



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

ΑΠΟΦΑΣΗ ΥΠ' ΑΡΙΘΜ. Α 18/2017

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Το 5^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ αποτελούμενο από τους: Κωνσταντίνο Κορομπέλη, Πρόεδρο, Μαρία Μανδράκη (Εισηγήτρια) και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου Μέλη,

στο πλαίσιο εξέτασης της από 11.10.2017 κατατεθείσας (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ 05.10.2017), με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 140/11-10-2017 και Ειδ. Αριθ. Κατ. V/24/11-10-2017, χρέωσης στο 5ο Κλιμάκιο με το από 12.10.2017 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα της Γραμματείας του 5^{ου} Κλιμακίου, Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», η οποία εδρεύει στ....., οδός, αριθ. 3,

κατά της υπ' αριθμ. 296/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του αναφορικά με την έγκριση πρακτικού Επιτροπής Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την «Προμήθεια διαφόρων ειδών επισιτιστικής και βασικής υλικής συνδρομής για το Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους απόρους (ΤΕΒΑ) στην περιφερειακή Ενότητα» προϋπολογισθείσας δαπάνης 2.318.183,28€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, συνολικά για το έτος 2017, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής,

με την οποία ανωτέρω απόφαση η Προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή εσφαλμένως απέρριψε την προσφορά της στο στάδιο ελέγχου των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά»

και επιλαμβανόμενο του Αιτήματος Αναστολής - Προσωρινών Μέτρων το οποίο σωρεύει στην υπό κρίση προσφυγή της η Προσφεύγουσα εταιρεία,

αφού άκουσε την εισήγηση της Εισηγήτριας,

μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά Νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής:

1. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 167798800957 1204 0075), ποσού 4.551, 42€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση τον προϋπολογισμό των Ομάδων 2 και 5, ήτοι τυροκομικά και είδη παντοπωλείου, ύψους 910.283,00 € χωρίς ΦΠΑ, έχει επιπροσθέτως ελεγχθεί και δεσμευθεί από την Αρχή.

2. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

3. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) 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 ...». Ομοίως δε ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

5. 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».

6. 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.

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

8. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράϊκο Δημ., Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.).

9. Επειδή, η Προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθμ. 296/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του, η οποία εκδόθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας ηλεκτρονικού, διεθνή, ανοικτού διαγωνισμού για την «Προμήθεια διαφόρων ειδών επισιτιστικής και βασικής υλικής συνδρομής για το Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους απόρους (TEBA) στην περιφερειακή Ενότητα» όπως αυτός προκηρύχθηκε με την από 10/08/2017 Προκήρυξη (ΑΔΑΜ,), με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας δαπάνης 2.318.183,28€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, συνολικά για το έτος 2017. Πιο συγκεκριμένα, με την ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία εκδόθηκε στο στάδιο μετά την αποσφράγιση και τον έλεγχο των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», απορρίφθηκε η προσφορά της Προσφεύγουσας και αυτή αποκλείστηκε από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας για το λόγο ότι κατά την κρίση της Επιτροπής, σύμφωνα με το άρθρο 10 της διακήρυξης (σελ. 29), “σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας προτίθεται να αναθέσει υπεργολαβικά σε τρίτους την υλοποίηση τμήματος της υπό ανάθεση προμήθειας,

για έκαστο τρίτο φορέα, απαιτείται να καταθέσει Δήλωση Συνεργασίας, η οποία θα έχει τη μορφή Ιδιωτικού Συμφωνητικού ή Συμβολαιογραφικής Πράξης”, η οποία εν προκειμένω δεν έχει κατατεθεί. Επίσης δεν έχει κατατεθεί το ΕΕΕΣ του τρίτου φορέα. Κατόπιν τούτου, με την υπό κρίση προσφυγή της, η Προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση ή άλλως τη μεταρρύθμιση ως προς το Κεφάλαιο της το αναφερόμενο στην απόρριψη της προσφοράς της, της ως άνω προσβαλλόμενης υπ’ αριθ. 296/2017 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του, προβάλλοντας παράλληλα το αίτημα αναστολής της περαιτέρω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

10. Επειδή, εν προκειμένω, η Προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της Αναθέτουσας Αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας.

11. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

12. Επειδή, κατ’ ακολουθίαν των ανωτέρω, η Προσφεύγουσα εταιρεία προσδιορίζει τη βλάβη της στο γεγονός ότι, αν και έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως τον πλήρη φάκελο της προσφοράς, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, αποκλείεται η δυνατότητα συμμετοχής της στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία, ζητώντας την προσωρινή διασφάλιση του ως άνω δικαιώματός της έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής της. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα θεμελιώνει την ύπαρξη έννομου συμφέροντος για την προσβολή της επίμαχης εκτελεστής διοικητικής πράξης και την εξ’ αυτής βλάβη της.

13. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, ο ισχυρισμός της Προσφεύγουσας περί υποβολής της προσφοράς της σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης και ειδικότερα χωρίς να έχει υποβάλλει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται σε περίπτωση

ανάθεσης υπεργολαβικά σε τρίτους, αφού τέτοια πρόθεση και συνεπώς υποχρέωση δεν είχε και περαιτέρω προς επίρρωσιν αυτού του ισχυρισμού, η επίκληση στους λόγους προσφυγής της, της διάκρισης μεταξύ α) παραγωγής-κατασκευής-συσσκευασίας των προσφερόμενων ειδών από τρίτο-μη συμμετέχοντα στο διαγωνισμό και επακόλουθης προμήθειας των ειδών αυτών από τον οικονομικό φορέα- συμμετέχοντα και β) υπεργολαβίας που αφορά στην υλοποίηση-εκτέλεση μέρους του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης χρήζουν ενδελεχούς έρευνας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕΦΑΘ 9/15, 10/15, 20/15, 35/15, 41/15, 46/15).

14. Επειδή, νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, ενώ προσέτι η πρόοδος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας με την αποσφράγιση και τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών και την έκδοση οριστικής κατακυρωτικής απόφασης ήθελε βασίμως θεωρηθεί ότι ζημιώνει την Προσφεύγουσα και παράλληλα καθιστά αλυσιτελή την αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα της Προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....».

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας των Ομάδων 2 και 5, τυροκομικά και είδη παντοπωλείου αντιστοίχως, της από 10/08/2017 Διακήρυξης του (ΑΔΑΜ) για την «Προμήθεια διαφόρων ειδών επισιτιστικής και βασικής υλικής συνδρομής για το Ταμείο Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους απόρους (ΤΕΒΑ) στην περιφερειακή Ενότητα Ανατολικής Αττικής» με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, προϋπολογισθείσας δαπάνης 2.318.183,28€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, συνολικά για το έτος 2017 και μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 23 Οκτωβρίου 2017, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια και δημοσιεύθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Βασιλική Κ. Μπάκου