

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 24.02.2020 με την εξής σύνθεση: Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου – Εισηγήτρια και Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην από 14.02.2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/174/14.02.2020 του οικονομικού φορέα «.....».

Κατά του Δήμου και της υπ' αριθ. /04.02.2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου περί εγκρίσεως του Πρακτικού αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. /2019 Διακήρυξη με αντικείμενο τις ετήσιες πολιτιστικές εκδηλώσεις του Δήμου.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αριθμ. /04.02.2020 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της κατά το στάδιο ελέγχου των υποβληθέντων δικαιολογητικών συμμετοχής και δη λόγω πλημμέλειας της προσκομισθείσας εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Με το

αίτημα αναστολής που σωρεύει επί της Προσφυγής της η προσφεύγουσα εταιρία επιδιώκει την αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί της ΑΕΠΠ επί της οικείας Προσφυγής.

2. Επειδή, ο Δήμος προκήρυξε με την υπ' αριθ./19.11.2019 Διακήρυξη ηλεκτρονικό, ανοικτό, δημόσιο διαγωνισμό κάτω των ορίων με αντικείμενο τις ετήσιες πολιτιστικές εκδηλώσεις του Δήμου προϋπολογισθείσας δαπάνης ετών 2019 και 2020, ήτοι συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 151.669,35 ευρώ (χωρίς ΦΠΑ) και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 04.12.2019. Η διακήρυξη δημοσιεύθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 19.11.2019 και αναρτήθηκε στην ηλεκτρονική πύλη του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 19.11.2019 με Συστημικό Αριθμό

3. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό, ποσού 600,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64).

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικείμενου του (έργο) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 151.669,35 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα καθότι η προσφεύγουσα, κατ' εφαρμογή των διατάξεων των άρθρων 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης στις 06.02.2020, οπότε και της κοινοποιήθηκε αυτή, και η υπόψη Προσφυγή ασκήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ στις 14.02.2020, ήτοι εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου 10ήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής με περαιτέρω αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, στο γεγονός ότι με την προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκε η προσφορά της κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής.

7. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

8. Επειδή, με την προσβαλλόμενη απόφαση η Οικονομική Επιτροπή του Δήμου απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα για τον λόγο ότι η προσκομισθείσα εγγυητική επιστολή δεν ικανοποιεί τους όρους της διακήρυξης καθότι έχει χρόνο ισχύος έως τις 02.06.2020 και όχι έως τις 10.06.2020, όπως απαιτείται. Σχετικά με την απόρριψη του προσφοράς της, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι πράγματι στην υπ' αριθ./...../3-12-2019 εγγυητική επιστολή ποσού 1.037,10 € από την αναγράφεται ως χρόνος ισχύος η 2-6-2020 αντί της ορθής ημερομηνίας 10-6-2020, το οποίο όμως σφάλμα έγινε εκ παραδρομής και οπωσδήποτε δεν οφείλεται σε σφάλμα του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα αλλά σε προφανή παραδρομή λόγω βεβιασμένης ταχύτητας ή τυπογραφικό σφάλμα εκ μέρους των υπαλλήλων συγκεκριμένης Τράπεζας. Ο προσφεύγων υποστηρίζει ότι όταν αντιλήφθηκε το σφάλμα, απευθύνθηκε στην – Κατάστημα, και αφού διεπίστωσε ότι η εσφαλμένη ημερομηνία ήταν παραδρομή, μη οφειλόμενη στον ίδιο και μη στηριζόμενη σε ουσιαστικό/οικονομικό ή άλλο λόγο, έλαβε την από 7.2.2020 βεβαίωση των υπευθύνων υπαλλήλων της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος (υποκατάστημα Άρτας), η οποία και κοινοποιήθηκε –όπως μου δήλωσαν- και στον Δήμο-, με την οποία δηλώνεται ότι : *«Αναφερόμενοι στην παραπάνω εγγυητική επιστολή, σας γνωρίζουμε ότι ισχύει μέχρι την 10/06/2020 (ΔΕΚΑΤΗ ΙΟΥΝΙΟΥ ΤΟΥ ΕΤΟΥΣ 2020), μετά την πάροδο της οποίας προθεσμίας και εφόσον εν τω μεταξύ δεν περιέλθει στα χέρια μας έγγραφη*

αξίωσή σας επί του ποσού της εγγυήσεως, η παρούσας εγγυητική επιστολή θεωρείται αυτοδικαίως άκυρη και ανίσχυρη. Όλοι οι λοιποί όροι της παραπάνω εγγυητικής επιστολής παραμένουν αμετάβλητοι. Η παρούσα αποτελεί ολοκληρωτικό και αναπόσπαστον μέρος της υπ αριθμόν/03.12.2019 εγγυητικής επιστολής». Ενόψει των ανωτέρω, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή όφειλε, αφού επικοινωνήσει με την εκδότρια τράπεζα προς έλεγχο του κύρους της εγγυητικής επιστολής, να εξετάσει και το θέμα της ημερομηνίας, κυρίως δε, είχε την υποχρέωση να τον καλέσει προς παροχή διευκρινίσεων ώστε να παράσχει εξηγήσεις και έγγραφα, όπως συγκεκριμένα την ανωτέρω Υπεύθυνη Δήλωση με την οποία καθίσταται ξεκάθαρο ότι δεν ευθύνεται για το μη ορθό περιεχόμενο της εγγυητικής επιστολής. Άλλωστε, όπως ισχυρίζεται, σε περίπτωση που πράγματι η εγγύηση δεν κάλυπτε το προβλεπόμενο χρονικό διάστημα λόγω οικονομικών ή λοιπών ουσιαστικών κωλυμάτων, δεν θα έμπαινε στη διαδικασία να καταθέσει υποφακέλου προσφοράς με τόσα στοιχεία και δικαιολογητικά, ούτε θα προσκόμιζε επίσης την από 3.12.2019 Υπεύθυνη Δήλωση ότι τηρούνται οι όροι της Διακήρυξης.

10. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ./20.02.2020 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της επί της ουσίας της Προσφυγής, αιτούμενη την απόρριψη αυτής ως αβάσιμης.

11. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368». Επίσης, σύμφωνα με τη διάταξη 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 των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

12. Επειδή, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, 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.

13. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του Διαγωνισμού. Ωστόσο, δε θα πρέπει και η ίδια η απόφαση να δημιουργεί τέτοιες καταστάσεις, οδηγώντας σε πλήρη ικανοποίηση του ασφαλιστέου δικαιώματος, αφού η ισχύς της είναι προσωρινή και δεν θα πρέπει να επηρεάζει την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας

κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

14. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

15. Επειδή για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατά της προσβαλλόμενης πράξης απαιτείται ενδελεχής εξέταση των στοιχείων του σχηματισθέντος φακέλου σε σχέση με τους όρους της διακήρυξης, την κείμενη νομοθεσία και νομολογία καθώς και ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων.

16. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της προσφεύγουσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν καθώς και του δημόσιου συμφέροντος προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη μη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

17. Επειδή η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της αποσφράγισης και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι τυχόν ακύρωση της

προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμες τις μετέπειτα έτερες εκτελεστές πράξεις της αναθέτουσας αρχής, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος όλων των μερών. Η χορήγηση δε ανασταλτικού 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 Προσφυγής αυτής. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της προσβαλλόμενης, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας σε βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης έως την έκδοση κύριας απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 24.02.2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Σιδέρη Μαρία-Ελένη

Τσουλούφα Αργυρώ