

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 14 Μαΐου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 04.05.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 403 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου Πατρέων (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία επιδιώκει, όπως ακυρωθεί η με αρ. πρωτ. 295/20.04.2018 Απόφαση της 14^{ης} (έκτακτης) Συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής (ΑΔΑ: ΩΕΨΑΩΞΙ-ΡΣΠ), που ενέκρινε το, από 16.04.2018, Πρακτικό του Γνωμοδοτικού Οργάνου του υπόψη Διαγωνισμού, εκδοθείσα στο πλαίσιο του δημόσιου διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Προμήθεια Ειδών Ατομικής Προστασίας» (CPV: 18141000-9, 18424300-0, 18444100-4, 35121300-1, 18140000-2, 18816000-2, 34942000-2, 18800000-7) προϋπολογισμού €366.611,96 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) [Μελέτη υπ' αριθμ. 4/2017 με ΑΔΑΜ: 17PROC002254748 2017-11-16, Συστημικός αριθμός ΕΣΗΔΗΣ: 49970].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. 204877286958 07020055 , ποσού €1.850,00 αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία άσκησε την από 04.05.2018 Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/403, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, διεθνούς, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού €366.611,96 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα εταιρία προσβάλλει την ως άνω Απόφαση, καθόσον η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της επίμαχης προμήθειας και υπέβαλε τη με αριθμό 84634 Προσφορά στον

υπόψη Διαγωνισμό, έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής, στην οποία ενσωματώνει και το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, μέχρι την έκδοση οριστικής Απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής.

6. Επειδή ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβη, κατά το άρθρο 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, καθόσον με την προσβαλλόμενη Απόφαση - με την οποία έγινε δεκτή η με αριθμό 84634 ηλεκτρονικώς υποβληθείσα Προσφορά της - έγιναν επίσης δεκτές, κατά παράβαση του άρθρου 1.3. της υπ' αριθμ. 4/2017 Μελέτης, οι κάτωθι προσφορές: α) η με αριθμό 86451 Προσφορά της ατομικής επιχείρησης με την επωνυμία «...», β) η με αριθμό 84792 Προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «..» και γ) η με αριθμό 86238 Προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «..». Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται οι προαναφερόμενοι τρεις (3) οικονομικοί φορείς, θα έπρεπε να αποκλεισθούν από τη συνέχεια της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας (άνοιγμα οικονομικών προσφορών), δεδομένου ότι: α) υπέβαλαν προσφορά μόνο για ορισμένα είδη της Διακήρυξης, ενώ η ίδια, που συμμετείχε για το σύνολο των προς προμήθεια ειδών ατομικής προστασίας, είναι η μόνη εταιρία που προκρίθηκε στο επόμενο στάδιο της διαδικασίας, αποκλεισμένων των εταιριών «...» και «...», που επίσης είχαν υποβάλλει προσφορά για το σύνολο των ειδών και β) ορίζεται ρητά στη Διακήρυξη ότι, μόνο εάν δεν υπάρχει προσφορά για το σύνολο των ειδών, κριτήριο κατακύρωσης θα είναι η χαμηλότερη τιμή ανά είδος.

7. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, νόμιμα και παραδεκτά εισάγεται ενώπιον της Α.Ε.Π.Π, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1 και 15 του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: «Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Συνεπώς, η Απόφαση επί του αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεύει να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της Απόφασης επί αιτήματος αναστολής - λήψης προσωρινών μέτρων, είναι η διασφάλιση των (κατ' ελάχιστον) αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης, προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

9. Επειδή, στο άρθρο 18 «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), παράγραφος 1 του Ν. 4412/2016, ορίζεται ότι: «Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...]». (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.11.1999, Υπόθεση C-275/98, Unitron Scandinavia A/S, σκέψη 31· ΔΕΕ, Απόφαση της 7.12.2000, Υπόθεση C-324/98, Telaustria Verlags GmbH, σκέψη 61· ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, Stadt Wien, σκέψη 45).

10. Επειδή, στο άρθρο 1.3. της υπ' αριθμ. 4/2017 Μελέτης (σελ. 10-11) ορίζεται ότι: «[...] Προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο των ειδών προς προμήθεια ή για μέρος των ειδών αυτών [...] Η σύμβαση θα ανατεθεί με κριτήριο κατακύρωσης τη χαμηλότερη τιμή σε ευρώ στο σύνολο του προϋπολογισμού. Εάν δεν υπάρχει προσφορά με το σύνολο των ειδών, κριτήριο κατακύρωσης θα είναι η χαμηλότερη τιμή ανά είδος».

11. 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, ΣΤΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003), 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). 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 Construcrtion Ltd, σκέψεις 34 και 44· ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54).

12. Επειδή, την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων διέπει η αρχή του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, ο οποίος και μόνον αυτός, διασφαλίζει την προστασία των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, επιτρέποντας τη προμήθεια αγαθών, υπηρεσιών και έργων με τους βέλτιστους ποιοτικά και οικονομικά όρους. Η εν λόγω θεμελιώδης αρχή ισχύει, τόσο στο επίπεδο της αναθέτουσας αρχής, όσο και μεταξύ των συμμετεχόντων (σε δημόσιο διαγωνισμό) οικονομικών φορέων (ΔΕΕ, Απόφαση της 19.04.2012, C-549/10 Tomra Systems ASA, Tomra Europe AS κλπ κατά Ευρωπαϊκής Επιτροπής).

13. Επειδή, στο από 16.04.2018, Πρακτικό του Γνωμοδοτικού Οργάνου του υπόψη Διαγωνισμού (821/31.10.2017 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Πατρέων), που αφορά στο 1^ο στάδιο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας («Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά») αναφέρεται στη σελίδα 8 ότι: «[...] Έχοντας υπόψη: 1) [...] 2) [...] 3) [...] 4) [...] 5) Το κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού όπως αυτό περιγράφεται στο άρθρο 1.3. της Μελέτης βάσει του οποίου «Η σύμβαση θα ανατεθεί με κριτήριο

τη χαμηλότερη τιμή σε ευρώ στο σύνολο του προϋπολογισμού. Εάν δεν υπάρχει προσφορά με το σύνολο των ειδών, κριτήριο κατακύρωσης θα είναι η χαμηλότερη τιμή ανά είδος» σε συνδυασμό με την ανάπτυξη ανταγωνισμού με σκοπό τη διαφύλαξη του δημοσίου συμφέροντος, γνωμοδοτεί ομόφωνα: τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με τους οικονομικούς φορείς για τους οποίους διαπιστώθηκε η πληρότητα και συμφωνία των προσφορών τους με τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης, με κριτήριο κατακύρωσης της διαγωνισμού την χαμηλότερη τιμή ανά είδος, προκειμένου να υπάρξει ανάπτυξη ανταγωνισμού και σύγκριση με τον μοναδικό οικονομικό φορέα BRINX A.E. που γίνεται δεκτός για όλα τα είδη του προϋπολογισμού της μελέτης. 1.. [...] 2. [...] 3. [...] 4. [...]».

14. Επειδή, στην προσβαλλόμενη, με αρ. πρωτ. 295/20.04.2018 Απόφαση της αναθέτουσας αρχής (σελ. 11), αναφέρεται ότι: «[...] Εγκρίνει τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας με τους κάτωθι οικονομικούς φορείς για τους οποίους διαπιστώθηκε η πληρότητα και συμφωνία των προσφορών τους με τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης, με κριτήριο κατακύρωσης του διαγωνισμού τη χαμηλότερη τιμή ανά είδος, προκειμένου να υπάρξει ανάπτυξη ανταγωνισμού και σύγκριση με τον μοναδικό οικονομικό φορέα «BRINX A.E.» που γίνεται δεκτός για όλα τα είδη του προϋπολογισμού της μελέτης [...]».

15. Επειδή, η οικεία αναθέτουσα αρχή, δεν απέστειλε έγγραφο απόψεων επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, παρά το γεγονός ότι με την υπ' αριθμ. 522/7.05.2018 Πράξη του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου, ζητήθηκαν οι απόψεις της επί των κρινόμενων ζητημάτων.

16. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας, οι οποίοι πάντως δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι και απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία της προσβαλλόμενης πράξης, σε συνδυασμό με τις σχετικές διατάξεις της επίμαχης Διακήρυξης, υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας.

17. Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της Προδικαστικής Προσφυγής λόγω της προόδου της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που κριθεί με την Απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι η προσβαλλόμενη Απόφαση της αναθέτουσας αρχής είναι ακυρωτέα, γιατί παραβιάζει τις θεμελιώδεις ενωσιακές αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού.

18. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του - τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου - και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προσβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

19. Επειδή, η ανάγκη προμήθειας ειδών ατομικής προστασίας για τους εργαζόμενους με σχέση εργασίας δημοσίου και ιδιωτικού δικαίου του Δήμου Πατρέων, σύμφωνα με την υπ' αριθμ. 53361/2.10.2006 ΚΥΑ (ΦΕΚ Β'1503), όπως τροποποιήθηκε και ισχύει, μπορεί να συνιστά λόγο δημοσίου συμφέροντος για τη συνέχιση του υπόψη Διαγωνισμού. Λόγοι, όμως, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΣΤΕ ΕΑ 840/2008).

20. Επειδή, κατόπιν σταθμίσεως του δημοσίου συμφέροντος και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, πρέπει, για όλους τους ανωτέρω λόγους και ιδίως,

επειδή πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα (σκέψη 18), η οποία σκοπεύει στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων, να διαταχθεί η αναστολή της ισχύος της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, έως ότου δημοσιευθεί οριστική Απόφαση από την Α.Ε.Π.Π επί της εξεταζόμενης Προδικαστικής Προσφυγής.

21. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή της ισχύος της προσβαλλόμενης Απόφασης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας αρχής από την έκδοση οιασδήποτε Απόφασης, τη διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή/και τη ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης ενέργειας, καθόσον σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης Προσφυγής, όλες οι επόμενες (της νυν προσβαλλόμενης), πράξεις θα είναι άκυρες, μέχρι την έκδοση Απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής. Η αναστολή αυτή δε διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση Απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

22. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής - προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων.

Αναστέλλει την ισχύ της με αρ. πρωτ. 295/20.04.2018 Απόφασης της 14^{ης} (έκτακτης) Συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, που ενέκρινε το, από 16.04.2018, Πρακτικό του Γνωμοδοτικού Οργάνου του υπόψη Διαγωνισμού, εκδοθείσα στο πλαίσιο του δημόσιου διεθνούς ανοικτού ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με τίτλο: «Προμήθεια Ειδών Ατομικής Προστασίας» (Μελέτη υπ' αριθμ. 4/2017 με ΑΔΑΜ: 17PROC002254748 2017-

Αριθμός απόφασης: Α 220/2018

11-16), μέχρι την έκδοση Απόφασης επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 14 Μαΐου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Νεκτάριος Μερτινός