) ημερών αντικατάστασή τους. Παράλληλα δε με την έκπτωση, επιβλήθηκε σε βάρος της και η κύρωση της ολικής κατάπτωσης της εγγύησης καλής εκτέλεσης της σύμβασης. Τα ανωτέρω, ωστόσο, παρέλειψε, παρανόμως, να δηλώσει στην αναθέτουσα αρχή, δοθέντος ότι στην αντίστοιχη ερώτηση του υποβληθέντος από την ως άνω εταιρεία ΕΕΕΣ έχει δώσει αρνητική απάντηση. Ειδικότερα, στο σχετικό πεδίο του ΕΕΕΣ (Μέρος ΙΙΙ, ενότητα Γ') όπου αναφέρονται τα ακόλουθα: «...Έχει υποστεί ο οικονομικός φορέας πρόωρη καταγγελία προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτοντα φορέα ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, ή επιβολή αποζημιώσεων ή άλλων παρόμοιων κυρώσεων σε σχέση με την εν λόγω προηγούμενη σύμβαση; Απάντηση: Όχι» Καθίσταται, συνεπώς, πρόδηλο, κατά τη προσφεύγουσα, ότι η προσφορά της εταιρίας «» έπρεπε να αποκλειστεί και για το λόγο ότι συντρέχει στο πρόσωπό της ο λόγος αποκλεισμού της περ. στ της παραγράφου 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, ο οποίος κατέστη υποχρεωτικός σύμφωνα με το άρθρο 7 της διακήρυξης, ήτοι η περίπτωση της σοβαρής ή επαναλαμβανόμενης πλημμέλειας κατά την εκτέλεση προηγούμενης σύμβασης, με αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις.

Αριθμός Απόφασης Α145 / 2020

6. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας ιδίως δε την αναστολή έκδοσης οριστικής κατακυρωτικής απόφασης και οποιαδήποτε άλλης ενέργειας κατατείνει στη σύναψη της προκείμενης σύμβασης, μέχρις εκδόσεως οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής της.

7. Επειδή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, η υπό εξέταση προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως απαράδεκτη, ούτε ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε περίπτωση περιέχει συγκεκριμένους λόγους που πρέπει να εξετασθούν. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσον επί του παραδεκτού της προσφυγής όσο και επί της ουσίας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας δεν είναι δυνατόν να συναχθεί στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9, 10, 20, 41, 46/2015), θα διαλαμβάνεται, ωστόσο, στην οριστική απόφαση της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

8. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, ήτοι της προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης (προσωρινού αναδόχου), ελέγχου αυτών και οριστικής κατακύρωσης για το επίμαχο τμήμα είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της κρίσης αποδοχής της προσφοράς της έτερης συμμετέχουσας και αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, οδηγώντας τοιοιτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, τα οποία δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας.

Αριθμός Απόφασης Α145 / 2020

9. Επειδή, εξάλλου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο, εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση οριστικής απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας αρχής από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι επόμενες της νυν προσαλλόμενης, πράξεις θα είναι άκυρες.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής - προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή.

Αναστέλλει την εκτέλεση ισχύος της με αρ. 213/2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, στο πλαίσιο ηλεκτρονικής, ανοικτής διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, άνω των ορίων, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής με αντικείμενο την «Προμήθεια Μέσων Ατομικής Προστασίας (ΜΑΠ) και Γάλακτος», προϋπολογισμού 876.774,24€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ, της Α.Μ., και ιδίως αναστέλλει την προσκόμιση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου για την Ομάδα Β [Προμήθεια γάλακτος], μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

Αριθμός Απόφασης Α145 / 2020

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 28 Απριλίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 30 Απριλίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Η Γραμματέας

Τζέιμου Ελ. Γιάννακα