

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Φεβρουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος, Ευαγγελία Μιχολίτση -Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Ζαράρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην με ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού 5/2/2018, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 107/06.02.2018, Προδικαστική Προσφυγή της ατομικής επιχείρησης του, με έδρα τα, επί της οδού, αρ....., νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου Γαλασίου, όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η αιτούσα επιδιώκει την μεταρρύθμιση της με αριθμό 22/2018 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Γαλασίου της 23^η Ιανουαρίου 2018, κατά το μέρος που εγκρίνει το Πρακτικό 2/17.01.2018 της Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού και αξιολόγησης προσφορών του Δήμου Γαλασίου και απορρίπτει τη συμμετοχή της προσφεύγουσας για την Ομάδα Β1 του διαγωνισμού έτσι ώστε να γίνει δεκτή η προσφορά της για την εν θέματι υπο-ομάδα, καθώς και κάθε προγενέστερη πράξη και παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, η οποία επικυρώνεται με την προσβαλλόμενη παραπάνω απόφαση ή στην οποία αυτή εδράζεται, καθώς και κάθε μεταγενέστερη πράξη και παράλειψη οφειλόμενης νόμιμης ενέργειας, η οποία εδράζεται στην προσβαλλόμενη απόφαση.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ευαγγελία Μιχολίτση

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής έχει καταβληθεί e-παραβόλο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν.4412/2016 και 5

Αριθμός απόφασης: Α76/2018

του ΠΔ 39/2017, ύψους 874 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 189301825958 0410 0098, αποδεικτικό πληρωμής της EUROBANK ERGASIAS A.E της 5/2/2018, εκτύπωση από την ιστοσελίδα της ΓΓΠΣ που αναφέρει ότι το ως άνω παράβολο είναι «δεσμευμένο» καθώς και εκτύπωση περί της ΓΓΠΣ περί αυτοδέσμευσης του).

2.Επειδή με την με αρ. 36124/20.10.2017 Απόφαση του Δημάρχου Γαλασίου, προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός δημόσιος διεθνής διαγωνισμός ανάδειξης προμηθευτού – χορηγητού προμήθειας ειδών διατροφής & ατομικής προστασίας (γάλακτος) για τις ανάγκες του Δήμου & των εποπτευόμενων νομικών του προσώπων «ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΚΟΙΝΩΝΙΚΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ & ΑΛΛΗΛΕΓΓΥΗΣ ΔΗΜΟΥ ΓΑΛΑΤΣΙΟΥ» & «ΠΟΛΙΤΙΣΤΙΚΟΣ & ΑΘΛΗΤΙΚΟΣ ΟΡΓΑΝΙΣΜΟΣ ΔΗΜΟΥ ΓΑΛΑΤΣΙΟΥ «ΒΑΣΙΛΗΣ ΠΑΠΑΔΙΟΝΥΣΙΟΥ» ΕΤΩΝ 2018 – 2019», συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού 1.399.025,88 ευρώ πλέον ΦΠΑ -ο οποίος διαιρείται σε επιμέρους ομάδες κι υποομάδες - και προϋπολογισμού της επίμαχης υποομάδας Β1 156.707,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ, με κριτήρια κατακύρωσης για την προμήθεια φρέσκου γάλακτος και έτοιμων γευμάτων τη χαμηλότερη τιμή προσφοράς, ειδών διατροφής (είδη παντοπωλείου) τη χαμηλότερη τιμή προσφοράς στο σύνολο των ειδών της υποομάδας αυτής, ελαιόλαδου το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης, όπως αυτή προκύπτει από το εκάστοτε εκδιδόμενο Δελτίο Πιστοποίησης Τιμών της Υπηρεσίας Εμπορίου της Περιφέρειας Αττικής, ειδών οπωροπωλείου το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης, όπως αυτή προκύπτει από το εκάστοτε εκδιδόμενο Δελτίο Πιστοποίησης Τιμών της Υπηρεσίας Εμπορίου της Περιφέρειας Αττικής, κατεψυγμένων λαχανικών, κατεψυγμένων ειδών ιχθυοπωλείου, ειδών κρεοπωλείου το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης, όπως αυτή προκύπτει από το εκάστοτε εκδιδόμενο Δελτίο Πιστοποίησης Τιμών της Υπηρεσίας Εμπορίου της Περιφέρειας Αττικής, ειδών άρτου – ζαχαροπλαστικής τη χαμηλότερη τιμή προσφοράς στο σύνολο των ειδών της υποομάδας αυτής.

Αριθμός απόφασης: Α76/2018

3. Επειδή η ως άνω προκήρυξη απεστάλη στις 23.10.2017 για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, αναρτήθηκε στις 25.10.2017 στο ΚΗΜΔΗΣ (Α.Δ.Α.Μ. 17PROC00144688) και στο ΕΣΗΔΗΣ και έλαβε αριθμό Συστήματος 47855.

4. Επειδή στις 25.01.2018 η αναθέτουσα αρχή ανάρτησε και ενημέρωσε τους υποψηφίους -μέσω του διαδικτυακού τόπου του Διαγωνισμού- για την έκδοση της με αρ. υπ' αρ. 22/2018 Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Γαλασίου (πρακτικό της 3ης συνεδρίασης της 23ης Ιανουαρίου 2018), που εγκρίνει το Πρακτικό 2/17.01.2018 της Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού και αξιολόγησης προσφορών της αναθέτουσας αρχής.

5. Επειδή η αρμόδια επιτροπή διενέργειας διαγωνισμού και αξιολόγησης προσφορών της αναθέτουσας αρχής απεφάνθη αναφορικά με την προσφορά της προσφεύγουσας ότι είναι σύμφωνη με την μελέτη με αριθμό 15/2017 και τη μελέτη με αριθμό 12/2017 για τις υπο- ομάδες Β3, Β5, Β6 και μη σύμφωνη με τη μελέτη 12/2017 για την υπο-ομάδα 1 και συγκεκριμένα : στο πιστοποιητικό ISO 22000 της «.....» δεν μνημονεύεται ότι η εν λόγω εταιρεία εμπορεύεται ΒΟΥΤΥΡΟ ΜΑΡΓΑΡΙΝΗ.

6. Επειδή με την ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση απορρίφθηκε η προσφορά της ως άνω προσφεύγουσας ως προς τη συμμετοχή του στην υπο- ομάδα Β1, με βάση τα όσα αναφέρονται στο πρακτικό με αριθμό 2/2018 της αρμόδιας Επιτροπής διενέργειας διαγωνισμού και αξιολόγησης προσφορών.

7. Επειδή η προσφεύγουσα κατέθεσε στις 5/2/2018 στον διαδικτυακό τόπο διαγωνισμού την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή (μετά των συνημμένων σε αυτή εγγράφων), νομίμως υπογεγραμμένη, έχοντας κάνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017 την οποία κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου αυθημερόν.

8. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016.

9. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 2 του άρθρου 9 του π.δ 39/2017 κοινοποίησε, στις 7/2/2018 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της προσφυγής.

10. Επειδή η προσφεύγουσα θεμελιώνει, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της επίμαχης απόφασης, η οποία απορρίπτει την προσφορά της ως προς την υποομάδα B1 οπότε η προσβαλλόμενη απόφαση είναι αυταπόδεικτα για αυτό το λόγο ευθέως και άμεσα βλαπτική για την ίδια. Επομένως, νομίμως και κατ' αρχήν παραδεκτώς ασκείται η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην οποία η προσφεύγουσα ενσωματώνει αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων.

11. Επειδή με το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων η προσφεύγουσα αιτείται να ανασταλεί η συνέχεια του διαγωνισμού, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής.

12. Επειδή στο διαγωνισμό, όσον αφορά την επίμαχη υπο- ομάδα B1, υποβλήθηκαν εμπρόθεσμα 6 προσφορές οικονομικών φορέων.

13. Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ισχυρίζεται ότι από τη διακήρυξη δεν προκύπτει με σαφήνεια ότι το αποδεικτικό HACCP ή ISO 22000, για το υπό προμήθεια είδος «βούτυρο μαργαρίνη» πρέπει να υποβληθεί, επί ποινή αποκλεισμού στο φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής – τεχνικής προσφοράς, αλλά μόνο ότι η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. 12/2017 τεχνική μελέτη του Παραρτήματος της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται, γεγονός που - ως διατείνεται η προσφεύγουσα - δηλώθηκε από την τελευταία στην προσφορά της. Η προσφεύγουσα, επίσης, αναφέρει και επισυνάπτει στην προσφυγή της πιστοποιητικό ISO 22000 της παραγωγού εταιρείας «.....»που αφορά στο προϊόν «βούτυρο μαργαρίνη». Τέλος, υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ότι δεδομένου ότι η διακήρυξη δεν απαιτεί την προσκόμιση των πιστοποιητικών ISO στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού, άλλως περιέχει ασάφεια ως προς το χρόνο και τον τρόπο της υποβολής των εν λόγω πιστοποιητικών, θα μπορούσε η αναθέτουσα αρχή, δυνάμει του άρθρου 102 παρ. 4 και λόγω της

Αριθμός απόφασης: Α76/2018

σχετικής ασάφειας της διακήρυξης, να ζητήσει να υποβάλλει η προσφεύγουσα το συγκεκριμένο πιστοποιητικό.

14.Επειδή στις 12/2/2018 με το με αριθμό πρωτ. 3891 έγγραφό της απέστειλε η αναθέτουσα αρχή προς την ΑΕΠΠ μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και ταυτόχρονα με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο τις απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής.

15. Επειδή στις από 15/2/2018 απόψεις της η αναθέτουσα αρχή υποστηρίζει ότι : α) δεν έκανε χρήση του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016 καθώς κατά τα λεγόμενά της θα προσέκρουε στη διάταξη της παρ. 3 του αυτού άρθρου που ορίζει τα εξής : *«Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβαση»,* β) είναι σαφές από τους όρους της διακήρυξης και δη το άρθρο 17.3 αυτής ότι απαιτείτο η προσκόμιση του εν θέματι πιστοποιητικού στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής – Τεχνικής Προσφοράς, δεν έκανε σχετικό ερώτημα προς διευκρίνιση η προσφεύγουσα και άλλωστε υπέβαλε τα απαιτούμενα πιστοποιητικά για τα 40 είδη πλην του συγκεκριμένου ελλείποντος οπότε γνώριζε – ως συμπεραίνει η αναθέτουσα αρχής – ότι απαιτείτο, γ) ήταν σαφές ότι έπρεπε να προσκομισθεί το εν λόγω πιστοποιητικό βάσει του άρθρου 17.3 που αναφέρει ότι πρέπει να προσκομισθούν τα έγγραφα και δικαιολογητικά για την αξιολόγηση της καταλληλότητας των προϊόντων, ενώ αντίστοιχα η σχετική με αριθμό 12/2017 μελέτη αναφέρει ρητώς ότι πρέπει να προσκομισθεί το εν λόγω δικαιολογητικό, δ) η προσφεύγουσα κατέθεσε λαθεμένα – εσφαλμένα πιστοποιητικό από την «.....» ως παραγωγού, όταν στο πιστοποιητικό ISO 22000 της εταιρείας μνημονεύεται ότι παράγει και διακινεί αλλαντικά και σαλάτες και μόνο, όχι «ΒΟΥΤΥΡΟ ΜΑΡΓΑΡΙΝΗ και στην «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ» της (στον κατάλογο της σελίδα 9 στο 6ο είδος «ΒΟΥΤΥΡΟ ΤΥΠΟΥ SOFT 250 gr») αναφέρει ως παραγωγό την εται-ρεία «.....» με εμπορικό σήμα «.....» και ε) *« Μία εκ των υποομάδων του (Υποομάδα Α1), στην οποία συμμετέχει και ο προσφεύγων, αφορά την προμήθεια διαφόρων ειδών διατροφής για το Κοινωνικό Παντοπωλείο, τα οποία θα δοθούν από τη Δομή Παροχής Βασικών Αγαθών για την ενίσχυση των οικονομικά αδυνάτων*

Αριθμός απόφασης: Α76/2018

κατοίκων του Δήμου μας. Η διαδικασία έγκρισης των αιτήσεων ένταξης στο πρόγραμμα ενίσχυσης έχει ήδη ολοκληρωθεί και αφορά πεντακόσιους (500) δικαιούχους, οι οποίοι ανήκουν σε ευάλωτες κοινωνικές ομάδες του πληθυσμού (όπως άτομα μη ε-ξυπηρετούμενα, άτομα με ιδιαίτερα ψυχικά προβλήματα, άνεργοι νέοι, άνεργοι άνω των 50 ετών, γυναίκες άνεργες αρχηγοί μονογονεϊκών οικογενειών, μικρά παιδιά κλπ.) και βρίσκονται όλο αυτό το χρονικό διάστημα σε αναμονή προκειμένου να καλύψουν τις βασικές καθημερινές τους ανάγκες διατροφής. Τυχόν αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας θα προκαλούσε υπέρμετρη καθυστέρηση στη διαδικασία ολοκλήρωσης της αξιολόγησης των προσφορών, αφού η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών των υποψηφίων, η ανάδειξη των προσωρινών μειοδοτών και η διαδικασία αποστολής των δικαιολογητικών μειοδότη θα ξεκινούσε μετά την έκδοση της απόφασής Σας και θα παρέτεινε για μεγάλο χρονικό διάστημα την έναρξη της διαδικασίας παράδοσης των ειδών διατροφής σ' αυτές τις οικογένειες».

16. Επειδή στις 15/2/2017 απέστειλε η αναθέτουσα αρχή προς την ΑΕΠΠ με ηλεκτρονικό ταχυδρομείο τις απόψεις επί της υπό εξέταση προσφυγής.

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης. [...] Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων.[...].

18. Επειδή το άρθρο 94 με τίτλο «Περιεχόμενο φακέλου «Τεχνική Προσφορά» και δη στην παρ. 4 ορίζεται ρητώς το εξής : «4. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων προμηθειών και γενικών υπηρεσιών ο φάκελος της τεχνικής προσφοράς περιέχει ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που

Αριθμός απόφασης: Α76/2018

τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης».

19.Επειδή το άρθρο 102 Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) προβλέπει ότι : «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση που υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους, χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή, δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο τις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, ιδίως δε παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελής σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74), μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα, υποχρεωτικά ή μη, που θεσπίζονται με νόμο, κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση, κατά το πρώτο εδάφιο, δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση με τους όρους της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της δημόσιας σύμβασης. 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους

Αριθμός απόφασης: Α76/2018

προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσοςνος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές. 5. Η παροχή της δυνατότητας διευκρινίσεων στον προσφέροντα ή υποψήφιο, σύμφωνα με τις παραγράφους 1 έως 4, είναι υποχρεωτική για την αναθέτουσα αρχή, αν επίκειται αποκλεισμός του από τη διαδικασία, λόγω ασαφειών των δικαιολογητικών και εγγράφων της προσφοράς».

20. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 17 της διακήρυξης με τίτλο «Κατάρτιση – Περιεχόμενο Προσφορών» ορίζεται ρητώς ότι «...[.] Η τεχνική προσφορά θα πρέπει να καλύπτει όλες τις απαιτήσεις και τις προδιαγραφές που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα αρχή με το κεφάλαιο «Τεχνικές Προδιαγραφές» του Παραρτήματος της Διακήρυξης, περιγράφοντας ακριβώς πώς οι συγκεκριμένες απαιτήσεις και προδιαγραφές πληρούνται. Περιλαμβάνει ιδίως τα έγγραφα και δικαιολογητικά, βάσει των οποίων θα αξιολογηθεί η καταλληλότητα των προσφερόμενων ειδών, με βάση το κριτήριο ανάθεσης, σύμφωνα με τα αναλυτικώς αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα...». Περαιτέρω, το Παράρτημα Τεχνική Μελέτη 12/2017 αναφέρει μεταξύ άλλων ότι : «...Σε περίπτωση που ο προμηθευτής δεν είναι παραγωγός, πρέπει να προσκομίσει πιστοποιητικό ύπαρξης και ορθής λειτουργίας συστήματος HACCP του παραγωγού από διαπιστευμένο φορέα πιστοποίησης».

21.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) της διακήρυξης, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993).

Αριθμός απόφασης: A76/2018

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).

22.Επειδή οι όροι των τεχνικών προδιαγραφών είναι απαράβατοι και η απόκλιση των προσφορών από αυτές συνεπάγεται τον αποκλεισμό τους, εκτός εάν ορισμένες προδιαγραφές είναι σύμφωνα με τη διακήρυξη προαιρετικές (ΣτΕ ΕΑ 192/2012, 291/2011, ΕΣ Τμ. Μείζ.-Επταμ. 2446/2012, Γνωμ. ΝΣΚ 521/2011).

23. Επειδή, σύμφωνα με την αρχή της τυπικότητας που διέπει την διαδικασία της αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΣτΕ 2889/2011, 4343/2005 κ.ά. βλ. και Ε.Α. 228/2013, 111/2006, 597/2007 κ. ά.) δεν επιτρέπεται να τεθούν εκποδών διατάξεις της διακηρύξεως, οι οποίες θεσπίζουν υποχρέωση υποβολής με την προσφορά ορισμένων στοιχείων που απαιτούνται επί ποινή αποκλεισμού από τον διαγωνισμό.

24.Επειδή η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 25 και απόφαση *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 25 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ., C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL* ECLI:EU:C:2015:228,σκ. 27).

25. Επειδή η αρχή της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει, περαιτέρω, ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός και επί ίσοις όροις έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., μεταξύ άλλων, για την αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων στο πλαίσιο ανάθεσης δημοσίων

Αριθμός απόφασης: A76/2018

συμβάσεων τις αποφάσεις: της 29ης Απριλίου 2004, *Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110, και της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 22ας Ιουνίου 1993, *Επιτροπή κατά Δανίας*, C-243/89, EU:C:1993:257, σκέψη 33, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 51, της 18ης Οκτωβρίου 2001, *SIAC Construction*, C-19/00, EU:C:2001:553, σκέψη 33, της 16ης Δεκεμβρίου 2008, *Μηχανική*, C-213/07, EU:C:2008:731, σκέψη 45, της 24ης Μαΐου 2016, *MT Højgaard και Züblin*, C-396/14, EU:C:2016:347, σκέψη 37, της 25ης Απριλίου 1996, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-87/94, EU:C:1996:161, σκέψη 54, της 12ης Δεκεμβρίου 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, EU:C:2002:746, σκέψη 93, της 12ης Μαρτίου 2015, *eVigilo*, C-538/13, EU:C:2015:166, σκέψη 33, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31).

26. Επειδή, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα (βλ. αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση ασάφειας και όχι την τροποποίηση της εν θέματι προσφοράς και την υποβολή μη υποβληθέντος δικαιολογητικού (βλ. σχετικές αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2017, *Archus and Gama*, C-131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, *SAG ELV Slovensko* κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Manova*, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36).

27. 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

Αριθμός απόφασης: Α76/2018

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».

28. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται 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 της 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 μην 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 δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

29. Επειδή το άρθρο 364 με τίτλο « Ανασταλτικό αποτέλεσμα» προβλέπει ρητώς ότι «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 της ΑΕΠΠ μετά από άσκηση προσφυγής, σύμφωνα με το άρθρο 368. Κατά τα λοιπά, η άσκηση της προδικαστικής προσφυγής δεν κωλύει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2 του άρθρου 366».

30. Επειδή, καταρχήν, η ζημία της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που δεν ανασταλεί η διαδικασία του διαγωνισμού είναι προφανής.

31. Επειδή για την οριστική κρίση της βασιμότητας των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, οι οποίοι δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι, απαιτείται ενδελεχής εξέταση και ερμηνεία των τεχνικών προδιαγραφών της διακήρυξης σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία καθώς και, ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων.

32. Επειδή, εν προκειμένω, προϋπόθεση παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος 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 – ως 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.

33. Επειδή α) η υπό κρίση προσφυγή έχει ασκηθεί παραδεκτώς, β) υφίσταται βλάβη του αιτούντος από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι και συνεπώς υφίσταται κάποιου βαθμού πιθανολόγηση ευδοκίμησης τους δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης λόγω της φύσης των θιγόμενων ζητημάτων με τους εν θέματι προβαλλόμενους ισχυρισμούς και δ) υφίσταται, ωστόσο, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση με ενάργεια συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος, ενώ δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την *ad hoc* προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του, ήτοι σε σχέση περιοριστικώς με την χορήγηση προσωρινών μέτρων. Ειδικότερα, η αναθέτουσα αρχή επισημαίνει ότι αναφορικά με ετέρα υπο- ομάδα του αυτού διαγωνισμού, που καταλαμβάνει ένα πολύ μεγάλο μέρος της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης,

Αριθμός απόφασης: Α76/2018

υφίστανται 500 εγκεκριμένοι δικαιούχοι ευπαθών κοινωνικά ομάδων για το πρόγραμμα ενίσχυσης με παροχή ειδών κοινωνικού παντοπωλείου, «...σε αναμονή προκειμένου να καλύψουν τις βασικές καθημερινές τους ανάγκες διατροφής», χωρίς επομένως ως ευχερώς συνάγεται από τα ως άνω, να υφίσταται κάποιος εναλλακτικός σύνομος τρόπος – έστω και παροδικής – ενίσχυσής τους.

34. Επειδή, επομένως, κρίνεται ότι λόγοι υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος, συναπτόμενοι με την επιτακτική ανάγκη της εξασφάλισης της προμήθειας ειδών διατροφής ως άνω αναφερθέντων δικαιούχων κωλύουν την αποδοχή της υπό κρίση αιτήσεως, καθόσον από τη στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του υπέρτερου δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη της προσφεύγουσας (βλ. Δεφ Πειρ. 39/2015, ΣΤΕ Ε.Α. 425/2014, 318 - 323/2012, 356/2011, καθώς και Σ.τ.Ε Ε.Α. 309/2009, 593/2007, 635, 531, 300, 109/2004, 283/2003, 111/2000 κ.τ.λ.).

35. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

36. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16 Φεβρουαρίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος
Ειρήνη Ε. Αφοκάρδου

Ο Γραμματέας
Σταμάτιος Μαλινδρέτος