

Αριθμός απόφασης: Α 309 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 4 Ιουλίου 2019, με την εξής σύνθεση:
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή –Εισηγήτρια
και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει την με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) 800/01-07-2019 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, οδός αρ. Η εν λόγω προσφυγή ασκήθηκε στο πλαίσιο διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την με αριθ., με κωδικό αριθμό συστήματος, διακήρυξη ανοικτού διαγωνισμού για την προμήθεια τροφίμων για την κάλυψη των αναγκών του, εκτιμώμενης αξίας 1.310.394,30 (πλέον ΦΠΑ) της αναθέτουσας αρχής «.....». Με την ως άνω προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της με αριθ. 96/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του, με την οποία επικυρώθηκαν το με αριθ. 21403/06-06-2019 πρακτικό διεξαγωγής διαγωνισμού και το με αριθ. 23120/19-06-2019 πρακτικό αξιολόγησης οικονομικών προσφορών, κατά το σκέλος αυτής με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας στο πλαίσιο της υποομάδας Α2 (είδη παντοπωλείου) του διαγωνισμού για τεχνικούς λόγους.

Με την ανωτέρω προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ως άνω προσβαλλόμενης απόφασης.

Στην ανωτέρω προσφυγή σωρεύεται και αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας με αίτημα την αναστολή εκτέλεσης της

Αριθμός απόφασης: Α 309 / 2019

προσβαλλομένης διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το παράβολο για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.)», ποσού 970,00€ (με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου), το οποίο έχει υπολογιστεί δυνάμει της εκτιμώμενης αξίας του τμήματος της σύμβασης στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η υπό κρίση προσφυγή (υποομάδα Α2), ποσού 193.495,50 Ευρώ (πλέον Φ.Π.Α.)

2. Επειδή, η ανωτέρω προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, περιέχει δε τα κατά Νόμον ουσιώδη στοιχεία και συνεπώς παραδεκτώς άγεται προς εξέταση ενώπιον της ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, η ανωτέρω προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 α' του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 α' του Ν.4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 26-06-2019 μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε στις 28-06-2019, ήτοι εντός δεκαημέρου από την πλήρη γνώση αυτής κατά τα ανωτέρω.

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η εν λόγω προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέταση της, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν.4412/2016, η οποία ανέρχεται σε ποσό 1.310.394,30 Ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Επιπροσθέτως, παραδεκτώς ασκείται ενώπιον της ΑΕΠΠ βάσει του αντικειμένου της (προμήθεια), της ημερομηνίας δημοσίευσης της διακήρυξης

Αριθμός απόφασης: Α 309 / 2019

στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ (12-04-2019), ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, 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).

5. Επειδή, με την ανωτέρω προσφυγή η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εσφαλμένως απορρίφθηκε η προσφορά της στην υποομάδα Α2 του διαγωνισμού με την κάτωθι αιτιολογία: «[...]η προσφορά της εταιρείας, για την ΥΠΟΟΜΑΔΑ Α.2, δεν υποβλήθηκε σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης και της υπ' αριθ. μελέτης της Δ/σης Τεχνικών Υπηρεσιών του[...], καθώς, κατά τους ισχυρισμούς της, προσκόμισε εμπρόθεσμα όλα τα πιστοποιητικά εφαρμογής και ορθής λειτουργίας συστήματος HACCP για τα είδη που απαιτούνταν και για τα οποία η προσφέρουσα δεν ήταν παραγωγός, σύμφωνα με τον όρο της με αριθ. Μελέτης της Δ/σης τεχνικών υπηρεσιών της αναθέτουσας αρχής. Ειδικότερα για το είδος «Αραβοσιτέλαιο» προσκόμισε πιστοποιητικό ISO 22000 της εταιρείας, το οποίο αναφέρεται σε «φυτικά έλαια», όπως είναι και το αραβοσιτέλαιο.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον στην άσκηση της υπό κρίση προσφυγής καθώς αυτή συμμετέχει στον υπό κρίση διαγωνισμό κι επιδιώκει ν' αναδειχθεί η ίδια ανάδοχος της προμήθειας σε περίπτωση που γίνει δεκτή η προσφυγή 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*

Αριθμός απόφασης: Α 309 / 2019

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 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».

Αριθμός απόφασης: Α 309 / 2019

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

13. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε 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 εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται

Αριθμός απόφασης: Α 309 / 2019

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 της προκείμενης προσβαλλόμενης πράξης του αναθέτοντος φορέα, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας εις βάρος όλων των εν δυνάμει υποψηφίων συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων τίθεται ομοίως εν αμφιβόλω.

14. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017 η προθεσμία για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας, η οποία διαπιστώνεται με απόφαση του οικείου σχηματισμού της Α.Ε.Π.Π., εκτός εάν η Α.Ε.Π.Π. κατά τη διαδικασία χορήγησης προσωρινών μέτρων με το άρθρο 15 του Π.Δ. 39/2017 αποφανθεί διαφορετικά, ήτοι κρίνει ότι δύναται να υπογραφεί η σχετική σύμβαση καίτοι έχει ασκηθεί προδικαστική προσφυγή.

15. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 3. ΔΙΕΝΕΡΓΕΙΑ ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑΣ - ΑΞΙΟΛΟΓΗΣΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ /3.1 Αποσφράγιση και αξιολόγηση προσφορών: «3.1.1 Ηλεκτρονική αποσφράγιση προσφορών Το πιστοποιημένο στο ΕΣΗΔΗΣ, για την αποσφράγιση των προσφορών αρμόδιο όργανο της Αναθέτουσας Αρχής (Επιτροπή Διαγωνισμού), προβαίνει στην έναρξη της διαδικασίας ηλεκτρονικής αποσφράγισης των φακέλων των προσφορών, κατά το άρθρο 100 του ν. 4412/2016, ακολουθώντας τα εξής στάδια: □ Ηλεκτρονική Αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» την Παρασκευή 17/05/2019 και ώρα 11:00 π.μ., ήτοι (4) εργάσιμες ημέρες μετά την καταληκτική ημερομηνία προσφορών. □ Ηλεκτρονική Αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Οικονομική Προσφορά», κατά την ημερομηνία και ώρα που θα ορίσει η αναθέτουσα αρχή □ Ηλεκτρονική Αποσφράγιση του (υπό)φακέλου «Δικαιολογητικά κατακύρωσης», κατά την ημερομηνία και ώρα που θα ορίσει η αναθέτουσα αρχή [...]3.1.2 Αξιολόγηση προσφορών Μετά την κατά περίπτωση ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών η Αναθέτουσα Αρχή προβαίνει

Αριθμός απόφασης: Α 309 / 2019

στην αξιολόγηση αυτών μέσω των αρμόδιων πιστοποιημένων στο Σύστημα οργάνων της, εφαρμοζόμενων κατά τα λοιπά των κειμένων διατάξεων. [...] Στη συνέχεια εκδίδεται από την αναθέτουσα αρχή μια απόφαση, με την οποία επικυρώνονται τα αποτελέσματα όλων των ανωτέρω σταδίων («Δικαιολογητικά Συμμετοχής», «Τεχνική Προσφορά» και «Οικονομική Προσφορά»), η οποία κοινοποιείται με επιμέλεια αυτής στους προσφέροντες μέσω της λειτουργικότητας της «Επικοινωνίας» του συστήματος ΕΣΗΔΗΣ. Κατά της ανωτέρω απόφασης χωρεί προδικαστική προσφυγή, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 3.4 της παρούσας [...] 3.2 Πρόσκληση υποβολής δικαιολογητικών προσωρινού αναδόχου - Δικαιολογητικά προσωρινού αναδόχου. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η αναθέτουσα αρχή αποστέλλει σχετική ηλεκτρονική πρόσκληση μέσω του συστήματος στον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), και τον καλεί να υποβάλει εντός προθεσμίας, δέκα ημερών (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) όλων των δικαιολογητικών που περιγράφονται στην παράγραφο 2.2.8.2. της παρούσας διακήρυξης, ως αποδεικτικά στοιχεία για τη μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού της παραγράφου 2.2.3 της διακήρυξης, καθώς και για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των παραγράφων 2.2.4 -2.2.7 αυτής[...]

16. Επειδή, εν προκειμένω, όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού δεν έχει αποσταλεί πρόσκληση προς υποβολή δικαιολογητικών μειοδότη, κατά τα αναφερόμενα στην προηγούμενη σκέψη, για την υποομάδα Α2 του διαγωνισμού.

17. Επειδή, η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται προδήλως απαράδεκτη ούτε αβάσιμη.

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

Αριθμός απόφασης: Α 309 / 2019

αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που κριθεί με την οριστική απόφαση ότι η προσβαλλομένη πρέπει να ακυρωθεί.

19. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο, κατά τα ως άνω, είναι η αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση αποφάσεως επί της προσφυγής από την Α.Ε.Π.Π. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί εκάστης προσφυγής, διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του άρθρου 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα την πρόοδο της διαδικασίας, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για την ταχεία πρόοδο αυτής.

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή κι αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, αποκλειστικά και μόνο για την υποομάδα Α2 του διαγωνισμού, ώστε να μην αποσταλεί πρόσκληση προς υποβολή δικαιολογητικών μειοδότη και, περαιτέρω αυτά να μην αξιολογηθούν μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη στις 04 Ιουλίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κατσίκια