

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 17 Μαΐου 2018, με την εξής σύνθεση: Νικόλαο Σαββίδη, Πρόεδρο και Εισηγητή και τα μέλη, Μαρία Μανδράκη, που, δυνάμει της με αρ. 23/2018 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ, αναπληρώνει την Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή, και Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. από 04-05-2018 με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 408/07-05-2018 Προδικαστική Προσφυγή του ο οικονομικός φορέας με την επωνυμία «.....», που κατοικοεδρεύει στη (εφεξής «προσφεύγων»), στα πλαίσια της με αρ. πρωτ. 43077/27-11-2017 και α.α. ΕΣΗΔΗΣ 50299 διακήρυξης του Δήμου Θέρμης («Αναθέτουσα Αρχή») για την προμήθεια «τροφίμων στα είδη αρτοζαχαροπλαστικού – οπωροπωλείου – κρεοπωλείου – παντοπωλείου – γάλακτος προσωπικού 2018-2019», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 309.193,76 € (χωρίς ΦΠΑ) με κριτήριο κατακύρωσης για τα είδη κρεοπωλείου, οπωροπωλείου, κατεψυγμένα ψάρια και το ελαιόλαδο, το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης επί τοις εκατό (%), στη νόμιμα διαμορφούμενη κάθε φορά μέση τιμή λιανικής πώλησης του είδους την ημέρα παράδοσης, όπως αυτή προκύπτει από το εκάστοτε εκδιδόμενο δελτίο πιστοποίησης τιμών της υπηρεσίας εμπορίου της οικείας Περιφέρειας, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 13 του Ν. 3438/2006 και την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής επί των τιμών του προϋπολογισμού για τα είδη παντοπωλείου πλην ελαιολάδου και

Αριθμός Απόφασης Α226 / 2018

κατεψυγμένων ψαριών, αρτοζαχαροπλαστικού και γάλακτος προσωπικού (εφεξής διαγωνισμός) και κατά της με αριθμό 241/2018 απόφασης της οικονομικής επιτροπής του καθ ου Δήμου κατά το σκέλος αυτής που απορρίπτει την προσφορά του για το Τμήμα 1 – Ομάδα Α του διαγωνισμού και αντ' αυτού αναδεικνύει ως προσωρινό ανάδοχο την εταιρία με την επωνυμία, γιατί έχει υποβάλει την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάση τιμής, ήτοι, το ποσό των 36.156,55€ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α (εφεξής προσβαλλόμενη πράξη), προσφυγή κοινοποιηθείσα στην ΑΕΠΠ και χρεωθείσα στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 07.05.2018 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου αυτής.

κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «ΔΗΜΟΣ ΘΕΡΜΗΣ» που εδρεύει στη Θέρμη, επί της Πλατείας Δημοκρατίας αρ. 1, όπως εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Δήμος» ή Αναθέτουσα Αρχή ή ΑΑ).

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης, διότι, όπως ισχυρίζεται, ενώ είχε αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος μεταξύ άλλων και για το Τμήμα 1 – Ομάδα Α του διαγωνισμού και είχε υποβάλει τα προβλεπόμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης, την 11-04-2018 η Επιτροπή Διενέργειας του Διαγωνισμού τον κάλεσε να προσκομίσει συμπληρωματικά, πιστοποιητικά Διασφάλισης Ποιότητας των παραγωγών ή των κατασκευαστών των αγαθών που θα προμήθευε, τα οποία και κατέθεσε στις 16-04-2018, παρά ταύτα η ΑΑ απέρριψε την προσφορά του εγκρίνοντας το από 30-03-2018 Πρακτικό της Επιτροπής, που α) είναι πρωθύστερο της πιο πάνω επιστολής για συμπλήρωση των ελλειπόντων δικαιολογητικών του, επομένως δεν έχει λάβει υπόψη του τα υποβληθέντα συμπληρωματικά δικαιολογητικά και β) η εμφανιζόμενη αιτιολογία περί μη προσκόμισης πιστοποιητικών διασφάλισης ποιότητας σε ισχύ δεν ανταποκρίνεται στην αλήθεια, καθώς προσκομίστηκαν τα πιστοποιητικά τα οποία έληγαν την 6.4.2018, άρα κατά τον χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού

Αριθμός Απόφασης Α226 / 2018

και της εξέτασής τους ήταν σε ισχύ, πριν από την λήξη τους δε ανανεώνονται από τους διαπιστευμένους φορείς πιστοποίησης, σε καθορισμένες ημέρες, συνεπώς τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας είναι σε ισχύ και δεν υφίσταται η λήξη τους. Έτι, περαιτέρω, ο προσφεύγων υποβάλλει αίτημα αναστολής διότι, όπως ισχυρίζεται είχε κηρυχτεί προσωρινός ανάδοχος και η λειτουργία της απόφασης της επιτροπής του διαγωνισμού έρχεται σε αντίθεση με την απόφαση που τον όριζε προσωρινό ανάδοχο και δημιουργεί αμετάκλητες συνέπειες στην επιχείρησή του.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και έκανε ομόφωνα δεκτά το εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει εκδοθεί, αν και δεν προσκομίζεται, το ηλεκτρονικό παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικό 20508029795807030064 ποσού 600,00 Ευρώ, που, αντιστοιχεί στο ελάχιστο προβλεπόμενο ποσό παραβόλου σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α΄ 64), δεδομένου ότι το προβλεπόμενο ποσοστό 0,5% της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του τμήματος του διαγωνισμού στο πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται συνολικά στο ποσό των 32.134,51 Ευρώ μη συμπ/νου ΦΠΑ, δεν υπερβαίνει τα 600,00 €, τα οποία πληρώθηκαν εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα με την προσκομιζόμενη από 04-05-2018 εκτύπωση εγχρήματης τραπεζικής συναλλαγής που «δεσμεύει» αυτόματα σύμφωνα με τα ισχύοντα το εκδοθέν e-παράβολο.

2. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι,

Αριθμός Απόφασης Α226 / 2018

σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

3. Επειδή, η Προσφυγή υπάγεται, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, του αντικειμένου της (προμήθεια) και της ημερομηνίας αποστολής της για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, την 27-11-2017, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός υπάγεται στις διατάξεις του Βιβλίου Ι Ν. 4412/2016 και με συνολική εκτιμώμενη αξία 309.193,76 €, χωρίς ΦΠΑ, υπερβαίνει τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και συνεπώς κατά τις οικείες διατάξεις του Βιβλίου ΙV Ν. 4412/2016 υπάγεται στην δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της (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).

4. Επειδή, η Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. γ) του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. γ) του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα, μέσω της διαλειτουργικότητας της επικοινωνίας στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ. (Α/Α: 50299) την 27-04-2018 και ο προσφεύγων άσκησε την υπό κρίση Προσφυγή με κατάθεσή της στον ίδιο ηλεκτρονικό τόπο, την 04-05-2018, ήτοι επομένως εντός της δεκαήμερης προβλεπομένης προθεσμίας και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην ΑΕΠΠ.

5. Επειδή, κατά την έννοια του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του ΠΔ 39/2017 ο Προσφεύγων ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή αιτούμενος την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης κατά το σκέλος αυτής, με το οποίο απέρριψε την προσφορά του για το Τμήμα 1 –

Αριθμός Απόφασης Α226 / 2018

Ομάδα Α, ενώ θα έπρεπε να κατακυρώσει σε αυτόν οριστικά και το τμήμα αυτό του διαγωνισμού, επομένως ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με έννομο συμφέρον, αφού προδήλως βλάπτεται από την προσβαλλόμενη, εφόσον η προσφορά του έχει ήδη γίνει αποδεκτή και μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος.

6. Επειδή στο άρθρο 16 της διακήρυξης περί Πρόκλησης για υποβολή δικαιολογητικών προβλέπεται ότι: *«1. Μετά την αξιολόγηση των προσφορών, η επιτροπή διενέργειας ειδοποιεί ηλεκτρονικά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ τον προσφέροντα, στον οποίο πρόκειται να γίνει η κατακύρωση («προσωρινό ανάδοχο»), να υποβάλει εντός προθεσμίας, δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν, τα πρωτότυπα ή αντίγραφα που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α' 74) των παρακάτω δικαιολογητικών ... α.β.γ. ... ζ. Πιστοποιητικό ή πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας σε ισχύ, της επιχείρησης που κατασκευάζει ή παράγει τα αγαθά .Το πιστοποιητικό ή πιστοποιητικά πρέπει να καλύπτει το σύνολο των προσφερόμενων αγαθών εκ μέρους του συμμετέχοντα. ... 2. Αν δεν προσκομισθούν τα παραπάνω δικαιολογητικά ή υπάρχουν ελλείψεις σε αυτά που υποβλήθηκαν, παρέχεται προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να παρατείνει την ως άνω προθεσμία, εφόσον αιτιολογείται αυτό επαρκώς και κατ' ανώτατο όριο για δεκαπέντε (15) επιπλέον ημέρες. 3. Αν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι τα στοιχεία που δηλώθηκαν, είναι ψευδή ή ανακριβή, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και με την επιφύλαξη του άρθρου 104 του Ν 4412/16, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει*

Αριθμός Απόφασης Α226 / 2018

τιμής, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν υπέβαλε αληθή ή ακριβή δήλωση η διαδικασία ανάθεσης ματαιώνεται. 4. Αν ο προσωρινός ανάδοχος δεν υποβάλει στο προκαθορισμένο χρονικό διάστημα τα απαιτούμενα πρωτότυπα ή αντίγραφα, των παραπάνω δικαιολογητικών, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής του και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. Αν κανένας από τους προσφέροντες δεν προσκομίζει ένα ή περισσότερα από τα απαιτούμενα έγγραφα και δικαιολογητικά, η διαδικασία ματαιώνεται. 5. Αν από τα παραπάνω δικαιολογητικά που προσκομίσθηκαν νομίμως και εμπροθέσμως, δεν αποδεικνύεται η μη συνδρομή των λόγων αποκλεισμού των άρθρων 73 και 74 ή του Ν 4412/16, απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου και με την επιφύλαξη του άρθρου 104 του Ν 4412/16, καταπίπτει υπέρ της αναθέτουσας αρχής η εγγύηση συμμετοχής και η κατακύρωση γίνεται στον προσφέροντα που υπέβαλε την αμέσως επόμενη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, χωρίς να λαμβάνεται υπόψη η προσφορά του προσφέροντος που απορρίφθηκε. ... 7. Η διαδικασία ελέγχου των παραπάνω δικαιολογητικών ολοκληρώνεται με τη σύνταξη πρακτικού από το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο και τη διαβίβαση του φακέλου στο αποφαινόμενο όργανο της αναθέτουσας αρχής για τη λήψη απόφασης είτε για την κήρυξη του προσωρινού αναδόχου ως εκππώτου είτε για τη ματαίωση της διαδικασίας, είτε της κατακύρωσης της σύμβασης.». Από την πιο πάνω διάταξη της διακήρυξης, εικάζεται ότι προ της εισήγησης για απόρριψη της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο οφείλει να ελέγξει αν αυτός δεν υπέβαλε όλα τα ζητούμενα δικαιολογητικά και πιστοποιητικά, μεταξύ των οποίων και το Πιστοποιητικό ή τα πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας σε

Αριθμός Απόφασης Α226 / 2018

ισχύ, της επιχείρησης που κατασκευάζει ή παράγει τα αγαθά που προσφέρει ο προσωρινός ανάδοχος είτε εντός της αρχικής προθεσμίας που του είχε ταχθεί είτε και πολύ περισσότερο εντός της συμπληρωματικής τέτοιας.

7. Επειδή, κατόπιν απλής επισκόπησης του περιεχόμενου στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού φακέλου της υπόθεσης, φαίνεται ότι, μετά το από 13-03-2018 με αρ. πρωτ. 8920 Έγγραφο της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού σε όσους αναδείχτηκαν προσωρινοί ανάδοχοι στον υπό εξέταση διαγωνισμό περί προσκόμισης των οικείων δικαιολογητικών κατακύρωσης, ο προσφεύγων, με το από 03-04-2018 με αρ. πρωτ. 11957 έγγραφο της ίδιας Επιτροπής κλήθηκε, επιπλέον των όσων είχε υποβάλει, να προσκομίσει εντός πέντε ημερών ένορκη Βεβαίωση για τα τυχόν επιβληθέντα πρόστιμα ΣΕΠΕ σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 73 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και με το από 11-04-2018 με αρ. πρωτ. 12614 έγγραφο της ίδιας Επιτροπής κλήθηκε να προσκομίσει Πιστοποιητικό ή πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας σε ισχύ, της επιχείρησης που κατασκευάζει ή παράγει τα αγαθά για τα αναφερόμενα στο Τμήμα 1 Ομάδα Α' προϊόντα, δεδομένου ότι τα προσκομισθέντα πιστοποιητικά καλύπτουν μόνον τα γαλακτοκομικά και κατεψυγμένα προϊόντα. Επίσης φαίνεται ότι ο προσφεύγων την 16-04-2018 υπέβαλε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού αρχείο με τον τίτλο Συμπληρωματικά Δικαιολογητικά. Παρά ταύτα η με αριθμό 241/2018 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του καθ ου Δήμου εγκρίνει το από 30-03-2018 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού, στο σκεπτικό της οποίας μολονότι διαπιστώνεται ότι τα δικαιολογητικά που υποβλήθηκαν δεν είναι πλήρη, διότι ο προσφεύγων δεν κατέθεσε πιστοποιητικό ή πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας σε ισχύ, της επιχείρησης που κατασκευάζει ή παράγει τα αγαθά για τα παρακάτω είδη : γάλα εβαπορέ, μέλι πευκόμελο, φακές, φασόλια ρεβύθια, ελιές καλαμών, μαγιά μπίρας, τσάι βουνού, καθώς επίσης έχει καταθέσει πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας αμετάφραστα (..... S.A, STATEMENT ,

Αριθμός Απόφασης Α226 / 2018

S.A AD) οπότε δεν μπορεί να γίνει περαιτέρω αξιολόγηση και πιστοποιητικά διασφάλισης ποιότητας με λήξη πιστοποίησης 16/02/2018 και με λήξη πιστοποίησης 06/04/2018, εκτός που κατά ένα μέρος αντιφάσκει με το από 11-04-2018 με αρ. πρωτ. 12614 έγγραφό της, στο οποίο, αντίθετα από το Πρακτικό, διαπιστώνεται ότι έχουν προσκομιστεί τα σχετικά πιστοποιητικά για γαλακτοκομικά είδη, επιπλέον και κυρίως δεν διαλαμβάνεται καμία κρίση για τα δικαιολογητικά που συμπληρωματικά ζητήθηκαν κατά τα άνω και αν προσκομίστηκαν την 16-04-2018 ή άλλοτε ή όχι. Εικάζεται επομένως ότι η προσβαλλόμενη πάσχει από εσφαλμένη, άλλως πλημμελή αιτιολόγηση, κατά παράβαση των διατάξεων του ΚΔΔσίας.

8. Επειδή, μετά ταύτα, ο Προσφεύγων επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλομένης διότι είχε κηρυχτεί προσωρινός ανάδοχος και η λειτουργία της απόφασης της επιτροπής του διαγωνισμού έρχεται σε αντίθεση με την απόφαση που τον όριζε προσωρινό ανάδοχο και δημιουργεί αμετάκλητες συνέπειες στην επιχείρησή του.

9. Επειδή, περαιτέρω, 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 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*

Αριθμός Απόφασης Α226 / 2018

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 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

Αριθμός Απόφασης Α226 / 2018

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, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. λήψεως απόφασης παροχής προσωρινών μέτρων είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, 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.

15. 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 σύμφωνα 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.

Αριθμός Απόφασης Α226 / 2018

16. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, κατά την οποία έχουν ανοίξει και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές, έχουν ορισθεί οι οριστικοί ανάδοχοι για καθένα από τα επιμέρους τμήματα του διαγωνισμού, με εξαίρεση το τμήμα για το οποίο ασκείται η προδικαστική προσφυγή, στο οποίο μετά την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντα προσωρινός ανάδοχος αναδείχθηκε ο αμέσως επόμενος του προσφεύγοντα μειοδότης, αναμένεται δε να κληθεί να προσκομίσει δικαιολογητικά κατακύρωσης. Δεν υπάρχει, επομένως, επόμενο στάδιο στον διαγωνισμό, καθώς απομένει η προσβαλλόμενη να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 100 Ν. 4412/2016 και των άρθρων 17 και 18 της διακήρυξης και να υπογραφεί η υπό ανάθεση σύμβαση και για τα επίμαχα τμήματα που αφορά η προσφυγή.

17. Επειδή, δεδομένου ότι ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η οποία ως προελέχθη δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη, σε καμία περίπτωση η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί για το Τμήμα και την Ομάδα για το οποίο ασκήθηκε η προσφυγή, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη (άρθρα 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και άρθρο 6 του Π.Δ. 39/2017), ως προελέχθη, ούτε υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα όσα έχουν γίνει δεκτά έως τώρα, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν σύμβασης, ούτε στις με αρ. πρωτ. 16098/09-05-2018 Απόψεις της η Αναθέτουσα Αρχή επικαλείται με ορισμένο τρόπο το δημόσιο συμφέρον, καθώς η εντός του μηνός Ιουλίου τρέχοντος έτους επίκληση της λήξης της τρέχουσας σύμβασης προμήθειας τροφίμων δεν αρκεί για να στοιχειοθετήσει βλάβη του δημοσίου συμφέροντος που θα μπορούσε να αποτραπεί μόνον με την άρση της εκ του νόμου απαγόρευσης για σύναψη σύμβασης έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση

Αριθμός Απόφασης Α226 / 2018

από την ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, σε βάρος της τήρησης της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία, των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008).

18. Επειδή, εξάλλου ο χρόνος για την έκδοση της απόφασης της ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής δεν είναι ούτε αόριστος ούτε μακρύς. Επομένως, η εκ του νόμου απαγόρευση για σύναψη της υπό ανάθεση σύμβασης έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο 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 περάτωση αυτής.

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, δεν υφίσταται βλάβη του προσφεύγοντος στο παρόν στάδιο, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία αυτού από την συνέχιση της διαδικασίας, γιατί μετά την άσκηση της προσφυγής, αυτός, στο στάδιο που ευρίσκεται δεν υφίσταται στάδιο διαγωνισμού στο οποίο η αναθέτουσα να μπορεί να εισέλθει, ούτε η επικαλούμενη ζημία του από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, γιατί δεν έχει καταστεί οριστική, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της και συνεπώς δεν υφίσταται έννομο συμφέρον αυτού για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. (βλ. ΑΕΠΠ Α75/2017, Α97/2017, Α16/2018).

Αριθμός Απόφασης Α226 / 2018

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω και εφόσον ο διαγωνισμός έχει εκ των πραγμάτων προχωρήσει στο τελικό στάδιο, έχουν ανοίξει και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων, σε κάθε δε περίπτωση δεν δύναται να υπογραφεί η σύμβαση για το Τμήμα 1 – Ομάδα Α' του διαγωνισμού, το δικαίωμα του προσφεύγοντος και η εύλογη προσδοκία του στην ανάδειξη αυτού ως αναδόχου στο επίμαχο τμήμα της εν λόγω σύμβασης δεν θίγεται σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της προδικαστικής της προσφυγής.

21. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, με την ρητή επισήμανση ότι δεν αίρεται η απαγόρευση σύναψης της υπό ανάθεσης σύμβασης για το Τμήμα 1 – Ομάδα Α' του διαγωνισμού, η οποία εξακολουθεί να ισχύει κατά τις διατάξεις των άρθρων 364 και 368 του Ν. 4412/2106 και του άρθρου 6 του Π.Δ. 39/2017, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντα πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 17-05-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ ΤΟΥ 2^{ΟΥ} ΚΛΙΜΑΚΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ