

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 7 Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος (δυνάμει της υπ' αριθμ. 85/2021 Πράξης του Προέδρου ΑΕΠΠ), Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 28.06.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1306/29.06.2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», (εφεξής ο «προσφεύγων»), που εδρεύει στον ..., οδός ... αρ....., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «ΥΠΟΥΡΓΕΙΟΥ ...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και κατά της 1669/161947/18-06-2021 απόφασης της αναθέτουσας αρχής περί έγκρισης των από 1-06-2021 και 11-06-2021 Πρακτικών της Επιτροπής Διαγωνισμού αναφορικά με τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικών και οικονομικών προσφορών και ανακήρυξης προσωρινών αναδόχων (εφεξής η «προσβαλλόμενη»).

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά το σκέλος αυτής, με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά του.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α 202/2021

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...Αρχή Εξέτασης, την από 25.06.2021 πληρωμή στη Τράπεζα της Ελλάδος και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περι αυτόματης δέσμευσης) που υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης ποσού 3.744.555, 00 ευρώ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή δυνάμει της υπ' αριθμ. 3557/ΒΒ/2021 διακήρυξης ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού άνω των ορίων προκήρυξε διαγωνισμό προς σύναψη συμφωνίας πλαισίου διάρκειας 3 ετών για την δωρεάν διανομή και μεταφορά παστεριωμένου γάλακτος στα σχολεία για τα σχολικά έτη 2020-21, 2021-22 και 2022-23 με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς μόνο βάσει τιμής.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 12.04.2021 με ΑΔΑΜ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό Η προκήρυξη της παρούσας σύμβασης απεστάλη, με ηλεκτρονικά μέσα, προς δημοσίευση, στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 28.06.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 18.06.2021, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του

άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6.Επειδή, ο προσφεύγων, καταρχήν, με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της απόρριψης της προσφοράς του καθώς συμμετέχει στο διαγωνισμό και επικαλείται ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη απόρριψη αυτής. Περαιτέρω, στρέφεται κατά της αποδοχής της προσφοράς της έτερης διαγωνιζομένης εταιρείας. Αναφορικά με το έννομο συμφέρον του προσφεύγοντος για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής κατά της έτερης διαγωνιζομένης σημειώνεται ότι με την απόφαση του ΔΕΕ της 24 Μαρτίου 2021 (επί της υποθέσεως C-771/19, NAMA Σύμβουλοι Μηχανικοί και Μελετητές Α.Ε. – LDK Σύμβουλοι Μηχανικοί Α.Ε.), κατόπιν προδικαστικού ερωτήματος της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ, κρίθηκε ότι «ένας προσφέρων ο οποίος αποκλείστηκε από διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης σε στάδιο προγενέστερο του σταδίου της ανάθεσης της σύμβασης αυτής και του οποίου η αίτηση για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης αποκλεισμού του από τη διαδικασία αυτή απορρίφθηκε μπορεί να προβάλει, με την ταυτοχρόνως ασκηθείσα αίτησή του για την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης περί αποδοχής της προσφοράς άλλου προσφέροντος, όλους τους ισχυρισμούς που αφορούν παραβίαση της ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων ή των εθνικών κανόνων μεταφοράς της νομοθεσίας αυτής, συμπεριλαμβανομένων των ισχυρισμών που δεν έχουν σχέση με τις πλημμέλειες λόγω των οποίων αποκλείστηκε η προσφορά του. Η δυνατότητα αυτή δεν επηρεάζεται από το γεγονός ότι απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή ενώπιον ανεξάρτητου εθνικού οργάνου, την οποία έπρεπε, βάσει του εθνικού δικαίου, να ασκήσει προηγουμένως ο εν λόγω προσφέρων κατά της απόφασης αποκλεισμού του, εφόσον η απόρριψη αυτή δεν έχει αποκτήσει ισχύ δεδικασμένου». Επομένως, εν προκειμένω, δοθέντος ότι, αφενός μεν η ως άνω απόφαση του ΔΕΕ ρητώς αφορά την περίπτωση που διαγωνιζόμενος αμφισβητεί την απόφαση αποκλεισμού του, ήτοι δεν έχει καταστεί οριστικώς αποκλεισθείς, αφετέρου ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς κατά της απόρριψης της προσφοράς του, και συνεπώς δεν έχει οριστικά αποκλεισθεί του διαγωνισμού, δυνάμενος να αμφισβητήσει τον αποκλεισμό του

Αριθμός απόφασης: Α 202/2021

προδικαστικά και δικαστικά, δύναται μετ' εννόμου συμφέροντος να προβάλλει ισχυρισμούς και κατά της προσφοράς της διαγωνιζόμενης ...

7. Επειδή στις 29.06.2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1675/2021 Πράξη του αναπληρωτή Προέδρου του 6^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις 5.07.2021 απέστειλε στην ΑΕΠΠ απόψεις επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, 360, και 366 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 και 15 του Π.Δ/τος 39/2017.

11. Επειδή στο υπό κρίση διαγωνισμό έλαβαν μέρος δύο οικονομικοί φορείς, ήτοι ο προσφεύγων και η εταιρεία ...Με την προσβαλλομένη αποφασίστηκαν τα ακόλουθα: «Αποδεχόμαστε τα από 01/06/2021 & 11/06/2021, Πρακτικά της Επιτροπής Αξιολόγησης, σύμφωνα με τα οποία προκρίνεται η προσφορά της εταιρείας «...» ως η μοναδική τεχνικά αποδεκτή συσκευασία το «φιαλίδιο με πώμα» και όχι η συσκευασία tetra-pack που προσφέρει η ίδια εταιρεία, κατ' επιλογήν του ΥΠΑΑΤ. Ως προς την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών: α) το προσφερόμενο προϊόν της εταιρείας «...» δεν καλύπτει του όρους της διακήρυξης καθώς η συσκευασία του δεν είναι σύμφωνη με τους όρους και την περιγραφή της σχετικής διακήρυξης και συνεπώς η προσφορά της αποκλείεται β) για την εταιρεία «...», προκύπτει ότι σύμφωνα με τα προσκομισθέντα δείγματα και με το από 26/05/2021 διευκρινιστικό έγγραφο, καλύπτει τους όρους της διακήρυξης, μόνο όμως ρητά για την συσκευασία «φιαλίδιο με πώμα» και όχι για τη συσκευασία tetra pack που προσφέρει. Συνεπώς αποκλείεται η συσκευασία tetra pack και προκρίνεται ΜΟΝΟ η

συσκευασία «φιαλίδιο με πώμα».Ως προς την οικονομική προσφορά της μοναδικής προσφοράς που πληροί τις προδιαγραφές της διακήρυξης και μόνο για την συσκευασία «φιαλίδιο με πώμα» της εταιρείας «...», προκύπτει ότι η οικονομική προσφορά κρίνεται αποδεκτή. Συνεπώς η εταιρεία «...» κηρύσσεται προσωρινή ανάδοχος με τιμή ανά συσκευασία κουτιού γάλακτος και μεταφορικών € 0,361, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και αριθμό διανομών ανά σχολικό έτος 23, σύμφωνα με την οικονομική της προσφορά: Μετά την επέλευση των έννομων αποτελεσμάτων της παρούσης, θα σταλεί πρόσκληση προσκόμισης δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στην σχετική διακήρυξη στην εταιρεία «...»[...].

12. Επειδή, με την προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι είναι μη νόμιμος ο αποκλεισμός του με την ανωτέρω αιτιολογία, η οποία, κατά τους ισχυρισμούς του, είναι γενική και αόριστη. Περαιτέρω δε και σε κάθε περίπτωση, κατά τον προσφεύγοντα εσφαλμένα η επιτροπή του διαγωνισμού έκρινε ότι το προσφερόμενο είδος και συγκεκριμένα η συσκευασία αυτού δεν φέρει οπή. Ακόμη, ως ισχυρίζεται ο προσφεύγων θα έπρεπε κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής ν'απορριφθεί η προσφορά της εταιρείας ...λόγω παραβίασης των απαράβατων όρων της διακήρυξης σχετικά με την μη υποβολή εναλλακτικής προσφοράς καθώς και λόγω της λήψης υπόψη και αξιολόγησης εγγράφου για το οποίο ο προσφεύγων εκφράζει την άποψη ότι δεν είχε υποβληθεί κατά τον κρίσιμο χρόνο, καθώς ουδέποτε αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ.

13.Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι : «11. Επί της προρρηθείσας Προδικαστικής Προσφυγής (ΠΠ) και των όσων εκτενώς μνημονεύονται σε αυτή, η Υπηρεσία μας κρίνει (ως Αναθέτουσα Αρχή της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας) πως η αναλυτικώς αποτυπωθείσα επιχειρηματολογία στο προοίμιο της στο θέμα του παρόντος εγγράφου μνησθείσας αποφάσεως [αριθ. 1669/161947 /18-06-2021 (ΑΔΑ: ...)], κατά της οποίας στρέφεται η υπόψη ΠΠ, αναλύει ενδελεχώς τις ενέργειές της, σύμφωνα με το κανονιστικό πλαίσιο υπ' αριθ. 3557/ΒΒ/2021 (ΑΔΑΜ ...) Διακήρυξης και ως εκ τούτου, εμμένει στις ήδη εκτεθείσες, με την εν λόγω απόφαση, απόψεις της και αιτείται την απόρριψη της κρινόμενης

Αριθμός απόφασης: Α 202/2021

Προδικαστικής Προσφυγής. Περαιτέρω αναφορικά με το αίτημα χορήγησης αναστολής εκτέλεσης –προσωρινών μέτρων, η Υπηρεσία μας επισημαίνει ότι κρίνεται απαραίτητη και κατεπείγουσα η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας και η μη αναστολή αυτής στα πλαίσια των στενών χρονικών περιθωρίων που μένουν μέχρι την ολοκλήρωση του σχολικού έτους 2020-2021 (με την παράταση λήγει 30/09/2021, επισυνάπτεται σχετικός Κανονισμός). Στην περίπτωση που δεν υπογραφεί η εκτελεστική σύμβαση που αφορά το σχολικό έτος 2020-2021 έως, το αργότερο, τέλος Αυγούστου, δεν θα καταστεί δυνατή η υλοποίηση του προγράμματος, ούτε καν εν μέρει, για το πρώτο σχολικό έτος, ήτοι το 2020-2021 το οποίο με την χορηγηθείσα παράταση λήγει για τους σκοπούς του εν λόγω προγράμματος στο τέλος Σεπτεμβρίου 2021. Να σημειωθεί η σπουδαιότητα που δίδεται τόσο από την Ε.Ε. όσο και από το Ελληνικό κράτος στην υλοποίηση του προγράμματος της δωρεάν διανομής γάλακτος σε μαθητές δημοτικών σχολείων, καθώς πρόκειται για ευαίσθητη κοινωνική ομάδα, ιδιαίτερης κοινωνικής αξίας και η παρακαταθήκη του προγράμματος ευελπιστούμε να προσδώσει διατροφικές συνήθειες και κατευθύνσεις στα παιδιά που θα τα ακολουθούν στην μελλοντική τους διατροφική πορεία».

14. Επειδή το άρθρο 18 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης[...]».

15. Επειδή, το άρθρο 53 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι : «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών. 2. Τα έγγραφα της σύμβασης ...περιέχουν ιδίως :[...] 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, [...] ιζ) τους απαράβατους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς [...] κ) τα απαιτούμενα αποδεικτικά μέσα (δηλώσεις, δικαιολογητικά κ.λπ.)[...].».

16.Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 71 του ν. 4412/2016 « Οι συμβάσεις ανατίθενται εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) η προσφορά συνάδει με τις απαιτήσεις, τις προϋποθέσεις και τα κριτήρια που προβλέπονται στην προκήρυξη σύμβασης... και στα έγγραφα της σύμβασης... β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος ... πληροί τα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75 έως 77...».

17. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: « [...]2.4 Κατάρτιση - Περιεχόμενο Προσφορών. 2.4.1 Γενικοί όροι υποβολής προσφορών. Οι προσφορές υποβάλλονται με βάση τις απαιτήσεις που ορίζονται στα Παραρτήματα της Διακήρυξης. Οι προσφορές μπορούν να υποβάλλονται για όλα τα είδη της Διακήρυξης ή για μέρος αυτών. Υποχρεωτικά η προσφορά θα καλύπτει τη συνολική ποσότητα κάθε είδους. Δεν επιτρέπονται εναλλακτικές προσφορές. Η ένωση οικονομικών φορέων υποβάλλει κοινή προσφορά [...]2.4.3.2 Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο “Απαιτήσεις-Τεχνικές Προδιαγραφές” του Παραρτήματος Ι της Διακήρυξης περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων υπηρεσιών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα Ι. Οι οικονομικοί φορείς αναφέρουν το τμήμα της σύμβασης που προτίθενται να αναθέσουν υπό μορφή υπεργολαβίας σε τρίτους, καθώς και τους υπεργολάβους που προτείνουν. Επιπλέον στην τεχνική προσφορά θα πρέπει να περιλαμβάνονται και τα κάτωθι: • Άδεια λειτουργίας της /των εγκατάστασης/σεων του οικονομικού φορέα, σε ισχύ κατά την υποβολή της προσφοράς. • Αναφορά

Αριθμός απόφασης: Α 202/2021

της επιχειρηματικής μονάδας και του τόπου εγκατάστασης που θα πραγματοποιηθεί η αποθήκευση, συσκευασία και οργάνωση της διανομής των προσφερόμενων προϊόντων • Κατάσταση των οχημάτων φορτηγών ψυγείων με τα οποία θα πραγματοποιηθούν οι διανομές • Αντίγραφα των αδειών κυκλοφορίας των ως άνω οχημάτων και άδειες ή βεβαιώσεις καταλληλότητας οχημάτων από τις αρμόδιες κατά περίπτωση υπηρεσίες. • Πιστοποιητικό Ε.Ο.ΑΝ. (ΕΛΛΗΝΙΚΟΣ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΑΝΑΚΥΚΛΩΣΗΣ) σε ισχύ, του προσφέροντος οικονομικού φορέα Προσκόμιση δείγματος: Οι οικονομικοί φορείς θα πρέπει να καταθέσουν δείγμα, στην επιτροπή αξιολόγησης εντός των πρώτων 15 ημερών από την υποβολή της προσφοράς τους. Η ακριβής ημερομηνία και ο τόπος κατάθεσης του δείγματος θα τους κοινοποιηθεί εγγράφως μετά την υποβολή της προσφοράς τους, καθώς λόγω ευπάθειας του προϊόντος και των συνθηκών που επικρατούν εξαιτίας της πανδημίας δεν μπορεί να προκαθοριστεί ο τόπος και ο χρόνος παράδοσης του. Το δείγμα θα συνοδεύεται από δελτίο αποστολής το οποίο θα πρέπει να πρωτοκολληθεί. Σε κάθε δείγμα θα πρέπει να υπάρχει καρτελάκι το οποίο θα αναγράφει: «Δείγμα Τεχνικής Προσφοράς» , τα στοιχεία του συμμετέχοντα οικονομικού φορέα, ο τίτλος και ο αριθμός της διακήρυξης. Τα δείγματα πρέπει να είναι σύμφωνα με τις αναφερόμενες στην παρούσα διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές. Η αδυναμία εμπρόθεσμης και προσήκουσας προσκόμισης δείγματος από τους υποψηφίους αναδόχους συνιστά λόγο αποκλεισμού της προσφοράς τους. Τα δείγματα αξιολογούνται κατά το στάδιο αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών με μακροσκοπικό έλεγχο[...]

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών. Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς)[...]δ) η οποία είναι εναλλακτική προσφορά, ε) η οποία υποβάλλεται από έναν προσφέροντα που έχει υποβάλλει δύο ή περισσότερες προσφορές. Ο περιορισμός αυτός

Αριθμός απόφασης: Α 202/2021

ισχύει, υπό τους όρους της παραγράφου 2.2.3.4 περ.γ της παρούσας (περ. γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του ν. 4412/2016) και στην περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων με κοινά μέλη, Καθώς και στην περίπτωση οικονομικών φορέων που συμμετέχουν είτε αυτοτελώς είτε ως μέλη ενώσεων., [...]θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης[...]Γ. ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ ΠΡΟΙΟΝΤΟΣ Γ1. ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΠΡΟΙΟΝΤΟΣ Το προς διανομή προϊόν είναι πλήρες παστεριωμένο αγελαδινό γάλα, το οποίο θα έχει παραχθεί σύμφωνα με τον Κώδικα Τροφίμων και Ποτών και τις κείμενες εθνικές και ενωσιακές διατάξεις που ισχύουν για την παραγωγή, εμπορία και διάθεση γάλακτος κατανάλωσης (παρουσιάζει αρνητική αντίδραση στη δοκιμασία φωσφατάσης και θετική στη δοκιμασία υπεροξειδάσης), και (2) σε εγκεκριμένες από τον ΕΦΕΤ μονάδες επεξεργασίας γάλακτος, οι οποίες τηρούν σύστημα αυτοελέγχου σύμφωνα με τις αρχές του HACCP. Η προμήθεια του πλήρους παστεριωμένου γάλακτος θα γίνεται σε συσκευασία κατάλληλη για τρόφιμα με εύκολο άνοιγμα για κατανάλωση από παιδιά, η οποία φέρει υποχρεωτικά: (1) καπάκι ή (2) οπή για αποκλειστικά βιοδιασπώμενο καλαμάκι το οποίο προσαρτάται υποχρεωτικά στην εν λόγω συσκευασία. Η διάρκεια ζωής του γάλακτος θα είναι τέτοια ώστε η ημερομηνία λήξης να είναι τουλάχιστον μία μέρα μετά την παράδοση του προϊόντος στη σχολική μονάδα[...]».

18.Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003, ΣτΕ Ε.Α. 523/2010), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007, IV Τμήμα ΕλΣυν 70/2003, 105/2002, 78/2001, 4/2001, 85/2000). Ως εκ τούτου,

προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτέες, ακόμη και στις περιπτώσεις που η διακήρυξη δεν αναφέρει ρητά (κατά μείζονα δε λόγο, όταν ορίζει) ότι οι εν λόγω απαιτήσεις τάσσονται επί ποινή αποκλεισμού (ΕΑ ΣΤΕ 79/ 2009, πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 26/2007 κ.ά.). Τα παραπάνω προκύπτουν και από την αρχή της ισότιμης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας, που επιβάλλει την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης και την κρίση επί των προδιαγραφών και προσκομιζόμενων δικαιολογητικών κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construcrtion Ltd, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54), καθώς οι προσφορές τους θα αξιολογηθούν στα επόμενα στάδια επί τη βάση των όσων δήλωσαν, προσκόμισαν και εν τέλει ίσχυαν κατά τον ως άνω κρίσιμο χρόνο (ήτοι αυτόν της ολοκλήρωσης χρόνου υποβολής προσφορών).

19. Επειδή, είναι θεμιτός και σύμφωνος με την αρχή της τυπικότητας, της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης ο αποκλεισμός υποψηφίου λόγω μη τήρησης υποχρεώσεων που απορρέουν από τα σχετικά με τη διαδικασία έγγραφα και την ισχύουσα εθνική νομοθεσία εφόσον είναι σαφής (βλ. εξ αντιδιαστολής Απόφαση Pizzo Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51).

20. Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27). Τούτο ισχύει κατά μείζονα λόγο σε περίπτωση ενδεχόμενου αποκλεισμού από τη διαδικασία (C27/15, Pizzo Pizzo, ECLI:C:2016:404, σκ. 42).

21.Επειδή η αρχή της τυπικότητας, η οποία διέπει γενικά τη διενέργεια των διαγωνισμών (βλ. ΣΤΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013,

111/2006, 597/2007 κ. ά.) εξυπηρετεί τις ανάγκες της διαφάνειας, της αποφυγής του κινδύνου αλλοίωσης των προσφορών και της ευχερούς εξέτασης και αξιολόγησής τους (Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Β΄ Έκδοση, Εκδόσεις ΣΑΚΚΟΥΛΑ, 2017, σελ. 195 επ.). Σύμφωνα, δε, με την εν λόγω αρχή, δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή απόρριψης της προσφοράς.

22.Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

23.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. 1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της[...].».

24.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». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος

αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής -λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, 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.

25. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων 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 (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

26. Επειδή για την οριστική κρίση επί των ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προσβαλλομένη, απαιτείται ενδελεχής έρευνα που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

Αριθμός απόφασης: Α 202/2021

27. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος από τον αποκλεισμό της συμμετοχής του στο διαγωνισμό είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 739/2008, 1087/2006, 822/2005).

28. Επειδή η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά 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 διαγωνιστική διαδικασία. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος καθώς και η επικαλούμενη από την αναθέτουσα αρχή αναγκαιότητα να μην απωλέσει την χρηματοδότηση για τη διενέργεια του διαγωνισμού επιτάσσουν εξίσου με την ταχεία διεξαγωγή και την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣτΕ 840/2008).

29. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη. Σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τα ανωτέρω, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι λιγότερες από τα οφέλη σύμφωνα με τα αναφερόμενα ανωτέρω.

30. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της υπό εξέταση προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

31. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

32. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της προσβαλλόμενης απόφασης και λήψης προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων του αιτούντος.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό εξέταση προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

Αριθμός απόφασης: Α 202/2021

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 7 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
Γεώργιος-Βασίλειος Ελευθεριάδης