

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 03.01.2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Αργυρώ Τσουλούφα – Εισηγήτρια και Γερασιμούλα Δρακονταειδή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 24.12.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1382/24.12.2018 και χρέωσης στο 2^ο Κλιμάκιο στις 24.12.2018, του οικονομικού φορέα «.....», διατηρών ατομική επιχείρηση με αντικείμενο χονδρικό και λιανικό εμπόριο σπωρολαχανικών, η οποία εδρεύει στο

Κατά της με αριθμ. πρωτ.: Φ.600.163/124/52049/12.12.2018 απόφασης της 96 Ανώτατης Διοίκησης Ταγμάτων Εθνοφυλακής «ΧΙΟΣ», 4^ο Επιτελικό Γραφείο/Ιδ, με την οποία εγκρίθηκε το από 06.12.2018 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, το οποίο δεν έκανε αποδεκτή τη συμμετοχή της ως άνω επιχείρησης λόγω έλλειψης δικαιολογητικού, στο πλαίσιο αποσφράγισης των φακέλων/προσφορών και στον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, για τον Ανοικτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό με αντικείμενο την «Προμήθεια σπωροκηπευτικών για την κάλυψη αναγκών συσσιτίου μονάδων της 96 Ανώτατης Διοίκησης Ταγμάτων Εθνοφυλακής, με κριτήριο κατακύρωσης α) τη χαμηλότερη τιμή όπως αυτή συνάγεται από το υψηλότερο ποσοστό εκπτώσεως επί τοις % επί της μέσης τιμής της λιανικής πώλησης των ειδών επί του “Δελτίου Πιστοποίησης Τιμών” του Τμήματος Εμπορίου Περιφέρειας Αττικής, που θα

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

είναι ενιαίο επί όλων των ειδών για την προμήθεια οπωροκηπευτικών για τις ανάγκες των μονάδων της 96 ΑΔΤΕ και β) την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάση τιμής σε κάθε είδος ξεχωριστά. Η κατακύρωση γίνεται τελικά στον υποψήφιο με την χαμηλότερη τιμή εκ των συμμετεχόντων των οποίων οι συμμετοχές έχουν κριθεί ως αποδεκτές με βάση τις τεχνικές περιγραφές και τους όρους της διακήρυξης. Ο συνολικός προϋπολογισμός ανέρχεται στην εκτιμώμενη αξία εκατό χιλιάδων ευρώ (100.000,00 €) χωρίς Φ.Π.Α. συνολικού προϋπολογισμού περίπου 100.000,00€ χωρίς ΦΠΑ.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση, της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία έγινε αποδεκτό το από 06.12.2018 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, το οποίο δεν έκανε αποδεκτή τη συμμετοχή της ως άνω επιχείρησης λόγω έλλειψης δικαιολογητικού, στο πλαίσιο αποσφράγισης των φακέλων/προσφορών και στον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών. Η ακύρωση της προσβαλλόμενης επιδιώκεται από την προσφεύγουσα διότι κατά τους ισχυρισμούς της παραβιάζεται η νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων καθώς και οι όροι της Διακήρυξης, για τους αναφερόμενους στην υπό εξέταση Προσφυγή της λόγους.

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται την αναστολή προόδου της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, σωρεύοντας στη προσφυγή της σχετικό αίτημα περί αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προόδου της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. 15/2018 Διακήρυξη της 96 Ανώτατης Διοίκησης Ταγμάτων Εθνοφυλακής «ΧΙΟΣ», 4^ο Επιτελικό Γραφείο/Ιιδ, προκηρύχθηκε ανοικτός, ηλεκτρονικός διαγωνισμός με αντικείμενο την

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

ανάδειξη μειοδότη προμηθευτή για την προμήθεια οπωροκηπευτικών για την κάλυψη των αναγκών συσσιτίου μονάδων της 96 ΑΝΩΤΑΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ ΤΑΓΜΑΤΩΝ ΕΘΝΟΦΥΛΑΚΗΣ (Κωδικός NUTS: EL 413) με κριτήριο κατακύρωσης α) τη χαμηλότερη τιμή όπως αυτή συνάγεται από το υψηλότερο ποσοστό εκπτώσεως επί τοις % επί της μέσης τιμής της λιανικής πώλησης των ειδών επί του “Δελτίου Πιστοποίησης Τιμών” του Τμήματος Εμπορίου Περιφέρειας Αττικής, που θα είναι ενιαίο επί όλων των ειδών για την προμήθεια οπωροκηπευτικών για τις ανάγκες των μονάδων της 96 ΑΔΤΕ και β) την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάση τιμής σε κάθε είδος ξεχωριστά. Η κατακύρωση γίνεται τελικά στον υποψήφιο με την χαμηλότερη τιμή εκ των συμμετεχόντων των οποίων οι συμμετοχές έχουν κριθεί ως αποδεκτές με βάση τις τεχνικές περιγραφές και τους όρους της διακήρυξης. Ο συνολικός προϋπολογισμός ανέρχεται στην εκτιμώμενη αξία εκατό χιλιάδων ευρώ (100.000,00 €) περίπου χωρίς Φ.Π.Α. Το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) την 07.11.2018, όπου έλαβε συστημικό αριθμό α/α 66787.

2. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 νόμιμο, αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 249334171959 0219 0038), ποσού 600,00€, το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης άνευ ΦΠΑ. Η παρούσα προσφυγή αφορά την προμήθεια προϊόντων οπωροκηπευτικών προϋπολογισθείσας αξίας περίπου 100.000,00€ (100.000,00€ X 0,50% = 500,00€, πλην όμως το ύψος του παραβόλου δεν μπορεί να είναι κατώτερο από 600,00€)

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

4. Επειδή, η Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι καθ' ύλην αρμόδια για την εξέτασή της, βάσει της κατά τα ως άνω συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, που ανέρχεται σε 100.000,00€ χωρίς Φ.Π.Α, του αντικειμένου της (προμήθεια) και της ημερομηνίας δημοσίευσης της προκήρυξης της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ (ΑΔΑΜ:18PROC003966639 2018-11-07), δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι Ν. 4412/2016 και δεν υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 γ' 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, όπως προκύπτει από τα μηνύματα που έχουν αναρτηθεί μέσω της λειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (α/α. Συστήματος 66787), η προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α του Ν. 4412/2016, αφού η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες στον διαγωνισμό και στον προσφεύγοντα την 14^η-12-2018 και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 24^η-12-2018, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προσφυγής καθώς η ατομική της επιχείρηση και η εταιρεία "....." ήταν οι μόνες, που υπέβαλαν προσφορά στο εν λόγω διαγωνισμό. Μετά τον αποκλεισμό της δικής της προσφοράς και την αποδοχή της προσφοράς της "....." κατά το στάδιο της διαδικασίας αποσφράγισης του φακέλου των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς, θα αποσφραγιστεί μόνο η οικονομική προσφορά της "....." και ο προσφεύγων προσδοκά εύλογα να του ανατεθεί η προμήθεια των οπωροκηπευτικών προϊόντων από την Αναθέτουσα Αρχή και έχει ενεστώς και άμεσο έννομο συμφέρον για την άσκηση της παρούσας, καθώς γενομένης αυτής δεκτής, θα γίνει αποδεκτή η

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

συμμετοχή του και η Επιτροπή Διενέργειας Διαγωνισμού θα προβεί στην εξέταση και της δικής του οικονομικής προσφοράς ώστε να του δοθεί η ευκαιρία να κατακυρωθεί σε εκείνον ο Διαγωνισμός.

7. Επειδή, με την υπό εξέταση προσφυγή του ο προσφεύγων βάλλει κατά της προσβαλλόμενης απόφασης με αρ. πρωτ. Φ.600.163/124/52049/12.12.2018, επειδή κάνοντας αποδεκτό το από 06.12.2018 πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, έκρινε μη αποδεκτή τη συμμετοχή της ατομικής επιχείρησής του με το αιτιολογικό ότι « α) σύμφωνα με το άρθρο 6 παρ 3β του Παραρτήματος “Α” της Διακήρυξης από την Αξιολόγηση των δικαιολογητικών προκύπτει ότι η ατομική επιχείρηση του «.....» δεν έχει υποβάλει δικαιολογητικά που αφορούν στην ανάπτυξη και εφαρμογή HACCP από ιδιωτικό φορέα, που είναι διαπιστευμένος από το ΕΣΥΔ ή από φορέα διαπίστευσης, μέλος της Ευρωπαϊκής Συνεργασίας για τη Διαπίστευση και μάλιστα, μέλος της αντίστοιχης Συμφωνίας Αμοιβαίας Συνεργασίας (MLA) αυτής, ή κατά το πρότυπο EN ISO 22000:2005, στην έκταση που απαιτείται, ή βεβαίωση εφαρμογής του αντίστοιχου οδηγού υγιεινής, ανάλογα με το είδος και τη δυναμικότητα της επιχείρησης και ότι β) το δικαιολογητικό με τίτλο “Βεβαίωση Πλήρωσης Όρων Υγιεινής” κρίνεται μη αποδεκτό καθώς δεν καλύπτει τα διαλαμβανόμενα των παραγράφων 2θ(4) και 3β του άρθρου 6 του Παραρτήματος Α της διακήρυξης». Η προσβαλλόμενη, λοιπόν, έκρινε ως αποδεκτή την υποβληθείσα τεχνική προσφορά της “..... ” και μη αποδεκτή τη προσφορά του προσφεύγοντος λόγω έλλειψης δικαιολογητικού, σύμφωνα με την ανωτέρω αιτιολογία.

8. Επειδή, μετά ταύτα, ο προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης και της προόδου του διαγωνισμού.

9. 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*

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

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»

10. 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»

11. 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).

12. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «Δίδεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».

13. 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.

14. 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.

15. Επειδή, εν προκειμένω, σχετικώς με τα απαιτούμενα δικαιολογητικά, στην διακήρυξη του επίμαχου διαγωνισμού, που συνιστά το κανονιστικό του πλαίσιο, η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με το άρθρο 82 Ν. 4412/2016 (άρθρο 62 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), απαίτησε μέσω της διακήρυξης την κατοχή από τους οικονομικούς φορείς πιστοποιητικών ή

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

άλλων εγγράφων, που να αποδεικνύουν ότι αυτοί συμμορφώνονται με ορισμένα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και πληρούν τις υγειονομικές προϋποθέσεις για την άσκηση της δραστηριότητάς τους. Ένα εκ των δικαιολογητικών αυτών είναι “η βεβαίωση της αντίστοιχης Δ/σης της οικείας Περιφερειακής Ενότητας, υπεύθυνη για τρόφιμα φυτικής προέλευσης, για την καταλληλότητα της επιχείρησης ως προς τη συγκεκριμένη δραστηριότητα”, εφεξής “Βεβαίωση Καταλληλότητας”, που φέρεται ότι δεν προσκόμισε ο προσφεύγων. Ενδεικτικά, για την απόδειξη της πλήρωσης των όρων διασφάλισης ποιότητας και υγιεινής, ζητείται από το διακήρυξη στο άρθρο 6 του Παραρτήματος Α να προσκομίσουν οι οικονομικοί φορείς στο φάκελο της τεχνικής τους προσφοράς Υπεύθυνη Δήλωση ότι διαθέτουν Βεβαίωση Καταλληλότητας ή πιστοποίηση HACCP ή ISO 22000:2005 ή Βεβαίωση Εφαρμογής Αντίστοιχου Οδηγού Υγιεινής του ΕΦΕΤ (4 δικαιολογητικά διαζευκτικά) ενώ παρακάτω στο ίδιο άρθρο ζητείται να προσκομίσουν οι οικονομικοί φορείς στο φάκελο της τεχνικής τους προσφοράς HACCP ή ISO 22000:2005 ή Βεβαίωση Εφαρμογής Αντίστοιχου Οδηγού Υγιεινής του ΕΦΕΤ (3 δικαιολογητικά διαζευκτικά εκ των τριών προαναφερθέντων). Ταυτόχρονα, η προσκόμιση των ανωτέρω δικαιολογητικών διαζευκτικά ζητείται από τους οικονομικούς φορείς εκ νέου και στο φάκελο των δικαιολογητικών τους κατακύρωσης, αν τους έχει ζητηθεί ήδη η συμπερίληψή τους στο φάκελο της οικονομικής τους προσφοράς. Κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα δια των ατυχών ως άνω διατυπώσεων συνάγεται ότι η Αναθέτουσα Αρχή απαίτησε ως μέσο απόδειξης εφαρμογής και συμμόρφωσης με συγκεκριμένα πρότυπα και όρους υγιεινής την προσκόμιση ενός εκ των τεσσάρων δικαιολογητικών με το φάκελο της τεχνικής προσφοράς. Ειδικότερα στο άρθρο 6 παρ. 2 (θ) [(Προσόντα και Δικαιολογητικά Συμμετοχής), άρθρο 6 στη σελ. Α-8 και Α-12 της διακήρυξης], ορίζεται ότι «όσοι από τους δικαιούμενους συμμετοχής λάβουν μέρος στον ηλεκτρονικό διαγωνισμό πρέπει να υποβάλλουν εγκαίρως και προσηκόντως επί ποινή αποκλεισμού δικαιολογητικά ... θ. 4η Υπεύθυνη δήλωση (Υπόδειγμα όπως στην Προσθήκη “8/Α” Υπεύθυνη Δήλωση της παραγράφου 4 του άρθρου 8 του Ν. 1599/1986

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

(Α75), όπως εκάστοτε ισχύει, υπογεγραμμένη ψηφιακά, χωρίς να απαιτείται θεώρηση γνησίου υπογραφής, στην οποία να δηλώνεται ότι μέχρι την ημέρα υποβολής της προσφοράς τους για τον παρόντα διαγωνισμό: (4) ότι έχουν εγκαταστήσει και εφαρμόζουν σύστημα ανάλυσης κινδύνων και κρίσιμων σημείων ελέγχου (HACCP), σύμφωνα με τον Κανονισμό 852/2004 της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή κατά το πρότυπο EN ISO 22000:2005, ή εφαρμόζουν τον αντίστοιχο Οδηγό Υγιεινής του ΕΦΕΤ, στην έκταση που απαιτείται ανάλογα με το είδος και τη δυναμικότητα της επιχείρησης. Οι μικρής δυναμικότητας επιχειρήσεις ότι εφαρμόζουν τον αντίστοιχο οδηγό υγιεινής, σύμφωνα με την υπ' αριθ. 67/26.05.2004 απόφαση του ΔΣ του ΕΦΕΤ ή βεβαίωση της αντίστοιχης Δ/σης της οικείας Περιφερειακής Ενότητας, υπεύθυνη για τρόφιμα φυτικής προέλευσης, για την καταλληλότητα της επιχείρησης ως προς τη συγκεκριμένη δραστηριότητα ή ότι ανήκουν στην κατηγορία που δεν υποχρεούται στην πιστοποίηση του συστήματος HACCP.” Επιπλέον, στο άρθρο 6 παρ.3 β (βλ. άρθρο 6 στη σελ. Α-12 της διακήρυξης), αναφέρεται ότι “στον υποφάκελο με ένδειξη “Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά” να τοποθετηθούν τα παρακάτω: β. Δικαιολογητικά που αφορούν στην ανάπτυξη και εφαρμογή HACCP από ιδιωτικό φορέα που είναι διαπιστευμένος από το ΕΣΥΔ ή από φορέα διαπίστευσης, μέλος της Ευρωπαϊκής Συνεργασίας για τη διαπίστευση και μάλιστα, μέλος της αντίστοιχης συμφωνίας Αμοιβαίας Συνεργασίας (MLA) αυτής, ή κατά το πρότυπο EN ISO 22000:2005, στην έκταση που απαιτείται, ή βεβαίωση εφαρμογής του αντίστοιχου οδηγού υγιεινής, ανάλογα με το είδος και τη δυναμικότητα της επιχείρησης”. Εξάλλου, κατά το άρθρο 12 παρ.1 ζ [(Δικαιολογητικά Κατακύρωσης), σελ. Α-20 και Α21 της διακήρυξης] ορίζεται ότι “Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, ο προσφέρων στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση ... υποβάλλει ηλεκτρονικά μέσω του συστήματος σε μορφή αρχείου pdf και σε φάκελο σήμανση “Δικαιολογητικά Κατακύρωσης”, τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατά περίπτωση και αναφέρονται κατωτέρω: ζ. Βεβαίωση ανάπτυξης και εφαρμογής HACCP από ιδιωτικό φορέα που είναι διαπιστευμένος από το ΕΣΥΔ ή από φορέα

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

διαπίστευσης, μέλος της Ευρωπαϊκής Συνεργασίας για τη διαπίστευση και μάλιστα, μέλος της αντίστοιχης Συμφωνίας Αμοιβαίας Συνεργασίας (MLA) αυτής, ή κατά το πρότυπο EN ISO 22000:2005 στην έκταση που απαιτείται, ή βεβαίωση εφαρμογής του αντίστοιχου οδηγού υγιεινής, ανάλογα με το είδος και τη δυναμικότητα της επιχείρησης περί μη υποχρέωσης εφαρμογής HACCP ή βεβαίωση της αντίστοιχης Δ/σης της οικείας Περιφερειακής Ενότητας, υπεύθυνη για τρόφιμα ζωικής προέλευσης, για την καταλληλότητα της επιχείρησης ως προς τη συγκεκριμένη δραστηριότητα”.

16. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων της σύμβασης ο προσφεύγων προκειμένου να υποβάλει σύννομα τη συμμετοχή του στον επίμαχο διαγωνισμό και επειδή η επιχείρησή του, λόγω της δυναμικότητάς της, δεν υποχρεούται και δεν έχει πιστοποιηθεί κατά τα πρότυπα EN ISO 22000:2005 ή HACCP, απευθύνθηκε στη Διεύθυνση Δημόσιας Υγείας & Κοινωνικής Μέριμνας του Τμήματος Περιβαλλοντικής Υγιεινής & Υγειονομικού Ελέγχου της Περιφερειακής Ενότητας Χίου της Περιφέρειας του Βορείου Αιγαίου και υπέβαλε την υπ’ αριθ. Πρωτ. 2593/22.11.2018 αίτηση προκειμένου να του χορηγηθεί βεβαίωση για την καταλληλότητα της επιχείρησής του για τη συγκεκριμένη δραστηριότητα με σκοπό να τη χρησιμοποιήσει στον εν λόγω διαγωνισμό. Κατόπιν της αίτησής του, οι αρμόδιοι υπάλληλοι της ως άνω υπηρεσίας διενήργησαν υγειονομικό έλεγχο στην επιχείρησή του την 23.11.2018 και διαπίστωσαν ότι το σπωρολαχανοπωλείο του «.....» λειτουργεί νόμιμα με την υπ’ αριθ. 47/2007 (αριθ. Πρωτ. 1052/16.03.2007) Άδεια ίδρυσης & Λειτουργίας καταστήματος “ΟΠΩΡΟΛΑΧΑΝΟΠΩΛΕΙΟ” με υγειονομικά υπεύθυνο τον και πληροί τους όρους υγιεινής, εκδίδοντας την υπ’ αριθ. Πρωτ. 2593/23.11.2018 βεβαίωση, την οποία κατέθεσε ως δικαιολογητικό της διακήρυξης, όπως απαιτούνταν από το συνδυασμό των άρθρων 6 παρ.2 θ (4), 6 παρ.3 β και 12 παρ. 1ζ . Η Υπηρεσία της Περιφέρειας χορήγησε βεβαίωση καταλληλότητας για τη δραστηριότητα της επιχείρησής του, σύμφωνα με την οποία βεβαίωνε ότι λειτουργεί νόμιμα και πληροί τους υγειονομικούς όρους, πλην όμως δεν χρησιμοποίησε την ακριβή γραμματική διατύπωση, που απαιτούνταν από τη

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

διακήρυξη. Η Αναθέτουσα Αρχή προέβη την 06.12.2018 σε ηλεκτρονική αποσφράγιση των φακέλων των δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς των οικονομικών φορέων. Σχετικά με την ως άνω «βεβαίωση καταλληλότητας» ζήτησε προφορικές διευκρινίσεις τόσο από τον προσφεύγοντα όσο και από την αρμόδια Υπηρεσία της Περιφέρειας. Εν συνεχεία η Αναθέτουσα Αρχή με την προσβαλλόμενη απόφαση της αποφάνθηκε ότι το δικαιολογητικό του προσφεύγοντα με τίτλο “Βεβαίωση Πλήρωσης Όρων Υγιεινής” (Βεβαίωση Καταλληλότητας) δεν είναι αποδεκτό, διότι δεν καλύπτει τα διαλαμβανόμενα των παραγράφων 2θ (4) και 3β του άρθρου 6 του Παραρτήματος “Α” της Διακήρυξης.

17. Επειδή, ο προσφεύγων επικαλείται ότι η προσβαλλόμενη απόφαση εκδόθηκε όλως παρανόμως και καταχρηστικώς διότι παραβλέποντας την αρχή της αναλογικότητας, η αναθέτουσα αρχή επέδειξε αδικαιολόγητη τυπολατρεία και εμμονή στη διατύπωση των διατάξεων της Διακήρυξης, εφόσον δεν απεδέχθη ως το απαιτούμενο δικαιολογητικό τη χορηγηθείσα από την Υπηρεσία της Περιφέρειας Βεβαίωση Καταλληλότητας, λόγω μη ακριβούς διατύπωσής της σύμφωνα με τη διακήρυξη. Περαιτέρω, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι δεν θα μπορούσε να προσκομίσει δικαιολογητικό το οποίο καμία αρμόδια υπηρεσία δεν εκδίδει, διότι σύμφωνα με την γενική αρχή του δικαίου ότι ουδείς υποχρεούται στα αδύνατα, είναι εντελώς εσφαλμένο και στερείται λογικής και νομικής βάσης, η αναζήτηση από την πλευρά της Αναθέτουσας Αρχής ενός δικαιολογητικού που τελικώς ουδείς το εκδίδει με το λεκτικό περιεχόμενο που η ίδια επιθυμεί. Άλλωστε, στο άρθρο 6 παρ. 2θ (4) της διακήρυξης ορίζεται ότι απαιτείται μεταξύ άλλων δικαιολογητικών διαζευκτικά η προσκόμιση βεβαίωσης εφαρμογής του αντίστοιχου οδηγού υγιεινής, ανάλογα με το είδος και τη δυναμικότητα της επιχείρησης. Εντούτοις, το εν λόγω δικαιολογητικό δεν χορηγείται πλέον από τον ΕΦΕΤ για περισσότερο από 12 έτη. Πιο συγκεκριμένα, κατόπιν του από 18.12.2018 εγγράφου αιτήματος του προσφεύγοντα εκδόθηκε το υπ’ αριθ. Πρωτ. 1110/19.12.2018 έγγραφο του ΕΦΕΤ, βάσει του οποίου βεβαιώνεται ότι ο ΕΦΕΤ δεν χορηγεί βεβαιώσεις HACCP ή βεβαιώσεις περί εφαρμογής οδηγού

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

υγιεινής σύμφωνα με το με αριθμό πρωτ. 1354Α/17.03.2006 έγγραφο του Γραφείου Αντιπροέδρου ΕΦΕΤ. Επιπλέον, με το με αριθ. πρωτ. 1354Α/17.03.2006 έγγραφο του Γραφείου Αντιπροέδρου του ΕΦΕΤ ορίζεται ότι “Η κοινοτική νομοθεσία δεν περιλαμβάνει καμία απαίτηση πιστοποίησης των διαδικασιών HACCP. Οποιαδήποτε πρωτοβουλία για να προχωρήσει κάποιος σε πιστοποίηση του HACCP αποτελεί ιδιωτική πρωτοβουλία για διευκόλυνση της επιχείρησης. Η μόνη αξιολόγηση που προβλέπεται βάσει κοινοτικού δικαίου, που ισχύει από 01.01.06 είναι η αξιολόγηση από τις αρμόδιες αρχές στα πλαίσια εκτέλεσης των καθηκόντων τους κατά τους επίσημους ελέγχους. Οι ελεγκτικές αρχές επιτηρούν τις επιχειρήσεις τροφίμων ως προς τα συστήματα αυτοελέγχου, ο δε έλεγχος γίνεται αμερόληπτα και χωρίς διακρίσεις ή υπαγορεύσεις από άλλους φορείς, φυσικά ή νομικά πρόσωπα και επίσης δεν εμπλέκεται σε αστικές συναλλαγές ή διαμάχες. Ο ΕΦΕΤ δεν ανταποκρίνεται πλέον σε αιτήματα χορήγησης βεβαιώσεων HACCP από την 31η Μαΐου 2006 και μετά, καθόσον η χορήγηση βεβαιώσεων στερείται νομικής ύπαρξης”. Ως εκ τούτου, από τα ανωτέρω προκύπτει ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν έλαβε υπόψη της το υπ’ αριθμό πρωτ. 1354Α/17.03.2006 έγγραφο του Γραφείου Αντιπροέδρου ΕΦΕΤ δυνάμει του οποίου γνωστοποιείται ότι η απαίτηση περί χορήγησης βεβαιώσεων HACCP ή περί εφαρμογής οδηγού υγιεινής στερείται νομικής βάσης, διότι πλέον αυτή δε συμμορφώνεται με τις απαιτήσεις της κοινοτικής νομοθεσίας, αφού σύμφωνα με την τελευταία η μόνη αξιολόγηση που προβλέπεται είναι αυτή από τις αρμόδιες δημόσιες υπηρεσίες κατά τους επίσημους ελέγχους. Επομένως, κατά τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα προκύπτει ότι το έγγραφο που προσκόμισε ως δικαιολογητικό για τον επίμαχο διαγωνισμό είναι απολύτως σύννομο και παραδεκτό και ως τέτοιο έπρεπε να γίνει αποδεκτό από την Αναθέτουσα Αρχή διότι εκδόθηκε ύστερα από αξιολόγηση από τις αρμόδιες αρχές στα πλαίσια εκτέλεσης των καθηκόντων τους κατά τους επίσημους ελέγχους καθόσον προσήλθαν στον επιχειρηματικό του χώρο δημόσια κλιμάκια ελέγχου, όπως δηλαδή απαιτείται από την κοινοτική νομοθεσία. Το γεγονός δε ότι η προκείμενη Βεβαίωση Καταλληλότητας

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

εκδόθηκε από δημόσια υπηρεσία την καθιστά ασφαλή τόσο ως προς το περιεχόμενο όσο και ως προς τη δημόσια πίστη που παρέχει σε σύγκριση με ένα πιστοποιητικό που δίδεται από ιδιωτικό φορέα, όπως αυτό για την εφαρμογή HACCP.

18. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με το με αρ. πρωτ. Φ.600.163/133/52619 από 28/12/2018 έγγραφό της παραθέτει τις απόψεις της επί της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής, επαναλαμβάνοντας επί της ουσίας το σκεπτικό της προσβαλλόμενης απόφασης και του πρακτικού της Επιτροπής Αξιολόγησης του Διαγωνισμού.

19. 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), 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).

20. Επειδή, από την επισκόπηση, των περιεχόμενων στην προσφορά του προσφεύγοντος στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, των σχετικών διατάξεων της διακήρυξης καθώς και του σκοπού του νομοθέτη στο ν. 4412/2016 σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις περί διασφάλισης τόσο της ελεύθερης κυκλοφορίας των υπηρεσιών όσο και του ανόθευτου ανταγωνισμού εντός όλων των κρατών μελών, πιθανολογείται ότι οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντα δεν προβάλλονται προδήλως αβάσιμα.

21. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας της υπό εξέταση προσφυγής απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των όρων της διακήρυξης και των σχετικών διατάξεων, καθώς και του συνόλου των εγγράφων των προσφορών των διαγωνιζομένων, υπό το φως της κείμενης

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

νομοθεσίας και νομολογίας, η οποία πάντως δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασής τους για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

22. Επειδή, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινών μέτρων είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η επίκληση βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της προσφυγής 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 να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

23. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, της αναθέτουσας αρχής αλλά ακόμη και των λοιπών οικονομικών φορέων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, ήτοι του ανοίγματος των οικονομικών προσφορών είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της κρίσης επί της αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της προσβαλλόμενης, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη, οδηγώντας τοιουτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, τα οποία δύναται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύναται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της απόρριψης της προσφοράς του

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

προσφεύγοντος (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α55/2018). Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1382/2018 Πράξεως της Προέδρου 2ου Κλιμακίου για την 24-01-2019, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει αξιόλογη ζημία στην αναθέτουσα, τον προσφεύγοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο έχει αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

24. Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, και, ιδίως, η αναστολή της αποσφράγισης και αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών, έως την έκδοση αποφάσεως επί της υπό εξέταση 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, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: Α 4 / 2019

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του ανοικτού, δημόσιου διαγωνισμού, με αρ. ΕΣΗΔΗΣ α/α 66787, με αντικείμενο την «Προμήθεια οπωροκηπευτικών για την κάλυψη αναγκών συσσιτίου μονάδων της 96 Ανώτατης Διοίκησης Ταγμάτων Εθνοφυλακής, με κριτήριο κατακύρωσης α) τη χαμηλότερη τιμή όπως αυτή συνάγεται από το υψηλότερο ποσοστό εκπτώσεως επί τοις % επί της μέσης τιμής της λιανικής πώλησης των ειδών επί του “Δελτίου Πιστοποιήσεως Τιμών” του Τμήματος Εμπορίου Περιφέρειας Αττικής, που θα είναι ενιαίο επί όλων των ειδών για την προμήθεια οπωροκηπευτικών για τις ανάγκες των μονάδων της 96 ΑΔΤΕ και β) την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάση τιμής σε κάθε είδος ξεχωριστά, συνολικού προϋπολογισμού εκατό χιλιάδων ευρώ (100.000,00 €) περίπου χωρίς Φ.Π.Α., που προκηρύχθηκε με την με αρ. πρωτ. Φ.600.163/90/50275/Σ.4804/201 από 06.11.2018 υπ’ αρ. 15/2018 Διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής και δη αναστέλλει την αποσφράγιση και αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών, μέχρις εκδόσεως Απόφασης από την Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση Προσφυγής, μέσα στην αποκλειστική προθεσμία του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 03 Ιανουαρίου 2019, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αλέξανδρος Γρυπάρης