

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις Μαρτίου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη, Πρόεδρο, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, μέλος και εισηγήτρια και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη, μέλος.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 183/23-2-2018 Προδικαστική Προσφυγή της η Εταιρεία με την επωνυμία «.....» για την με αριθμ. πρωτ.(ΑΔΑ:.....), υπ' αριθ. διακήρυξη πρόχειρου μειοδοτικού διαγωνισμού για την προμήθεια ειδών διατροφής και λοιπών ειδών – ίδιας δαπάνης κρατουμένων (εφεξής διαγωνισμός ή διακήρυξη) με αναθέτουσα αρχή το..... Η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ και χρεώθηκε στο 2^ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 23.02.2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής.

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη προκειμένου να: (α) κηρυχθεί μη νόμιμος ο όρος του άρθρου 3 και εν συνεχεία τροποποιηθεί από «*Οι αλυσίδες εμπορίας τροφίμων και λοιπών ειδών (SUPER MARKETS) που διαθέτουν τουλάχιστον πέντε υποκαταστήματα στην επικράτεια*» σε «*Δικαίωμα συμμετοχής έχουν: 1. Οι αλυσίδες εμπορίας τροφίμων και λοιπών ειδών (SUPER MARKETS), 2. Καταστήματα εμπορίας τροφίμων και λοιπών ειδών*», (β) κηρυχθεί άκυρος ο όρος του άρθρου 1 και προσδιορισθεί η κατάθεση των προσφορών στο νέο διαγωνισμό που θα

Αριθμός Απόφασης: Α109/2018

προκηρυχθεί μετά την παρέλευση 15 ημερών από την δημοσίευση της νέας διακηρύξεως και (γ) ακυρωθεί η ένδικη διακήρυξη ως προς το κεφάλαιο των τεχνικών χαρακτηριστικών των υπό προμήθεια ειδών επί τω τέλει όπως προσδιοριστούν σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 με ακρίβεια τα υπό προμήθεια είδη και η ποσότητα αυτών.

Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ζητεί ν' ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία, η οποία ξεκίνησε με την δημοσίευση στον ηλεκτρονικό τόπο «ΔΙΑΥΓΕΙΑ», την 14.02.2018 (έχουσα λάβει ΑΔΑ:.....), της υπ' αριθμ. πρωτ.διακήρυξης προχείρου μειοδοτικού διαγωνισμού και να μην ανοιχθούν οι τυχόν υποβληθείσες προσφορές την 26.02.2018 από την αναθέτουσα αρχή και μέχρι την έκδοση αποφάσεως επί της παρούσης προδικαστικής προσφυγής της. Ειδικότερα, η επίδικη διαγωνιστική διαδικασία λαμβάνει χώρα σε δύο στάδια. Το προπαρασκευαστικό στάδιο ξεκινάει με την δημοσίευση της διακήρυξης και την αποδοχή της εγκυρότητας των όρων αυτής. Το επόμενο στάδιο συνίσταται στην αποσφράγιση και αξιολόγηση του κύριου φακέλου «Προσφοράς» των συμμετεχόντων, ενώ το τελευταίο στάδιο συνίσταται στην αποσφράγιση και αξιολόγηση του φακέλου «Οικονομική Προσφορά». Σημειωτέον ότι αποσφραγίζονται οι οικονομικές προσφορές μόνο των συμμετεχόντων των οποίων οι προσφορές έχουν κριθεί κατά το πρώτο στάδιο παραδεκτές και κανονικές κατά τους προβλεπόμενους όρους. Κάθε στάδιο ολοκληρώνεται με την έκδοση σχετικής απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής κατά της οποίας οι συμμετέχοντες δύνανται ν' ασκήσουν – αναλόγως της προϋπολογιζόμενης δαπάνης – αντίστοιχη ενδικοφανή διαδικασία (ένσταση ή προδικαστική προσφυγή). Τούτου παρέπεται ότι, τουλάχιστον πριν την άπρακτη παρέλευση της προθεσμίας άσκησης προδικαστικής προσφυγής, η οποία θα βάλλει κατά των όρων της διακήρυξης δεν έχει ολοκληρωθεί ακόμη η διαπίστωση της εγκυρότητας των όρων της διακηρύξεως και επομένως, η Αναθέτουσα Αρχή δεν δύναται να προβεί στο επόμενο στάδιο που είναι το άνοιγμα των τυχόν κατατεθεισών προσφορών. Η απαγόρευση αυτή, ήτοι της ανάμειξης και σύγχυσης των σταδίων, των φάσεων και διαδικασιών του διαγωνισμού αποσκοπεί στην αποφυγή διαβλητών αποτελεσμάτων και αυθαίρετων κρίσεων και η σημαντικότητά της συνίσταται ακριβώς στη διασφάλιση της διαφανούς διεξαγωγής του διαγωνισμού και την επίτευξη θεμιτού ανταγωνισμού με απώτερο σκοπό την

Αριθμός Απόφασης: Α109/2018

επίτευξη του δημοσίου συμφέροντος (Α. Γέροντας, *Δίκαιο των Δημοσίων Έργων*, εκδ. 2000, σελ. 249 επ.). Όλες οι διατάξεις του νόμου και της διακήρυξης, οι οποίες αφορούν τους τύπους και τη διαδικασία που πρέπει να τηρούνται κατά το διαγωνισμό, καθιερώνουν ουσιώδεις τύπους, δεδομένου ότι επηρεάζουν το αποτέλεσμα της δημοπρασίας, η παράβαση των οποίων ελέγχεται και αυτεπαγγέλτως από την Αναθέτουσα Αρχή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα έγγραφα του φακέλου

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, ποσού 600,00 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου αυτόματης δέσμευσης.....), που αντιστοιχεί στο κατώτερο όριο νομίμου παραβόλου, δεδομένου ότι η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η υπό κρίση προσφυγή ανέρχεται στο ποσό των 120.000 Ευρώ, χωρίς να προκύπτει με σαφήνεια από τη διακήρυξη αν το ανωτέρω ποσό περιλαμβάνει ΦΠΑ ή όχι. Ωστόσο, τόσο στην περίπτωση που αυτό περιλαμβάνει ΦΠΑ όσο και στην περίπτωση που δεν περιλαμβάνει ΦΠΑ, το ποσό του παραβόλου έχει υπολογιστεί ορθά. Διότι στην περίπτωση που δεν περιλαμβάνει ΦΠΑ, το παράβολο ανέρχεται σε ποσό 600 Ευρώ (120.000 επί 0,5%). Και στην περίπτωση όμως που συμπεριλαμβάνει ΦΠΑ, δεν προκύπτει αν τα τρόφιμα στα οποία αναφέρεται η διακήρυξη υπολογίζονται με ΦΠΑ 13% ή 24% (βλ. και σχετικό λόγο προσφυγής περί αοριστίας των σχετικών όρων της διακήρυξης), ωστόσο και στις δύο περιπτώσεις το ποσό της δαπάνης χωρίς ΦΠΑ δεν είναι κατώτερο από 97.560 Ευρώ. Διότι, στην περίπτωση που ο συντελεστής ΦΠΑ είναι για όλα τα υπό προμήθεια τρόφιμα μειωμένος κι ανέρχεται σε ποσοστό 13%, το ποσό της δαπάνης ανέρχεται σε ποσό 97.560 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ (120.000/1,13), αλλά και στην περίπτωση που το ΦΠΑ υπολογίζεται σε ποσοστό 24%, το ποσό της δαπάνης ανέρχεται σε ποσό 102.263 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ (120.000/1,24). Οπότε σε κάθε περίπτωση το ποσό του παραβόλου που έπρεπε να πληρωθεί θα ανέρχεται

Αριθμός Απόφασης: Α109/2018

κατ'άνωτερο στο ως άνω ελάχιστο ποσό των 600 Ευρώ. Το παράβολο πληρώθηκε σύμφωνα με την προσκομιζόμενη εκτύπωση πληρωμής του στην Τράπεζα και προκύπτει ότι δεσμεύτηκε σύμφωνα με την προσκομιζόμενη, εκτυπωμένη από τη ΓΓΠΣ σελίδα «παραβόλου αυτόματης δέσμευσης», όπου αναγράφεται ως κατάσταση: «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ» κι έχει εκδοθεί προς χρήση από την ΑΕΠΠ.

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την 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 και περιέχει τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 14-2-2018, οπότε αυτή αναρτήθηκε στο ΔΙΑΥΓΕΙΑ. Η προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή με κατάθεση της στην ΑΕΠΠ στις 23-02-2018, ήτοι επομένως εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και κατά χρόνο, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του από το άρθρο 43 παρ. 4 του Ν.4487/2017 (ΦΕΚ Α΄ 116) και λόγω αντικειμένου και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016). Όσον αφορά το ζήτημα του ποσού, το Κλιμάκιο που εξετάζει την υπό κρίση αίτηση-προσφυγή επιφυλάσσεται να ζητήσει διευκρινήσεις από την αναθέτουσα αρχή, δεδομένου ότι στην υπό εξέταση διακήρυξη αναφέρεται ως προϋπολογισμός το ποσό των 120.000 χωρίς να διευκρινίζεται εάν αυτό αφορά ποσό με ΦΠΑ ή άνευ ΦΠΑ και, περαιτέρω, εάν αφορά σε ποσό που περιλαμβάνει ΦΠΑ, με ποιον συντελεστή έχει υπολογιστεί 24% ή μειωμένο συντελεστή 13% και τούτο διότι από τη διακήρυξη δεν προκύπτει με σαφήνεια ούτε το είδος των ζητούμενων τροφίμων (βλ. και κατωτέρω σχετικό λόγο προσφυγής), ώστε δεν προκύπτει με τί συντελεστή έχει το σχετικό ποσό υπολογιστεί. Σε κάθε όμως περίπτωση η ΑΕΠΠ φαίνεται να είναι αρμόδια και λόγω ποσού, είτε το ποσό των

Αριθμός Απόφασης: Α109/2018

120.000 Ευρώ δεν περιλαμβάνει ΦΠΑ είτε περιλαμβάνει ΦΠΑ 13% ή 24%. Διότι ακόμα και στην περίπτωση που συμπεριλαμβάνεται το ΦΠΑ και είτε αυτό υπολογίζεται με μειωμένο συντελεστή 13% είτε με κανονικό, 24% (βλ. και σχετικό λόγο προσφυγής περί αοριστίας των σχετικών όρων της διακήρυξης), και στις δύο περιπτώσεις το ποσό της προυπολογιζόμενης δαπάνης χωρίς ΦΠΑ δεν είναι κατώτερο από 97.560 Ευρώ. Στην περίπτωση δε που ο συντελεστής ΦΠΑ είναι για όλα τα υπό προμήθεια τρόφιμα ή άλλα είδη μειωμένος κι ανέρχεται σε ποσοστό 13%, το ποσό της δαπάνης ανέρχεται σε ποσό 97.560 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ ($120.000/1,13$), αλλά και στην περίπτωση που το ΦΠΑ υπολογίζεται σε ποσοστό 24%, το ποσό της δαπάνης ανέρχεται σε ποσό 102.263 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ ($120.000/1,24$).

5. Επειδή, από την επισκόπηση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής προκύπτει ότι αυτή δεν φέρει ορατή κρυπτογραφημένη ψηφιακή υπογραφή σκληρής αποθήκευσης, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 22, 36, 37 Ν.4412/2016 και την ΥΑ 56902/215/2-6-17 (ΦΕΚ 1924/Β'2 Ιουνίου 17) «Τεχνικές Λεπτομέρειες και Διαδικασίες Λειτουργίας του ΕΣΗΔΗΣ», που εκδόθηκε κατ' εξουσιοδότηση του Ν. 4412/2016, πλην, όμως, στην προκειμένη περίπτωση τούτο δεν απαιτούταν από τη διακήρυξη, που αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού και η συγκεκριμένη διαδικασία, σε κάθε περίπτωση, διεξάγεται μεν στο πλαίσιο Ν.4412/2016 εκτός, όμως, ΕΣΗΔΗΣ, κι, επομένως προκύπτει ότι παραδεκτά άγεται η παρούσα ενώπιον της ΑΕΠΠ, φέρουσα μόνο υπογραφή του νομίμου εκπροσώπου της προσφεύγουσας και σφραγίδα αυτής επί του τυποποιημένου εντύπου. Διαφορετική, άλλωστε, εκδοχή και με δεδομένο ότι όλη η διαδικασία και κάθε σχετική με τον υπό κρίση διαγωνισμό επικοινωνία διεξάγεται εκτός ΕΣΗΔΗΣ και χωρίς τη χρήση ψηφιακών μέσων, θα επρόκειτο για άκρατη τυπολατρεία σε βάρος της αρχής της προστατευόμενης εμπιστοσύνης του διοικουμένου.

6. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 η προσφεύγουσα ασκεί την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλόμενης διακήρυξης καθώς, όπως ισχυρίζεται, προτίθεται να συμμετάσχει στον υπό κρίση διαγωνισμό, όπως έκανε και τα

Αριθμός Απόφασης: Α109/2018

προηγούμενα έτη, καθόσον εμπορεύεται τόσο τρόφιμα, ως και κάθε άλλο σχετικό είδος (δραστηριοποιείται στην διάθεση ειδών παντοπωλείου, κρεάτων, ψαριών, τυριών αλλαντικών, κλπ). Οι όροι όμως που εμπεριέχονται στην ως άνω διακήρυξη, οι οποίοι είναι παράνομοι και αντιβαίνουν και στην εθνική έννομη τάξη και στο ενωσιακό δίκαιο, δυσχεραίνουν αυτήν ουσιωδώς στην συμμετοχή της στον υπό κρίση διαγωνισμό. Επομένως ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατά το αίτημα τούτο, τουλάχιστον, με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη σε περίπτωση τυχόν παρανομίας της.

7.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»*

8. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: *«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*

Αριθμός Απόφασης: Α109/2018

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»

9. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

10. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: *«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».*

11. 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. Ετέρωθεν, δεν 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 κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των 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.

12. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, 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

Αριθμός Απόφασης: Α109/2018

την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

13. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει κριθεί από την ΑΕΠΠ προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων 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 εμπλεκομένων 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. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας των όρων της διακήρυξης του διαγωνισμού, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας σε βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω. Συνακόλουθα, για την χορήγηση προσωρινής προστασίας, δεν απαιτείται πλέον η επίκληση και απόδειξη ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης, ούτε το προδήλως βάσιμο του εξεταζόμενου αιτήματος, το οποίο να βασίζεται σε πάγια νομολογία της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικρατείας, που υπό το προΐσχύσαν νομοθετικό καθεστώς (ν. 3886/2010) είχε κριθεί ότι απαιτείτο, αβάσιμα επομένως κατά τούτο ζητεί την απόρριψη της υπό κρίση αίτησης αναστολής η αναθέτουσα αρχή, ως προβάλλεται στις από 22-02-2018 προς την ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής απόψεις της.

14. Επειδή, με την υπ' αριθ.διακήρυξη του καταστήματος κράτησης γυναικών Θηβών προκηρύχθηκε πρόχειρος μειοδοτικός διαγωνισμός για την προμήθεια ειδών διατροφής και λοιπών ειδών, ίδιας δαπάνης κρατουμένων. Ο εν λόγω διαγωνισμός, όπως προκύπτει και από την διακήρυξη αυτού, διεξάγεται στο πλαίσιο Ν.4412/2016, χωρίς, ωστόσο, τη χρήση της διαδικτυακής πύλης ΕΣΗΔΗΣ, γεγονός, ωστόσο, για το οποίο ουδεμία αντίρρηση προβάλλεται από την προσφεύγουσα.

Αριθμός Απόφασης: Α109/2018

15.Επειδή, με τον τρίτο λόγο της προσφυγής της η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η επίμαχη διακήρυξη είναι παντελώς αόριστη καθώς σε αντίθεση με τα οριζόμενα στο άρθρο 53 Ν.4412/2016 ουδεν αναφέρεται σε αυτήν σχετικά με το είδος και τις ποσότητες των προς προμήθεια προϊόντων που αποτελούν το αντικείμενο της σύμβασης (τρόφιμα και άλλα είδη). Ο παρών λόγος της προσφυγής πιθανολογείται βάσιμος.

16. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 53 Ν.4412/2016: «Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης, πλην της προκήρυξης σύμβασης του άρθρου 63 και της προκαταρκτικής προκήρυξης του άρθρου 62 σε περίπτωση που χρησιμοποιείται ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού, περιέχουν ιδίως: [...]ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικείμενου της σύμβασης [...]ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας, την προθεσμία για την εκτέλεση της σύμβασης, τον τόπο και χρόνο εκτέλεσης, καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, [...]ιε) το κριτήριο ανάθεσης, τη διαδικασία και τα κριτήρια αξιολόγησης των προσφορών, κατά τα ειδικότερα προβλεπόμενα στα άρθρα 86 και 87 ιστ) τη διάρκεια ισχύος των προσφορών [...]».

17.Επειδή, ειδικότερα, από την απλή επισκόπηση της υπό κρίση διακήρυξης προκύπτουν τα ακόλουθα: Σύμφωνα με την διακήρυξη προκηρύσσεται διαγωνισμός «για την προμήθεια των ειδών που αναφέρονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α'». Στο άρθρο 2 αναφέρεται ότι «Ως κριτήριο κατακύρωσης ορίζεται η χαμηλότερη τιμή, για την προμήθεια των ειδών που αναφέρονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α'». Κατά το άρθρο 5 «Κριτήρια Αξιολόγησης»: «Για την αξιολόγηση των προσφορών θα ληφθούν υπόψη 1.Η συμφωνία της προσφοράς προς τους όρους της διακήρυξης 2.Ο ανταγωνισμός που αναπτύχθηκε 3.Η χαμηλότερη προσφερόμενη σταθερή τιμή». Περαιτέρω, στο άρθρο 7 «αποσφράγιση προσφορών» προβλέπεται: «[...]Οι φάκελοι των οικονομικών προσφορών ανοίγονται για τις προσφορές που γίνονται αποδεκτές. γ) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών και την ανάδειξη του προμηθευτή στον όποιο

Αριθμός Απόφασης: Α109/2018

προτείνεται να γίνει η κατακύρωση, η επιτροπή διενέργειας παραδίδει το φάκελο του διαγωνισμού στον Προϊστάμενο της υπηρεσίας που διενεργεί το διαγωνισμό, για έγκριση των πρακτικών, προκειμένου να εγκριθεί η προτεινόμενη κατακύρωση. δ) Στη συνέχεια καλείται εγγράφως και με απόδειξη ο προμηθευτής στον οποίον εγκρίθηκε η κατακύρωση, να προσέλθει εμπροθέσμως (εντός πέντε -5- ημερών) για την υπογραφή της σχετικής σύμβασης. Το αρμόδιο για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων και την κατακύρωση του διαγωνισμού όργανο (τριμελής επιτροπή) που έχει ορισθεί από τον Προϊστάμενο Δ/νσης τουμπορεί να προτείνει 1.Την κατακύρωση της προς προμήθειας ποσότητας στον προμηθευτή που έδωσε την συμφερότερη τιμή 2.Την κατανομή ποσότητας των προς προμήθεια ειδών μεταξύ περισσότερων μειοδοτών με ισότιμες προσφορές για μια ομάδα ή την διενέργεια κλήρωσης[...].».

17. Επειδή, στο Παράρτημα Α', που σύμφωνα με τα ανωτέρω, περιέχονται τα προς προμήθεια είδη (τρόφιμα και άλλα), που αποτελούν κατά τη διακήρυξη το αντικείμενο του διαγωνισμού, περιέχεται ο ακόλουθος πίνακας:

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α

ΠΙΝΑΚΑΣ ΤΩΝ ΠΡΟΣ ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΕΙΔΩΝ

ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΕΙΔΟΥΣ	ΕΙΔΗ ΔΙΑΤΡΟΦΗΣ ΚΑΙ ΛΟΙΠΩΝ ΕΙΔΩΝ
ΚΩΔΙΚΟΣ	ΙΔΙΑΣ ΔΑΠΑΝΗΣ ΚΡΑΤΟΥΜΕΝΩΝ
ΠΟΣΟΤΗΤΑ	ΑΝΑΛΟΓΑ ΜΕ ΤΙΣ ΕΚΑΣΤΟΤΕ ΑΝΑΓΚΕΣ
ΜΟΝΑΔΑ ΜΕΤΡΗΣΗΣ	ΚΙΛΟ ΤΕΜΑΧΙΟ

Αριθμός Απόφασης: Α109/2018

ΥΠΗΡΕΣΙΑ ΓΙΑ ΤΗΝ ΟΠΟΙΑ ΠΡΟΟΡΙΖΕΤΑΙ ΤΟ ΕΙΔΟΣ
ΤΙΜΗ-ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ-ΠΑΡΑΛΑΒΗ ΕΙΔΩΝ	ΣΥΜΦΩΝΑ ΜΕ ΤΟ ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β
ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΣ	120.000 ΕΥΡΩ

18. Επειδή, ακόμη, στο Παράρτημα Β', άρθρο 2^ο «ΠΟΣΟΤΗΤΑ-ΧΑΡΑΚΤΗΡΙΣΤΙΚΑ», αναγράφεται: «Τα υπό προμήθεια είδη θα είναι πρώτης ποιότητας, σύμφωνα με τον κώδικα τροφίμων και ποτών, θα ελέγχονται ώστε να είναι κατάλληλα για κατανάλωση και βρώση και σε περίπτωση που διαπιστωθεί πως κάποιο είδος δεν είναι κατάλληλο ή είναι ελαττωματικό αυτό θα επιστρέφεται και θα αντικαθίσταται με άλλο όμοιο από τον προμηθευτή».

19. Επειδή, από το σύνολο των ανωτέρω προκύπτει ασάφεια σχετικά με τα προς προμήθεια είδη. Ειδικότερα, δεν προκύπτει το είδος των ζητούμενων τροφίμων ή/και άλλων ειδών-αφού ο διαγωνισμός έχει προκηρυχθεί για τρόφιμα και άλλα είδη-ούτε η ποσότητα αυτών, ώστε η διακήρυξη είναι ασαφής κι εξαιτίας αυτής της ασάφειας τίθενται εμπόδια στην υποβολή άρθρων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. Η ανωτέρω ασάφεια των όρων της διακήρυξης παραβιάζει το άρθρο 53 Ν.4412/2016 ενόψει της δημιουργούμενης αμφιβολίας για την πληρότητα των παρασχεθεισόμενων από την αναθέτουσα αρχή στοιχείων σε σχέση με το αντικείμενο του διαγωνισμού και τον τρόπο επιλογής του αναδόχου. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα δεν επιτρέπεται ακόμα και στους καλά πληροφορημένους και επιμελείς ενδιαφερομένους να κατανοήσουν πλήρως τους όρους της διακήρυξης και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο, απαίτηση η οποία συνδέεται και με την

Αριθμός Απόφασης: Α109/2018

υποχρέωση των αναθετουσών αρχών περί τήρησης της αρχής της διαφάνειας (βλ. απόφαση ΔΕΚ της 29ης Απριλίου 2004, C496/99, Επιτροπή κατά Cas Succhi di frutta, ενδεικτικά και ΕΑ ΣΤΕ 842/2010, 603/2009, 1015/2009).

20. Επειδή, η παρούσα προσφυγή δεν είναι προδήλως απαράδεκτη και ο ανωτέρω, τρίτος λόγος αυτής, πιθανολογείται βάσιμος, συνεπώς στο πλαίσιο της παρούσας διαδικασίας παρέλκει η εξέταση των λοιπών λόγων της προσφυγής. Σε κάθε δε περίπτωση η οριστική κρίση επί της παρούσας τελεί και υπό την επιφυλαξη της αποστολής των επί της ουσίας απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

21. Επειδή, κατά το χρόνο κοινοποίησης της υπό εξέταση προσφυγής στην ΑΕΠΠ και στην αναθέτουσα αρχή είχαν ήδη αποσφραγισθεί οι προσφορές των υποψηφίων προμηθευτών, σύμφωνα με την οικεία διακήρυξη (βλ. το υπ' αριθ. 3586/28-2-2018 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής).

22.Επειδή, στο επόμενο στάδιο κατά τη διακήρυξη πρόκειται να αποσφραγιστούν οι οικονομικές προσφορές που υποβλήθηκαν και μετέπειτα αυτές θα αξιολογηθούν ([...])α) Αποσφραγίζεται ο κύριος φάκελος προσφοράς μονογράφονται δε και σφραγίζονται από το παραπάνω όργανο όλα τα δικαιολογητικά που υποβάλλονται κατά το στάδιο αυτό. Οι φάκελοι των οικονομικών προσφορών δεν αποσφραγίζονται, αλλά μονογράφονται και σφραγίζονται από το παραπάνω όργανο και τοποθετούνται σ' ένα νέο φάκελο ο οποίος επίσης σφραγίζεται και υπογράφεται από το ίδιο όργανο και φυλάσσεται από αυτό μέχρι να αποσφραγισθεί. β) Μετά την αποσφράγιση των προσφορών το παραπάνω όργανο προβαίνει στην καταχώρηση αυτών που υποβάλλουν προσφορές, καθώς και των δικαιολογητικών που υπέβαλαν σε πρακτικό το οποίο υπογράφει. Οι φάκελοι των οικονομικών προσφορών ανοίγονται για τις προσφορές που γίνονται αποδεκτές. γ) Μετά την αξιολόγηση των προσφορών και την ανάδειξη του προμηθευτή στον οποίο προτείνεται να γίνει η κατακύρωση, η επιτροπή διενέργειας παραδίδει το φάκελο του διαγωνισμού στον Προιστάμενο της υπηρεσίας που διενεργεί το διαγωνισμό, για έγκριση των πρακτικών, προκειμένου να εγκριθεί η προτεινόμενη κατακύρωση[...]

23.Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής, λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και

Αριθμός Απόφασης: Α109/2018

προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής ότι η προσβαλλομένη πρέπει να ακυρωθεί. Σημειώνεται ότι με το από 28-2-2018 έγγραφο της προς την ΑΕΠΠ, η αναθέτουσα αρχή, πληροφόρησε αυτήν ότι «...για την ομαλή διεξαγωγή του διαγωνισμού αναστέλλουμε τις διαδικασίες μετά την αποσφράγιση των προσφορών μέχρι να αποφανθείτε επί της παραδοχής ή μη της προσφυγής...»

24. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και, ιδίως, η αναστολή ανοίγματος και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό κρίσης προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. 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.

25. 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 που σωρεύεται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού για την με αριθμ. πρωτ.(ΑΔΑ:.....), υπ' αριθ. διακήρυξη πρόχειρου μειοδοτικού διαγωνισμού για την προμήθεια ειδών διατροφής και λοιπών ειδών – ίδιας δαπάνης κρατουμένων (εφεξής διαγωνισμός ή διακήρυξη) με αναθέτουσα αρχή τοσύμφωνα με το σκεπτικό.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις-03-2018.

Αριθμός Απόφασης: Α109/2018

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ