

Αριθμός απόφασης: Α 526 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 14 Νοεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αρ. 1714/2019 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1357/05-11-2019 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στο, επί της οδού, αρ. , όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «.....»).

Κατά του Δήμου, που εδρεύει στον, επί της συμβολής των οδών, αρ και(εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ» ή «Δήμος») και κατά της με αριθμό 108/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του (εφεξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη»), με την οποία, στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου μειοδοτικού διαγωνισμού, τον οποίο ο Δήμος διενεργεί για την «Προμήθεια τροφίμων και την προμήθεια γάλακτος για το εργατοτεχνικό προσωπικό του δήμου για τα έτη 2020 και 2021» (αρ. πρωτ. Διακήρυξης, α/α/ συστήματος ΕΣΗΔΗΣ), συνολικής δαπάνης 809.352,11€, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, κατά το μέρος που για την ομάδα Λ΄ της σύμβασης έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος της προμήθειας της επίμαχης ομάδας Λ΄ η εταιρεία αυτή, για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω Προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: Α 526 / 2019

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο Δήμος με την ως άνω αναφερόμενη διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με α/α ΕΣΗΔΗΣ για την ανάδειξη αναδόχου/ων της ως άνω αναφερόμενης προμήθειας. Η προκηρυχθείσα προμήθεια είχε χωριστεί σε 19 Τμήματα – Ομάδες, προσφορές δε μπορούσαν να υποβληθούν για μία, περισσότερες ή και όλες τις ομάδες. Ο συνολικός προϋπολογισμός της σύμβασης ορίστηκε στα 809.352,11€, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) ή το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό, στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά τιμή λιανικής πώλησης όπως αυτή προκύπτει από το εκδιδόμενο δελτίο πιστοποίησης τιμών του τμήματος Εμπορίου – Γεν. Δ/ση Ανάπτυξης – Περιφέρεια Μετά την υποβολή προσφορών, την αποσφράγισή τους και τον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των προσφερόντων, ο Δήμος, με την προσβαλλόμενη με αριθμό 108/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του (Απόσπασμα Πρακτικού της 35ης/16-10-2019 Συνεδρίασης της) αποφάσισε την έγκριση των Πρακτικών με αριθμό α) 1/30-09-2019 περί Αποσφράγισης Δικαιολογητικών Συμμετοχής – Τεχνικών Προσφορών και 2/07-10-2019 περί Αποσφράγισης Οικονομικών Προσφορών καθώς και Ανάδειξης Προσωρινού Μειοδότη του επίμαχου διαγωνισμού και, σε σχέση με την ομάδα Λ΄ της προκηρυχθείσας προμήθειας, απέρριψε την προσφορά της, ενώ έκανε δεκτές τις προσφορές της προσφεύγουσας και της εταιρείας «.....» και ανακήρυξε τη δεύτερη, προσωρινή ανάδοχο της επίμαχης ομάδας της σύμβασης, επειδή είχε υποβάλει την πλέον συμφέρουσα προσφορά. Κατά της απόφασης αυτής, κατά το μέρος που δεν απέρριψε την προσφορά της εταιρείαςκαι δεν απέκλεισε την εταιρεία αυτή από την επίμαχη ομάδα του διαγωνισμού

Αριθμός απόφασης: Α 526 / 2019

(Ομάδα Λ'), άσκησε η προσφεύγουσα την υπό εξέταση προδικαστική της προσφυγή.

2. Επειδή, με την ως άνω προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. με το από 05-11-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, πλέον του αιτήματός της να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

3. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 634,52€, σύμφωνα με τις συνδυασμένες διατάξεις των παρ. 1 και 2 των άρθρων 363 του ν. 4412/2016 και 5 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η εκτιμώμενη αξία του τμήματος για το οποίο ασκείται η προσφυγή (Ομάδα Λ') της σύμβασης ανέρχεται σε ποσό προ ΦΠΑ 126.904,80€.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, είναι και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 23-10-2019 και η προσφυγή ασκήθηκε την 04-11-2019, δηλαδή την πρώτη εργάσιμη ημέρα μετά το πέρας της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας, που έληγε ημέρα Σάββατο.

5. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016) που ανέρχεται σε προ ΦΠΑ ποσό 710.343,85€, του αντικειμένου της (προμήθεια), της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί και της νομικής της φύσης, ως Οργανισμού Τοπικής Αυτοδιοίκησης Α' Βαθμού (μη κεντρική κυβερνητική

Αριθμός απόφασης: Α 526 / 2019

αρχή), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής της οικείας προκήρυξης της σύμβασης στην επίσημη εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης η 21-06-2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή έχει τροποποιηθεί και ισχύει, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6. Επειδή, στην υπό εξέταση προσφυγή της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι συμμετείχε στο διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά για το επίμαχο τμήμα της σύμβασης (Ομάδα Λ'), η οποία μάλιστα έγινε αποδεκτή και κατατάχθηκε δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας, συνεπώς μετά τον αποκλεισμό της πρώτης στην πιο σειρά θα πρέπει αυτή να ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος στην επίμαχη ομάδα του διαγωνισμού. Κατά συνέπεια, ισχυρίζεται ότι με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει κατά της προσφοράς της εταιρείας με την επωνυμία «.....», η οποία με την προσβαλλόμενη απόφαση του Δήμου μη νόμιμα ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος. Συγκεκριμένα, προβάλει τα εξής: Κατά πρώτον, ότι κατά παράβαση των όρων 2.2.3.4 (θ) της διακήρυξης, στο ΕΕΕς που η καθ' ης εταιρεία υπέβαλε, μολονότι στο σχετικό ερώτημα αν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα απάντησε καταφατικά, δηλώνοντας σχετικά τη με αριθμό 668/2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού με την οποία της είχε επιβληθεί πρόστιμο, λόγω προηγούμενης συμμετοχής της σε συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού. Ωστόσο, για τις συμφωνίες στρέβλωσης ανταγωνισμού, προβλέπεται ειδικός αυτοτελής όρος στην διακήρυξη (2.2.3.4 γ') και άλλο πεδίο με σχετικό ειδικό ερώτημα στο ΕΕΕΣ που πρέπει να απαντηθεί, στο οποίο όμως η καθ' ης εταιρεία απάντησε αρνητικά. Επιπλέον, καίτοι συντρέχει ο οικείος λόγος αποκλεισμού στο πρόσωπο της καθ' ης

Αριθμός απόφασης: Α 526 / 2019

εταιρείας μη νόμιμα έγινε δεκτή η προσφορά της, διότι ούτε η διακοπή της συνεργασίας της με την εταιρεία με την οποία είχαν συνάψει συμφωνίες στρέβλωσης του ανταγωνισμού κατά τη με αριθμό 668/2018 απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού, συνιστά επαρκές μέτρο αυτοκάθαρσης, κατά την έννοια του άρθρου 73 παρ. 7 του ν. 4412/2016, ούτε ζητήθηκε και ελήφθη από την αρμόδια κατά νόμο επιτροπή του άρθρου 73 παρ. 9 του ν. 4412/2016 η σύμφωνη γνώμη της ότι με τα επανορθωτικά μέτρα που επικαλείται η καθ' ης εταιρεία ότι έλαβε αποδεικνύεται ότι αποκατέστησε την αξιοπιστία της, κατά τα οριζόμενα στην παρ. 7 του άρθρου 73 του ίδιου νόμου. Η καθ' ης εταιρεία, τέλος, παρά τα ανωτέρω, υπέβαλε και υπεύθυνη δήλωση στην οποία δηλώνει ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό της οι προβλεπόμενοι στο άρθρο 2.2.3 της διακήρυξης λόγοι αποκλεισμού, δήλωση, που ως ψευδής, συνιστά αυτοτελή λόγο αποκλεισμού (όρος 2.2.3.4 ζ' της διακήρυξης)..

7. Επειδή, με το με αριθμό πρωτ. 24264/13-11-2019 έγγραφο της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, η αναθέτουσα αρχή παραθέτει τις απόψεις της, αντικρούοντας επί της ουσίας τους λόγους της προσφυγής, δεν προβάλλει όμως κανέναν ισχυρισμό επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας που σωρεύεται στην υπό εξέταση προσφυγή, ούτε επικαλείται λόγους δημοσίου συμφέροντος για την χωρίς καθυστέρηση πρόοδο του διαγωνισμού.

8. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω πιθανολογείται ότι οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας δεν είναι ούτε προδήλως अपαράδεκτοι ούτε προδήλως αβάσιμοι. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσον επί του παραδεκτού όσο και επί της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9, 10, 20, 41, 46/2015), διότι απαιτείται ενδελεχής έρευνα στα έγγραφα των προσφορών των διαγωνιζομένων και τους όρους της διακήρυξης, θα διαληφθεί όμως στην απόφαση του επιληφθέντος Κλιμακίου της ΑΕΠΠ επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 526 / 2019

9. Επειδή, κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο μετά την έγκριση των τεχνικών και οικονομικών προσφορών.

10. Επειδή, ενόψει όσων γίνονται δεκτά στη σκέψη 8 της παρούσας, δεν μπορεί να αποκλειστεί ζημία της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

11. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής, αλλά ακόμη και του οικονομικού φορέα, ο οποίος έχει ήδη ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος από την πρόοδο του διαγωνισμού, με την υποβολή και αξιολόγηση των δικαιολογητικών είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της κρίσης επί της αξιολόγησης της τεχνικής και οικονομικής προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω. Τυχόν ακύρωση, μάλιστα, της προσβαλλόμενης θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη και την τυχόν εκδοθησόμενη πράξη έγκρισης πρακτικού αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου για την επίμαχη ομάδα, εκτός των τυχόν άλλων πλημμελειών αυτής της πράξης, ένεκα των οποίων θα μπορούσε να προσβληθεί, στα πλαίσια της καθιερούμενης στο βιβλίο IV του ν. 4412/2016 διαδικασίας παροχής έννομης προστασίας, οδηγώντας τοιουτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών και υποχρεώνοντας την αναθέτουσα αρχή να ακυρώνει πράξεις, με συνέπεια περαιτέρω χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Οι παραπάνω κίνδυνοι, ωστόσο, δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1714/2019 Πράξης του Προέδρου του επιληφθέντος Κλιμακίου για την 13η-12ου-2019, η όποια επίπτωση από την αναστολή προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή ή στον προσωρινό ανάδοχο της σύμβασης. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού

Αριθμός απόφασης: Α 526 / 2019

μέτρου θα εξασφαλίσει, κατά τα ως άνω, τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο έχει αυτεπάγγελη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

12. Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η διαδικασία και να ανασταλεί η υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου της σύμβασης και, αν αυτά έχουν υποβληθεί, η αναθέτουσα αρχή να μην προβεί στην αποσφράγιση και αξιολόγησή τους. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 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.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία, 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 εξέταση προδικαστική προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του με α/α ΕΣΗΔΗΣ ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου μειοδοτικού διαγωνισμού, τον οποίο ο Δήμοςδιενεργεί για την «Προμήθεια τροφίμων και την προμήθεια γάλακτος

Αριθμός απόφασης: Α 526 / 2019

για το εργατοτεχνικό προσωπικό του δήμου για τα έτη 2020 και 2021» (αρ. πρωτ. Διακήρυξης, συνολικής δαπάνης 809.352,11€, συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ και μόνον για την ομάδα Λ΄ της σύμβασης και ιδίως αναστέλλει την υποβολή και, αν έχουν υποβληθεί, την αποσφράγιση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου της σύμβασης, μέχρις εκδόσεως απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 14 Νοεμβρίου, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο την 15^η Νοεμβρίου 2019.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Γιάννακα