

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^οΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 31 Ιουλίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Σειραδάκης Πρόεδρος και Εισηγητής, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην, από 27.07.2020 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 999/28.07.2020 της Ετερόρρυθμης Εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στον ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η με α/α ... Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικού της ... Συνεδρίασης) του Διοικητικού Συμβουλίου του Ν.Π.Δ.Δ. με την επωνυμία «... ..», Θέμα 4^ο (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με αριθμό πρωτοκόλλου ... Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της για τις ομάδες προϊόντων της διακήρυξης με α/α 1, 18, 27, 29, 34, 46, 61, 65, 81, 92 του διαγωνισμού. Ταυτόχρονα, σωρεύει στην προσφυγή της και αίτημα να διαταχθούν προσωρινά μέτρα που θα αναστέλλουν την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης, καθώς και την πρόοδο της διαδικασίας του διαγωνισμού, 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, το ως Αναθέτουσα Αρχή προκήρυξε Δημόσιο Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό, με αριθμό Διακήρυξης 2/2020 και αριθμό πρωτοκόλλου Διακήρυξης ... και Αριθμό Συστήματος Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Διαγωνισμών (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) ..., η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 08.05.2020, με μοναδικό κωδικό-Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (Α.Δ.Α.Μ.) ..., με κριτήριο κατακύρωσης: α) την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, με βάση τη χαμηλότερη τιμή στα είδη που η προσφορά θα δοθεί σε απόλυτες τιμές και β) με το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης στα είδη που η προσφορά θα δοθεί με ποσοστό έκπτωσης επί της % που υπολογίζεται στη νόμιμη διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής τιμής πώλησης του είδους, τη μέρα της παράδοσης του, η οποία προκύπτει από το εκάστοτε εκδιδόμενο δελτίο τιμών έκπτωσης, από το τμήμα προστασίας καταναλωτή του Τμ. Εμπορίου και Τουρισμού από την Π.Ε. της έδρας του εκάστοτε Παραρτήματος του ...), στον ΚΑΕ 1511, για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια «ΕΙΔΩΝ ΔΙΑΤΡΟΦΗΣ» (CPV: ...), συνολικού προϋπολογισμού εκατόν ογδόντα πέντε χιλιάδων εξακοσίων είκοσι εννέα ευρώ και εξήντα τεσσάρων λεπτών (185.629,64 €) συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 13% και 24%, ήτοι προϋπολογισμού εκατόν εξήντα τεσσάρων χιλιάδων εκατόν πενήντα ενός ευρώ και δεκαεννέα λεπτών (164.151,19 €) χωρίς Φ.Π.Α., με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 30^η Μαΐου 2020, ημέρα Σάββατο και ώρα 12:00 π.μ. και ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών την 4^η Ιουνίου 2020, ημέρα Πέμπτη και ώρα 10:00 π.μ. Η προσφεύγουσα εταιρεία υπέβαλε εμπρόθεσμα στις 30.05.2019 την υπ' αριθμ. 174984 προσφορά της στον ανωτέρω Διαγωνισμό και πλέον με την υπό κρίση Προσφυγή της, στρέφεται κατά της με α/α ... Απόφασης (Απόσπασμα Πρακτικού της ... Συνεδρίασης) του Διοικητικού Συμβουλίου του Ν.Π.Δ.Δ. με την επωνυμία «... ..», Θέμα 4^ο (ΑΔΑ: ...), η οποία αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις

17.07.2020, οπότε και έλαβε πλήρη γνώση της η προσφεύγουσα. Η προσφεύγουσα εταιρεία κατέθεσε στις 27.07.2020 στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. την υπό κρίση Προσφυγή της και την κοινοποίησε στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρεία επικαλείται στην υπό κρίση Προσφυγή της ότι η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε εσφαλμένα με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της για τις ομάδες προϊόντων της διακήρυξης με α/α 1, 18, 27, 29, 34, 46, 61, 65, 81, 92 του διαγωνισμού, για τους λόγους που αναλυτικά εκτίθενται στην υπό κρίση προσφυγή.

3. Επειδή, η προσφεύγουσα αιτείται: α) να γίνει δεκτή η προδικαστική προσφυγή, β) να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί η προσβαλλόμενη με α/α ... Απόφαση (Απόσπασμα Πρακτικού της ... Συνεδρίασης) του Διοικητικού Συμβουλίου του Ν.Π.Δ.Δ. με την επωνυμία «... ...», Θέμα 4^ο (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με αριθμό πρωτοκόλλου ... Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της, γ) να αναδειχθεί η προσφεύγουσα ως προσωρινός ανάδοχος για τις ομάδες προϊόντων της διακήρυξης με α/α 1, 18, 27, 29, 34, 46, 61, 65, 81, 92 του διαγωνισμού με τα ποσά χωρίς Φ.Π.Α., όπως προέκυψαν από το άνοιγμα των προσφορών, δ) να συνεχιστεί η διαδικασία του διαγωνισμού με την κλήση της προσφεύγουσας για την προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης και ε) να της επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

4. Επειδή μετά ταύτα, η προσφεύγουσα εταιρεία αιτείται να διαταχθούν προσωρινά μέτρα που θα αναστέλλουν την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης, καθώς και την πρόοδο της διαδικασίας του διαγωνισμού, 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.

Αριθμός Απόφασης: Α209/2020

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 ...), όπως εξοφλήθηκε δυνάμει του από 27.07.2020 αποδεικτικού εξόφλησης της Τράπεζας Eurobank Ergasias A.E., ποσού εξακοσίων ευρώ (600,00 €) και έχει δεσμευτεί, δυνάμει του αντίστοιχου αποδεικτικού αυτόματης δέσμευσης του παραβόλου της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων (Γ.Γ.Π.Σ.).

7. Επειδή, ο επίμαχος 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 του 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. α) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α) του Ν. 4412/2016.

11. Επειδή, στις 29.07.2020, η Αναθέτουσα Αρχή προέβη στην κοινοποίηση της υπό εξέταση Προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, μέσω της «επικοινωνίας» του Διαγωνισμού στον διαδικτυακό τόπο του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.

12. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, προσκλήθηκε, από τον Πρόεδρο του 7^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της υπ' αριθμ. 1218/29.07.2020 Πράξης του «Περί Ορισμού Ημερομηνίας Εξέτασης Προδικαστικής Προσφυγής & Εισηγητή – Κλήση περί Απόψεων επί Αιτήματος Προσωρινών Μέτρων», η οποία της κοινοποιήθηκε

στις 29.07.2020 και δεν υπέβαλε, εντός της οριζόμενης προθεσμίας, στο οικείο Κλιμάκιο, τις προβλεπόμενες από το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 9 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017, απόψεις της, σχετικά με το αίτημα χορήγησης προσωρινών μέτρων για την υπό κρίση προσφυγή.

13. Επειδή, στην κρινόμενη προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στο αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και υπέβαλε παραδεκτά προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό, η οποία κρίθηκε κατ' αρχήν απορριπτέα για τις ομάδες προϊόντων της διακήρυξης με α/α 1, 18, 27, 29, 34, 46, 61, 65, 81, 92 του διαγωνισμού, προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει κατ' αρχήν βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη άμεσου, προσωπικού και ενεστώτος εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της με α/α ... Απόφασης (Απόσπασμα Πρακτικού της ... Συνεδρίασης) του Διοικητικού Συμβουλίου του Ν.Π.Δ.Δ. με την επωνυμία «... ...», Θέμα 4^ο (ΑΔΑ: ...), δυνάμει της οποίας αποφασίστηκε ομόφωνα η έγκριση του με αριθμό πρωτοκόλλου ... Πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης Αποτελεσμάτων του Διαγωνισμού, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της για τις ομάδες προϊόντων της διακήρυξης με α/α 1, 18, 27, 29, 34, 46, 61, 65, 81, 92 του διαγωνισμού.

Νομίμως και κατ' αρχήν παραδεκτά φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της Α.Ε.Π.Π.

14. Επειδή, όπως προκύπτει από τις επικαλούμενες από την προσφεύγουσα διατάξεις, αλλά και το σύνολο των όσων ορίζονται στο κείμενο της Διακήρυξης, κατά την κρίση του Κλιμακίου, πράγματι πιθανολογείται ότι η κρίση της αναθέτουσας αρχής είναι εσφαλμένη, κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της για τις ομάδες προϊόντων της διακήρυξης με α/α 1, 18, 27, 29, 34, 46, 61, 65, 81, 92 του διαγωνισμού.

15. Επειδή, από τον συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 20 παρ. 1, 94 και 95 του Συντάγματος, συνάγεται ότι ο κοινός νομοθέτης υποχρεούται να

εξασφαλίζει τη δυνατότητα έννομης προστασίας έναντι των εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών. Η προστασία αυτή, δεν αφορά μόνο την οριστική επίλυση της διαφοράς, αλλά περιλαμβάνει και την προσωρινή δικαστική προστασία, δηλαδή τη λήψη του μέτρου που κρίνεται κατάλληλο για να αποσοβηθεί η ανεπανόρθωτη βλάβη, που κατά περίπτωση συνδέεται με την άμεση εκτέλεση της διοικητικής πράξης, ήτοι για να αποσοβηθεί η ματαίωση του σκοπού, για τον οποίο παρέχεται το κύριο ένδικο βοήθημα. Ως ανεπανόρθωτη δε βλάβη, η αποσόβηση της οποίας καθιστά, συνταγματικά επιβεβλημένη την παροχή προσωρινής προστασίας, νοείται όχι μόνον η κατά κυριολεξία μη αναστρέψιμη, αλλά και εκείνη, της οποίας η αποκατάσταση, υπό τις συγκεκριμένες οικονομικές και λοιπές συνθήκες, είναι για το διάδικο δυσχερής σε τέτοιο βαθμό, ώστε να αδυνατεί πράγματι να την επιτύχει. Περίπτωση δε πρόδηλης βασιμότητας του κύριου ένδικου βοηθήματος συντρέχει, ιδίως, όταν αυτό βασίζεται σε πάγια νομολογία ή σε νομολογία της Ολομέλειας του Συμβουλίου της Επικράτειας και, πάντως, όχι όταν πιθανολογείται απλώς η ευδοκίμησή του (ΕΑ ΣτΕ 496/2011).

16. Επειδή, ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση προσφυγή, καθίσταται προφανές ότι η αξιολόγηση και η διαπίστωση της βασιμότητας και η οριστική κρίση επί των προβαλλόμενων λόγων προσφυγής της προσφεύγουσας απαιτεί ενδελεχή έρευνα, εμπεριέχει δε κρίση που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 631/2011, 367/2008, 709/2007 ΔΕφΑθ (Συμβ) 109/2011, 166/2011 9/2015, 10/2015, 35/2015, 41/2015, 46/2015), αλλά ανήκει στην κρίση του Δικαστηρίου, εν προκειμένω την Α.Ε.Π.Π., η οποία θα κρίνει επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής υπό το φως της κείμενης νομοθεσίας και νομολογίας.

17. Επειδή, ενόψει των όσων εκτέθηκαν αναλυτικά στην παρούσα, οι προβαλλόμενοι με την κρινόμενη προσφυγή λόγοι δεν θεωρούνται ότι είναι προδήλως αβάσιμοι ή απαράδεκτοι, με συνέπεια, να πιθανολογείται η ευδοκίμησή τους.

18. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη σύναψη σύμβασης για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια ειδών διατροφής για τις ανάγκες του 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, το οικείο Κλιμάκιο, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του, καθώς και τα συμφέροντα της προσφεύγουσας και του αναθέτοντος φορέα, κρίνει πρέπει κατ' αποδοχή του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων, 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 (ΔΕφΑθ (Αναστ) 512/2011, 691/2012, 263/2013).

19. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής του αναθέτοντος φορέα από την έκδοση οιασδήποτε Απόφασης, τη διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή/και τη ματαίωση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης ενέργειας, καθόσον σε περίπτωση αποδοχής της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, όλες οι επόμενες (της νυν προσβαλλόμενης), πράξεις θα είναι άκυρες, μέχρι την έκδοση Απόφασης της Α.Ε.Π.Π επί της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής. Εξάλλου, 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 προκύπτει υπέρμετρη καθυστέρηση της διαδικασίας.

20. Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που κριθεί με την Απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής ότι η προσβαλλόμενη πράξη είναι ακυρωτέα, γιατί

παραβιάζει τις κείμενες διατάξεις για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, αλλά και τις θεμελιώδεις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης, της αναλογικότητας και του ελεύθερου ανταγωνισμού.

21.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα χορήγησης αναστολής-προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί χορήγησης αναστολής-προσωρινών μέτρων.

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 31 Ιουλίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Μιχάλης Π. Σειραδάκης

Ελένη Χούλη