

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 11 Δεκεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αρ. 1870/2019 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1491/05-12-2019 Προδικαστική Προσφυγή της η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «.....»)

Κατά της Περιφέρειας/Περιφερειακή Ενότητα, που εδρεύει στο Διοικητήριο, όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «αναθέτουσα αρχή» ή «Περιφέρεια») και κατά της Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της με αριθμό 1010-48/20-11-2019 (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη»), με την οποία κατ' έγκριση του 2ου Πρακτικού Ελέγχου Δικαιολογητικών της επιτροπής του διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου του έργου «ΑΝΑΚΑΙΝΙΣΗ ΚΤΗΡΙΟΥ ΓΗΡΟΚΟΜΕΙΟΥ» αποφασίστηκε η οριστική κατακύρωσή του στον οικονομικό φορέα

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Αριθμός Απόφασης Α 570 / 2019

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η Περιφέρεια / Περιφερειακή Ενότητα, με τη με αριθμό Οικ διακήρυξη, την οποία στις 20-08-2019 ανήρτησε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.), προκήρυξε τον επίμαχο διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά με βάση την τιμή. Ο διαγωνισμός, εκτιμώμενης αξίας 214.516,13€ πλέον ΦΠΑ, διενεργείται ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), με συστημικό αριθμό Σε αυτόν υπέβαλαν προσφορά επτά οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα «.....», που κατετάγη δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας και ο φορέας που κατετάγη πρώτος μειοδότης και με την 890-42/9-10-2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της Περιφέρειας ο ως άνω πρώτος μειοδότης φορέας ανακηρύχθηκε προσωρινός ανάδοχος του έργου. Ακολούθως, με το με αρ. πρωτ. Οικ 91728/16904/22-10-2019 έγγραφο της Δ/σης Τεχνικών Έργων της Περιφέρειας ο προσωρινός ανάδοχος κλήθηκε εντός 10 ημερών να προσκομίσει όλα τα δικαιολογητικά όπως ορίζονται στο άρθρο 80 του Ν. 4412/2016 και στα άρθρα 23.2-23.10 της διακήρυξης, τα οποία η επιτροπή του διαγωνισμού διαπίστωσε ότι κατέθεσε ηλεκτρονικά την 1-11-2019 μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και σε έντυπη μορφή με την με αρ. πρωτ. 96645/17682/6-11-2019 αίτησή του. Μετά τον έλεγχο τους, η ίδια επιτροπή συνέταξε το 2^ο πρακτικό της, σύμφωνα με το οποίο τα στοιχεία που δηλώθηκαν είναι ακριβή, και εισηγήθηκε την ανάθεση της σύμβασης στον ως άνω πρώτο μειοδότη οικονομικό φορέα. Μετά ταύτα, συνήλθε η Οικονομική Επιτροπή της Περιφέρειας και με τη με αριθμό 1010-48/20-11-2019 προσβαλλόμενη απόφασή της, κατ' έγκριση του 2ου ως άνω Πρακτικού Ελέγχου Δικαιολογητικών της επιτροπής του διαγωνισμού, αποφάσισε την οριστική κατακύρωσή του έργου «ΑΝΑΚΑΙΝΙΣΗ

Αριθμός Απόφασης Α 570 / 2019

ΚΤΗΡΙΟΥ ΓΗΡΟΚΟΜΕΙΟΥ» στον οικονομικό φορέα, με προσφερόμενη μέση τεκμαρτή έκπτωση 43,01% (σαράντα τρία και ένα εκατοστό επί τοις εκατό), και συνολικό ποσό προσφοράς 122.389,87€ (χωρίς Φ.Π.Α.). Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης της Περιφέρειας επί τω τέλει ακύρωσής της άσκησε η προσφεύγουσα την υπό εξέταση προδικαστική της προσφυγή.

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (έργο), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ (214.516,13€), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής ως ΟΤΑ δευτέρου βαθμού που δεν ανήκει στην Κεντρική Κυβέρνηση, δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, εν όψει και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ στις 20-08-2019), 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 νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν.

3. Επειδή, από τα αναρτημένα στοιχεία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α), προκύπτει ότι η υπό εξέταση προδικαστική 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 δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 1.075,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, το οποίο μάλιστα υπερβαίνει το προβλεπόμενο αναλογικό ύψος επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης κατά το ποσό των 2,42€, το οποίο (υπερβάλλον ποσό) και καταβλήθηκε αχρεώστητα.

Αριθμός Απόφασης Α 570 / 2019

4. Επειδή, η προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, δεδομένου ότι η προσφορά της στο διαγωνισμό έχει γίνει τυπικά δεκτή και κατετάγη δεύτερη στη σειρά μειοδοσίας, βάλλει κατά της συμμετοχής του πρώτου μειοδότη. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι ο πρώτος μειοδότης οικονομικός φορέας παρέλειψε να προσκομίσει την προβλεπόμενη στο άρθρο 23.3 της διακήρυξης υπεύθυνη δήλωση ότι δεν έχει εκδοθεί δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ για την αθέτηση των υποχρεώσεών του όσον αφορά στην καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης. Κατά συνέπεια, διατείνεται η προσφεύγουσα, μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή κατακύρωσε σε αυτόν τη σύμβαση, ενώ αντίθετα, σύμφωνα με το νόμο και τη διακήρυξη όφειλε άνευ ετέρου να τον αποκλείσει. Επιπλέον, και προκειμένου να αποτραπεί ζημία των συμφερόντων της, η προσφεύγουσα αιτείται και να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής και η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και η υπογραφή της σχετικής σύμβασης, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

5. Επειδή, εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει αποστείλει έως σήμερα τις απόψεις της.

6. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου της Αρχής, η υπό εξέταση προσφυγή δεν πιθανολογείται προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη, σε κάθε περίπτωση περιέχει συγκεκριμένους λόγους για τις πλημμέλειες των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, στα οποία πράγματι σύμφωνα με τους όρους του άρθρου 23.3 της διακήρυξης θα έπρεπε να περιέχεται η επίμαχη υπεύθυνη δήλωση. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσο επί του παραδεκτού της προσφυγής όσο και επί της ουσίας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας δεν είναι δυνατόν να συναχθεί στα στενά χρονικά πλαίσια

Αριθμός Απόφασης Α 570 / 2019

εντός των οποίων το Κλιμάκιο καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, θα διαλάβει, όμως, κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

7. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του ν. 4412/2016 και 15 του π.δ. 39/2017, η Α.Ε.Π.Π. με απόφασή της μπορεί να διατάσσει προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, κατά τρόπο, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, περίπτωση, όμως που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο, διότι ο διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου. Δεν υπάρχει, επομένως, επόμενο στάδιο, καθώς μετά την οριστική κατακύρωση της σύμβασης, απομένει η εγκριτική απόφαση του σταδίου αυτού να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 105 του ν. 4412/2016 και να υπογραφεί η υπό ανάθεση σύμβαση. Δοθέντος ότι ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη, σύμφωνα με τα άρθρα 364 και 368 του ν. 4412/2016 και 6 του π.δ. 39/2017. Κατά συνέπεια, στο παρόν στάδιο δεν υφίσταται βλάβη η προσφεύγουσα, ούτε πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας ούτε επικείμενο κίνδυνο διατρέχει ούτε ζημία υφίσταται. Η από την προσβαλλόμενη πράξη του αναθέτοντος φορέα επικαλούμενη ζημία της, εξάλλου, δεν μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της. Συνακόλουθα, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων λόγω της προόδου του διαγωνισμού, το

Αριθμός Απόφασης Α 570 / 2019

υπό εξέταση αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας θα πρέπει να απορριφθεί.

8. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, με τη ρητή επισήμανση ότι δεν αίρεται η απαγόρευση σύναψης της υπό ανάθεσης σύμβασης, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής, κατά τις διατάξεις των άρθρων 364 και 368 του ν. 4412/2106 και του άρθρου 6 του π.δ. 39/2017, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

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

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 11 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 12 Δεκεμβρίου 2019.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Γιάννακα