

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 05.11.2019 με την εξής σύνθεση:
Μαρία-Ελένη Σιδέρη Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου-Εισηγήτρια και
Σταυρούλα Κουρή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από
29.10.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του
διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό
Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
1314/29.10.2019 της εταιρίας με την επωνυμία «*****» νομίμως
εκπροσωπούμενης.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ***** και της με αριθμό 201/17.10.20 απόφασης
της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ***** περί εγκρίσεως των υπ' αριθ.
πρωτ. 17502/11-9-2019 Πρακτικό 1 και υπ' αριθ. πρωτ. 18529/26-9-2019
Πρακτικό 2 σχετικά με την αξιολόγηση των φακέλων δικαιολογητικών
συμμετοχής – τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών των
διαγωνιζομένων και την ανάδειξη προσωρινών αναδόχων, στο πλαίσιο του
προκηρυχθέντος με την υπ' αριθ. ***** Διακήρυξη διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα
επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που με
αυτήν, κατόπιν αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-

Αριθμός απόφασης: Α 501/2019

τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, αναδείχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος για τις Ομάδες ΙΕ και ΙΣΤ η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία «*****».

2. Επειδή, ο Δήμος ***** με την υπ'αριθ. ***** Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό, δημόσιο διαγωνισμό με αντικείμενο την προμήθεια τροφίμων για τα νομικά πρόσωπα του Δήμου ***** και “*****”, φρέσκου γάλακτος για τις ανάγκες του Δήμου ***** και παστεριωμένου γάλακτος μακράς διάρκειας για τις ανάγκες των Σχολικών Επιτροπών, σε 14 Ομάδες (Α', Β', Γ', Δ', Ε', ΣΤ', Ζ', Ι, ΙΑ', ΙΒ', ΙΓ', ΙΔ', ΙΣΤ') συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 117.629,80 € (χωρίς ΦΠΑ) και δικαίωμα υποβολής προσφοράς σε μία ή σε περισσότερες ομάδες του δημοπρατούμενου αντικείμενου, αλλά για το σύνολο των ειδών και ποσοτήτων της κάθε Ομάδας. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε : α) το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%) επί της εκάστοτε διαμορφούμενης και πιστοποιούμενης από το Παρατηρητήριο Τιμών Τροφίμων του Υπουργείου Ανάπτυξης και Ανταγωνιστικότητας, μέσης τιμής πώλησης του είδους, κατά την ημέρα παράδοσης αυτού και που θα αντιστοιχεί σε κάθε χαρακτηριστικό γνώρισμα του είδους για τα εξής είδη: Οπωρολαχανοπωλείου, Οрниθοπωλείου, Κρεοπωλείου, Ιχθυοπωλείου και Ελαίων και γενικότερα για τα υπόλοιπα είδη τροφίμων που αναγράφονται στο εβδομαδιαίο δελτίο πιστοποίησης τιμών τροφίμων της ανωτέρω Υπηρεσίας και β) η χαμηλότερη τιμή για τα είδη Αρτοποιείου και Παντοπωλείου, είδη αρτοποιείου και ζαχαροπλαστικής, με κριτήριο την χαμηλότερη τιμή – τιμή μονάδας. Η εν λόγω Διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 08.08.2019 και καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 09.08.2019, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α*****. Στον Διαγωνισμό υπέβαλλαν τις προσφορές τους τρεις διαγωνιζόμενες εταιρίες, εκ των οποίων, κατόπιν αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών-οικονομικών προσφορών, αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος για τις Ομάδες Α, Β, Δ, ΣΤ, Ζ, ΙΒ, ΙΓ, ΙΔ η

Αριθμός απόφασης: Α 501/2019

προσφεύγουσα «*****», για την Ομάδα Ι η «*****» και για τις Ομάδες Γ, Ε, ΙΑ, ΙΕ και ΙΣΤ η εταιρία «*****».

3. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό*****), ποσού 600,00 €, το οποίο συνιστά το κατώτατο κατά το νόμο ποσό παραβόλου βάσει της προϋπολογισθείσας αξίας της δημοπρατούμενης σύμβασης.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 117.629,80 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ.α'), δοθέντος ότι η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης στις 17.10.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 27.10.2019, ήτοι εντός της προβλεπόμενης εκ του νόμου δεκαήμερης προθεσμίας.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων διότι έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της ομοίως για τις Ομάδες ΙΕ' και ΙΣΤ' για τις οποίες αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία «*****».

7. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή της, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την «*****» για τις Ομάδες ΙΕ' και ΙΣΤ' της δημοπρατούμενης σύμβασης λόγω πλημμέλειας στα έγγραφα του φακέλου δικαιολογητικών συμμετοχής της.

Αριθμός απόφασης: Α 501/2019

Ειδικότερα, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι κατά παράβαση των όρων 2.1.4. και 2.2.7. της διακήρυξης η εταιρία «*****» προσκόμισε πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας ISO 22000:2005 χωρίς μετάφραση στην ελληνική γλώσσα και νόμιμη επικύρωση από δικηγόρο παρόλο που συνιστούν ιδιωτικά έγγραφα, πλημμέλεια η οποία δεν δύναται να θεραπευθεί κατ'εφαρμογή του άρθρου 102 παρ. 3 του Ν. 4412/2016. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, σωρεύοντας παράλληλα αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού ως άνω αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017.

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 ζημίωση 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 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 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*

Αριθμός απόφασης: Α 501/2019

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, όπως προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, 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.

12. Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση αναστολής –λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Ωστόσο, δε 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 την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης αναστολής-λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

13. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος

Αριθμός απόφασης: Α 501/2019

νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, 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.

14. Επειδή, για την οριστική κρίση επί της βασιμότητας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας κατά της προσβαλλόμενης πράξης απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας «*****» σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία όπως και τους όρους της οικείας διακήρυξης καθώς και ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων.

15. Επειδή, α) η υπό κρίση προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της προσφεύγουσας από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι της υπό κρίση Προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησής τους, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της Προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

16. Επειδή, ως εκ τούτου, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημόσιου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές

Αριθμός απόφασης: Α 501/2019

συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

17. Επειδή, εξάλλου, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας αρχής από οποιαδήποτε ενέργεια αποσφράγισης/αξιολόγησης προσφορών, έκδοσης οιασδήποτε απόφασης και διενέργειας οιασδήποτε πράξης, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης ή έκδοσης πρόσκλησης για προσκόμιση δικαιολογητικών, σχετικώς με κάθε επόμενο στάδιο του διαγωνισμού, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προκείμενης προσφυγής, όλες οι επόμενες της νυν προσβαλλόμενης, πράξεις θα είναι άκυρες.

18. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω το υποβληθέν αίτημα αναστολής θα πρέπει να γίνει δεκτό και να ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας για τις Ομάδες ΙΕ' και ΙΣΤ' του δημοπρατούμενου αντικειμένου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. ***** Διακήρυξη με αντικείμενο την προμήθεια τροφίμων για τα νομικά πρόσωπα του Δήμου ***** και "*****", φρέσκου γάλακτος για τις ανάγκες του Δήμου Έδεσσας και παστεριωμένου γάλακτος μακράς διάρκειας για τις ανάγκες των Σχολικών Επιτροπών στις Ομάδες ΙΕ' και ΙΣΤ', έως την έκδοση κύριας απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 501/2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 5 Νοεμβρίου 2019, συντάχθηκε από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία-Ελένη Σιδέρη

Αργυρώ Τσουλούφα