

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 21 Φεβρουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Οικονόμου Πρόεδρος, Μιχαήλ Σειραδάκης-Εισηγητής και Εμμανουέλα Σωτηρόπουλου Μέλη.

Για να εξετάσει την από 10.02.2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 133/12.02.2018 του οικονομικού φορέα «.....» που εδρεύει στον Δήμο Αργυρούπολης Αττικής, οδός Πλαστήρα, αρ. 28, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της υπ' αριθμ. 91/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Περιστερίου.

Με την Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει να ακυρωθεί α) η υπ' αριθμ. 91/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Περιστερίου, όπως επικύρωσε το πρακτικό Νο1 της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμών & Αξιολόγησης Προσφορών για προμήθειες και υπηρεσίες του ηλεκτρονικού ανοικτού διαγωνισμού για την προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου και του Νομικού του Προσώπου Ο.Π.Α.Α.Π., κατά το μέρος που εγκρίνει το ανωτέρω πρακτικό για την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος, με συνέπεια τον αποκλεισμό του από το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού και την αποδοχή της προσφοράς του ανθυποψηφίου του προσφεύγοντος «.....» για τις Ομάδες ΣΤ και Ζ (Ζ1-Ζ2-Ζ3-Ζ4) και τη συνέχισή του στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού και β) κάθε προγενέστερη πράξη και παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, η οποία επικυρώνεται με την προσβαλλόμενη παραπάνω Πράξη ή στην οποία αυτό εδράζεται, καθώς και κάθε μεταγενέστερη πράξης και παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, η οποία εδράζεται στην προσβαλλόμενη παραπάνω Πράξη.

Ταυτόχρονα σωρεύει στην προσφυγή του και αίτημα να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης, καθώς και να ληφθεί και κάθε άλλο κατάλληλο, κατά την κρίση της Α.Ε.Π.Π. μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, κατά την έννοια του άρθρου 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Μιχαήλ Σειραδάκη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή ο Δήμος Περιστερίου ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Ανοιχτό Διαγωνισμό άνω των ορίων, με Αριθμό Πρωτοκόλλου Διακήρυξης 42634/30.10.2017 και Αριθμό Συστήματος Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ....., με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, αποκλειστικά βάσει τιμής για την «προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου καθώς και του νομικού του προσώπου ΟΠΑΑΠ «Οργανισμός Προσχολικής Αγωγής Αθλητισμού και Πρόνοιας» για το έτος 2018 ανά ομάδα-υποομάδα, η οποία θα δοθεί ως εξής:

α) Με ενιαίο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) επί της εκάστοτε διαμορφούμενης και πιστοποιούμενης από την ΠΕΡΙΦΕΡΕΙΑ ΑΤΤΙΚΗΣ, ΓΕΝ. ΔΦ/ΝΣΗ ΑΝΑΠΤΥΞΗΣ, Δ/ΝΣΗ ΑΝΑΠΤΥΞΗΣ, Π.Ε ΚΕΝΤΡΙΚΟΥ ΤΟΜΕΑ, ΤΜΗΜΑ ΕΜΠΟΡΙΟΥ Μέση Λιανική Τιμή πώλησης του είδους, κατά την ημέρα παράδοσης στο σύνολο των ομάδων συμμετοχής από τις ομάδες: Γ (Είδη Κρεοπωλείου) , Δ (Είδη Οπωροπωλείου-Φρούτα), Ε (Είδη Οπωροπωλείου-Κηπευτικά), ΣΤ (Είδη Ιχθυοπωλείου και Κατεψυγμένα) και υποομάδων Ζ2 (Ελαιόλαδο) και Ζ3 (Αυγά).

β) Με ενιαίο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) επί του συνόλου του προϋπολογισμού προ ΦΠΑ, ανά ομάδα συμμετοχής (και συμπλήρωση τιμολογίου) για τα είδη των υπολοίπων ομάδων-υποομάδων, ήτοι: Α(Είδη Αρτοποιείου), Β (Είδη Ζαχαροπλαστείου), και υποομάδων Ζ1 (Είδη Παντοπωλείου για τις ανάγκες του Ο.Π.Α.Α.Π.) και Ζ4 (Είδη Παντοπωλείου για τις ανάγκες των ΚΕ.ΦΙ)», προϋπολογισμού τριακοσίων είκοσι τριών χιλιάδων

εκατόν τριάντα τεσσάρων ευρώ και είκοσι οκτώ λεπτών (323.134,28 €) πλέον Φ.Π.Α. 13% και 24%, με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 1^η Δεκεμβρίου 2017 και ώρα 13:00 μ.μ. Ο προσφεύγων υπέβαλε απόλυτα νομότυπα και εμπρόθεσμα την 01.12.2017 και ώρα 00:08:19 μ.μ. την υπ' αριθμ. 80159 προσφορά του στον ανωτέρω διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση προσφυγή του, η οποία κατατέθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. στις 10.02.2018 και ώρα 23:58:00 μ.μ., στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 91/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την 01.02.2018 και ώρα 14:09:17 μ.μ., οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της ο προσφεύγων. Ο προσφεύγων κατέθεσε στις 10.02.2018 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) την υπό κρίση προσφυγή του και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. στις 11.02.2018.

2. Επειδή ο προσφεύγων επικαλείται στην υπό κρίση προσφυγή του ότι η αναθέτουσα με την προσβαλλόμενη έκρινε εσφαλμένα ως προς την απόρριψη της προσφοράς του, με συνέπεια τον αποκλεισμό του από το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού και παράλληλα έσφαλε ως προς την αποδοχή της προσφοράς του ανθυποψηφίου του «ΑΝΔΡΕΑ ΑΛ. ΣΚΟΥΡΙΑ» για τις Ομάδες ΣΤ και Ζ (Ζ1-Ζ2-Ζ3-Ζ4) και τη συνέχιση του στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού, για τους λόγους που εκτίθενται αναλυτικά στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή ο προσφεύγων αιτείται α) να γίνει δεκτή η υπό κρίση προσφυγή του και να μεταρρυθμιστεί η προσβαλλόμενη, β) να γίνει δεκτή η προσφορά του για τις Ομάδες Δ, Ε, ΣΤ και Ζ, ώστε να συνεχίσει στα επόμενα στάδια του Διαγωνισμού, που είναι η αποσφράγιση και η αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών και γ) να απορριφθεί η προσφορά του ανθυποψηφίου τουγια τις Ομάδες ΣΤ και Ζ (Ζ1-Ζ2-Ζ3-Ζ4) και να αποκλειστεί από τη συνέχεια του Διαγωνισμού.

4. Επειδή μετά ταύτα, ο προσφεύγων αιτείται να ανασταλεί η εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης, καθώς και να ληφθεί και κάθε άλλο κατάλληλο, κατά την κρίση της Α.Ε.Π.Π. μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της

κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής, κατά την έννοια του άρθρου 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή η προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 του Ν. 4412/2016 (κωδικός e-παραβόλου 190050598958 0410 0054, όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 07.02.2018 αποδεικτικού εξόφλησης της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος), ποσού χιλίων σαράντα τεσσάρων ευρώ και είκοσι τεσσάρων λεπτών (1.044,24 €) και του από 08.02.2018 αποδεικτικού εξόφλησης της Εθνικής Τράπεζας της Ελλάδος), ποσού πέντε ευρώ (5,00 €), ήτοι συνολικού ποσού χιλίων σαράντα εννέα ευρώ και είκοσι τεσσάρων λεπτών (1.049,24 €).

7. Επειδή ο επίδικος διαγωνισμός, εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016.

8. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή η Α.Ε.Π.Π. είναι και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 5 περ. β), 38 παρ. 7, 61 παρ. 1, 66 παρ. 1, 120, 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016.

Παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

11. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, ο προσφεύγων, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους του και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους του η ύπαρξη εννόμου

συμφέροντος για την προσβολή της υπ' αριθμ. 91/2018 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής.

12. Επειδή στην υποπαρ. 6.1.1 της παρ. 6.1 της διακήρυξης με τίτλο «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ», ορίζεται ότι: «*Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), κατά το άρθρο 79 του Ν. 4412/2016 ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις προϋποθέσεις των περιπτώσεων 5.3.1, 5.3.2, 5.3.3 και 5.3.10 του άρθρου 5 της παρούσας, στην οποία παράλληλα θα δηλώνει ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπό του τα αναφερόμενα στις περιπτώσεις 5.3.4, 5.3.6 έως και 5.3.9 καθώς και 5.3.11 έως και 5.3.12.*

Ειδικά για την περίπτωση 5.3.2 θα δηλώνει και τους φορείς κοινωνικής ασφάλισης (κύριας και επικουρικής για τους Έλληνες) στους οποίους υποχρεούται να καταβάλλει εισφορές.

Επίσης θα πρέπει να αναφέρονται τα κριτήρια τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και προτύπων διασφάλισης ποιότητας σύμφωνα με την περίπτωση (Συμπληρώνοντας τα αντίστοιχα πεδία στο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης – Μέρος II, III, IV, VI)».

13. Επειδή στην υποπαρ. 10.2 της διακήρυξης με τίτλο «Συμπλήρωση-αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» ορίζεται ότι: «*Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη.*

Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται

διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενο τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης.

Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί.

2. Σε κάθε περίπτωση, η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης.

3. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσονος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές.

4. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 3, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς.», ενώ πανομοιότυπη διατύπωση υπάρχει και στο άρθρο 102 του Ν. 4412/2016.

14. Επειδή ο προσφεύγων στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 91/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, ζητώντας με τον πρώτο λόγο προσφυγής να μεταρρυθμιστεί η προσβαλλόμενη απόφαση, προκειμένου να γίνει δεκτή η προσφορά του για τις Ομάδες Δ, Ε, ΣΤ και Ζ ώστε να συνεχίσει στα επόμενα στάδια του διαγωνισμού, ενώ με τον δεύτερο λόγο προσφυγής να απορριφθεί η προσφορά του ανθυποψηφίου του προσφεύγοντος «.....» και να αποκλειστεί από τη συνέχεια του διαγωνισμού για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

15. Επειδή όπως προκύπτει από τις επικαλούμενες από τον προσφεύγοντα διατάξεις, αλλά και το σύνολο των όσων ορίζονται στο κείμενο της διακήρυξης, πιθανολογείται βάσιμα ότι η προσβαλλόμενη έσφαλε ως προς την κρίση της σχετικά με την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος.

16. Επειδή ενόψει των όσων εκτέθηκαν αναλυτικά στην παρούσα, πιθανολογείται βάσιμα η ευδοκίμηση τουλάχιστον ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων της κρινόμενης προσφυγής και συγκεκριμένα του πρώτου από αυτούς, με συνέπεια, η υπό κρίση προσφυγή να θεωρηθεί ότι είναι προδήλως βάσιμη.

17. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την προμήθεια τροφίμων για τις ανάγκες του Δήμου Περιστερίου καθώς και του νομικού του προσώπου ΟΠΑΑΠ «Οργανισμός Προσχολικής Αγωγής Αθλητισμού και Πρόνοιας» για το έτος 2018. 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 (ΕΑ ΣτΕ 840/2008). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες

πτυχές του πρέπει να διαταχθεί, η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και η μη κατακύρωση του αποτελέσματος της, έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση επί της προσφυγής (691/2012 ΔΕΦΑΘ).

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης μέχρι και την έκδοση απόφασης επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής σύμφωνα με τα άρθρο 15 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και άρθρο 366 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 21 Φεβρουαρίου 2018 και εκδόθηκε στις 22 Φεβρουαρίου 2018 στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχαήλ. Χ. Οικονόμου

Μελπομένη Τσιαλαφούτα