

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 7.11.2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να συνεξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην α) από 28.10.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1311/29.10.2019 Προδικαστική Προσφυγή της ένωσης εταιρειών με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην, και στη, οδός, αρ., νομίμως εκπροσωπούμενης (εφεξής «πρώτη Προσφυγή») και στην β) με ημερομηνίας υπογραφής 27.10.2019 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1313/29.10.2019 Προδικαστική Προσφυγή της ένωσης εταιρειών με την επωνυμία «.....», η οποία εδρεύει στη,, (εφεξής «δεύτερη Προσφυγή»), νομίμως εκπροσωπούμενης στρέφονται και οι δύο κατά της ίδιας αναθέτουσας αρχής και κατά της ίδιας προσβαλλομένης πράξης στα πλαίσια της αυτής διαγωνιστικής διαδικασίας και συνεπώς προσήκει να συνεξετασθούν.

Κατά του Δήμου και δη κατά της με αριθμ. 469/2019 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της ως άνω αναθέτουσας αρχής με θέμα: «Έγκριση 1ου πρακτικού του διαγωνισμού για την «Προμήθεια ειδών τροφίμων & ειδών Βασικής Υλικής Συνδρομής με χρηματοδότηση του Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας Απόρων (Τ.Ε.Β.Α.)», όπως τούτη εκδόθηκε στο πλαίσιο ηλεκτρονικής, ανοικτής διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, άνω των ορίων, που προκηρύχθηκε με την με αρ. πρωτ. Διακήρυξη του Δήμου, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής για την «Προμήθεια Ειδών

Αριθμός απόφασης: Α 504, 505 / 2019

Τροφίμων & Ειδών Βασικής Υλικής Συνδρομής (ΤΕΒΑ)» στο πλαίσιο του Επιχειρησιακού Προγράμματος Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής του Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους απόρους (Τ.Ε.Β.Α.) για τις ανάγκες του Δήμου, συνολικού προϋπολογισμού 399.036,41€ άνευ ΦΠΑ (440.797,51€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ).

Με τις ως άνω Προδικαστικές Προσφυγές τους, οι προσφεύγουσες επιδιώκουν την ακύρωση της προσβαλλόμενης υπ' αριθ. 469/2019 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στις Προσφυγές τους. Ετέρωθεν, οι προσφεύγουσες αιτούνται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί των Προδικαστικών Προσφυγών.

Η εξέταση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχουν κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί τα νόμιμα παράβολα, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και το άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), για την πρώτη Προσφυγή ποσού 1.150,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό,), δοθέντος ότι η Προσφυγή αυτή ασκείται για το τμήμα 1 του υπό προκήρυξη διαγωνισμού προϋπολογισμού 228.809,45€ άνευ ΦΠΑ, εντούτοις το νόμιμο απαιτούμενο προς καταβολή ποσό παραβόλου ανέρχεται σε 1.144,00€, κατά συνέπεια, σε περίπτωση απόρριψης της προσφυγής θα πρέπει να επιστραφεί το ποσό των 6,00€ ως αχρεωστήτως καταβληθέν στην προσφεύγουσα, καθώς σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής του επιστρέφεται το σύνολο του ποσού του καταβληθέντος παραβόλου και για τη δεύτερη Προσφυγή ποσού 1.680,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό,), δοθέντος ότι η προσφυγή ταύτη ασκείται για το τμήμα 1 του διαγωνισμού, προϋπολογισμού 228.809,45€ άνευ ΦΠΑ και το Τμήμα 2 αυτού, προϋπολογισμού 106.619,45€ άνευ ΦΠΑ, ήτοι συνολικής αξίας 335.428,90€ χωρίς ΦΠΑ, εντούτοις και σύμφωνα με τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω το νόμιμο απαιτούμενο προς καταβολή ποσό ανέρχεται σε 1677,20€ και συνεπώς θα

Αριθμός απόφασης: Α 504, 505 / 2019

πρέπει να επιστραφεί το ποσό των 2,80€ ως αχρεωστήτως καταβληθέν στην προσφεύγουσα.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. Διακήρυξη του Δήμου, προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, άνω των ορίων, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής στο πλαίσιο του Επιχειρησιακού Προγράμματος «Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής» του Ταμείου Βοήθειας προς τους απόρους (ΤΕΒΑ), συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 399.036,41€ άνευ ΦΠΑ (και 440.797,51€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ), με κριτήριο ανάθεσης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, η οποία διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό Ειδικότερα, αντικείμενο της οικείας σύμβασης είναι η προμήθεια τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής στο πλαίσιο του Επιχειρησιακού Προγράμματος Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής του Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας προς τους Απόρους (Τ.Ε.Β.Α.), με σκοπό τη διανομή τους στους ωφελούμενους του Προγράμματος. Η προκείμενη σύμβαση υποδιαιρείται στα κάτωθι τμήματα: ΤΜΗΜΑ 1: «ΟΜΑΔΑ Α' ΤΡΟΦΙΜΩΝ», εκτιμώμενης αξίας 228.809,45€ πλέον ΦΠΑ 9% & 17%, ΤΜΗΜΑ 2: «ΟΜΑΔΑ Β' ΕΙΔΩΝ ΚΡΕΟΠΩΛΕΙΟΥ», εκτιμώμενης αξίας 106.619,40€ πλέον ΦΠΑ 9%, ΤΜΗΜΑ 3: «ΟΜΑΔΑ Γ' ΕΙΔΩΝ ΟΠΩΡΟΠΩΛΕΙΟΥ», εκτιμώμενης αξίας 11.642,40€ πλέον ΦΠΑ 9% και ΤΜΗΜΑ 4: «ΟΜΑΔΑ Δ' ΒΑΣ. ΥΛΙΚΗΣ ΣΥΝΔΡΟΜΗΣ», εκτιμώμενης αξίας 51.965,16€ πλέον ΦΠΑ 17%. Σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, προσφορές υποβάλλονται για ένα ή περισσότερα από τα ανωτέρω τμήματα, αρκεί να καλύψουν το σύνολο της ποσότητας για την συγκεκριμένη ομάδα τροφίμων. Η δε κατακύρωση θα γίνει στο μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης για την ομάδα ή τη χαμηλότερη τιμή στο σύνολο των ειδών της συγκεκριμένης ομάδας, όπως αυτή αναλύεται στον συνοπτικό ενδεικτικό προϋπολογισμό της μελέτης. Δηλαδή αν ο υποψήφιος προμηθευτής επιθυμεί να υποβάλει προσφορά μόνο για την ομάδα π.χ. Β' Ειδών Κρεοπωλείου, θα πρέπει να

Αριθμός απόφασης: Α 504, 505 / 2019

δώσει ποσοστό έκπτωσης μόνο για την συγκεκριμένη ομάδα που τον ενδιαφέρει να του γίνει κατακύρωση, χωρίς να έχει την υποχρέωση να υποβάλει προσφορά και για τις υπόλοιπες ομάδες τροφίμων. Δεν θα λαμβάνεται υπόψη προσφορά η οποία θα δίδεται για μέρος μόνο των ειδών ή των ποσοτήτων έκαστης ομάδας του διαγωνισμού. Κατά την κατακύρωση της σύμβασης της προμήθειας, το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο, με αιτιολογημένη εισήγησή του, μπορεί να προτείνει την κατακύρωση για ολόκληρη ή μεγαλύτερη ποσότητα κατά ποσοστό στα εκατό, που θα καθορίζεται στα έγγραφα της σύμβασης. Το ποσοστό αυτό δεν μπορεί να υπερβαίνει το 15% για την παρούσα σύμβαση του διαγωνισμού προϋπολογισθείσας αξίας από 100.001 και άνω ευρώ περιλαμβανομένου Φ.Π.Α. στην περίπτωση της μεγαλύτερης ποσότητας σύμφωνα με το άρθρο 105 παρ. 1 του Ν. 4412/2016. Η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 440.797,51€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 9% & 17% ανάλογα τα είδη (προϋπολογισμός χωρίς ΦΠΑ: 399.036,41€ ΦΠΑ: 41.761,11€). Αναλυτική, τέλος, περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίδεται στο Παράρτημα Ι της οικείας διακήρυξης.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016) και του χρόνου αποστολής της προκήρυξης προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017).

4. Επειδή, κατά 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 παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται

Αριθμός απόφασης: Α 504, 505 / 2019

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 ...». Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017. Περαιτέρω, 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».

5. Επειδή, η υπό κρίση πρώτη Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ.39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 18.10.2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής και αυτή ασκήθηκε στις 28.10.2019, ήτοι εντός της ως άνω δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας, ενώ αναφορικά με τη δεύτερη Προσφυγή δεν προκύπτει η κατάθεση αυτής σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ.1 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού από την προσφεύγουσα, ενώ προκύπτει μόνον η κοινοποίηση της από την αναθέτουσα στους συμμετέχοντες στον υπό κρίση διαγωνισμό και συνεπώς πιθανολογείται βασίμως η απαράδεκτη άσκηση της.

6. Επειδή, διά της ως άνω προσβαλλομένης απόφασης της αναθέτουσας αρχής και κατ' αποδοχόν του από 19.6.2019 1^{ου} πρακτικού Διενέργειας/Αξιολόγησης για τον ηλεκτρονικό, ανοιχτό, διεθνή διαγωνισμό επιλογής αναδόχου για την εκτέλεση της προμήθειας με τίτλο: «Προμήθεια ειδών τροφίμων και ειδών Βασικής Υλικής Συνδρομής με χρηματοδότηση του Ταμείου Ευρωπαϊκής Βοήθειας Απόρων (Τ.Ε.Β.Α.)» κατά πρώτον απορρίφθηκαν οι προσφορές, που υπέβαλαν οι παρακάτω διαγωνιζόμενοι: 1)

Αριθμός απόφασης: Α 504, 505 / 2019

....., 2), 3), 4), 5) ειδικώς για την Ομάδα Α, 6) και 7) και κατά δεύτερον έγιναν αποδεκτές οι προσφορές, που υπέβαλαν οι παρακάτω διαγωνιζόμενοι: 1), για όλες τις Ομάδες, 2), για την Ομάδα Α, 3) προκειμένου για τις Ομάδες Β και Γ, καθώς βρέθηκαν σύμφωνες με τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της οικείας διακήρυξης. Συνεπώς με πρόδηλο έννομο συμφέρον η πρώτη προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης, αφού συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά, η οποία και απερρίφθη, ισχυριζόμενη ότι υφίστανται ζημία από την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, αφού εσφαλμένως και παρανόμως έκρινε ως μη αποδεκτή την προσφορά της, για τους αναλυτικά αναφερόμενους στην Προσφυγή της λόγους, ενώ κάνει αποδεκτές τις προσφορές των εταιρειών «.....» και «.....» για την Ομάδα Α', ενώ ομοίως και η δεύτερη προσφεύγουσα στρέφεται κατά του αποκλεισμού της για την Ομάδα Α' και Β' και την αποδοχή των προσφορών των εταιρειών «.....», «.....» και «.....».

7. Επειδή, η υπό κρίση πρώτη Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, ενώ η δεύτερη Προσφυγή πιθανολογείται ως απαραδέκτως ασκηθείσα κατά τα προλεχθέντα, ζήτημα, όμως, που χρήζει περαιτέρω διερεύνησης και δεν μπορεί να συναχθεί κρίση κατά το στάδιο εξέτασης αιτήματος αναστολής, περαιτέρω και σε κάθε περίπτωση, οι προσφεύγουσες επικαλούνται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους οι Προσφυγές τους θα πρέπει να γίνουν δεκτές, αφού, ως ισχυρίζονται, μη συννόμως απερρίφθησαν οι προσφορές τους και έγιναν αποδεκτές αυτές έτερων διαγωνιζομένων, οι, δε, προβαλλόμενοι ισχυρισμοί τους περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη διά της προσβαλλομένης και με την κρίση της αναθέτουσας αρχής επί των υποβληθέντων δικαιολογητικών συμμετοχής των συμμετεχόντων και ήδη προσφευγόντων, χρήζει ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχει δε κρίση που δεν μπορεί να συναχθεί στα στενά χρονικά πλαίσια της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

Αριθμός απόφασης: Α 504, 505 / 2019

8. Επειδή, η ζημία των προσφευγουσών, της αναθέτουσας αρχής αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και ειδικότερα σε περίπτωση τυχόν ακύρωσης της προσβαλλόμενης είναι πρόδηλη και μη αμελητέα, αφού θα έχει ως αποτέλεσμα την ακύρωση των επόμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής για τον υπό κρίση διαγωνισμό, οδηγώντας σε καθυστέρηση της ανάθεσης της υπόψη προμήθειας.

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (σκ. 4), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού και 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 των Προσφυγών, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και η μετάθεση της ημερομηνίας ανοίγματος των οικονομικών προσφορών μετά την έκδοση απόφασης από την Α.Ε.Π.Π.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αμφοτέρων των προσφευγουσών.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. Διακήρυξης του Δήμου, για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια τροφίμων και ειδών βασικής υλικής συνδρομής στο πλαίσιο του Επιχειρησιακού Προγράμματος «Επισιτιστικής και Βασικής Υλικής Συνδρομής» του Ταμείου Βοήθειας προς τους απόρους (ΤΕΒΑ), συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 399.036,41€ άνευ ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, και δη για τα Τμήματα 1 και 2, Ομάδες Α και Β αντιστοίχως και ορίζει ως κατάλληλο μέτρο τη μη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας διά της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών για τα ως άνω Τμήματα, μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης από την ΑΕΠΠ επί των υπό κρίση Προσφυγών.

Αριθμός απόφασης: Α 504, 505 / 2019

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 7 Νοεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Γιάννακα