

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 23.1.2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 16.1.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 36/16.1.2020 Προδικαστική Προσφυγή της Κοινοπραξίας με την επωνυμία ... η οποία εδρεύει στη ..., Νομού ..., νομίμως εκπροσωπούμενης

Κατά του του Υπουργείου και δη κατά της 1612/4/23.12.2019357/2019 Απόφασης του Δ.Σ. του..., με αρ. 12/20.12.2019 Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας των Διαδικασιών Σύναψης της Σύμβασης «Σχολικά Γεύματα»,, ενέκρινε τη κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού ανά Τμήμα της Σύμβασης, όπως τούτη η απόφαση εκδόθηκε στο πλαίσιο ηλεκτρονικής, ανοικτής, άνω των ορίων διαδικασίας σύναψης δημόσιας σύμβασης, που προκηρύχθηκε με την με αρ. ... Διακήρυξη της ως άνω αναθέτουσας αρχής, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με αντικείμενο την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών παρασκευής – συσκευασίας και διανομής ζεστών γευμάτων σε μαθητές Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης κατά τη σχολική χρονιά 2019-2020, συνολικού εκτιμώμενου προϋπολογισμού 65.044.161,00€ άνευ ΦΠΑ.

Με την ως άνω Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στη Προσφυγή της. Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α31 / 2020

Η εξέταση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 2.554,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), δοθέντος ότι η προσφυγή ασκείται για το Τμήμα ... «...» του υπό προκήρυξη διαγωνισμού, εκτιμώμενου προϋπολογισμού 510.705,00€ άνευ ΦΠΑ.

2. Επειδή, με την με αριθ... Διακήρυξη του ... (...), προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, άνω των ορίων, ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών παρασκευής – συσκευασίας και διανομής ζεστών γευμάτων σε μαθητές Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης κατά τη σχολική χρονιά 2019-2020, συνολικού εκτιμώμενου προϋπολογισμού ποσού 65.044.161,00€ άνευ ΦΠΑ, με κριτήριο ανάθεσης τη πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, η οποία διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 22.5.2019 με ΑΔΑΜ ... και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), στις 23.5.2019 όπου και έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό Ειδικότερα, η εν λόγω προκήρυξη σύμβασης υποδιαιρείται σε 74 συνολικά Τμήματα, όπως αυτά αναλυτικά παρουσιάζονται στο Παράρτημα Ι της υπόψη διακήρυξης. Συνολικά, ο ανώτατος αριθμός των παρεχόμενων γευμάτων ημερησίως ανέρχεται σε 185.311 μερίδες. Ειδικότερα, σύμφωνα με τους όρους της οικείας διακήρυξης, προσφορές υποβάλλονται για κάθε Τμήμα χωριστά από τον οικονομικό φορέα. Ο δε οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλει προσφορά για ένα Τμήμα, για περισσότερα ή για όλα τα Τμήματα. Η κατακύρωση πραγματοποιείται ανά Τμήμα. Η προϋπολογισθείσα δαπάνη ανά μερίδα γεύματος ανέρχεται στο ποσό των 2,25€ χωρίς ΦΠΑ (και 2,79€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%) και η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 73.499.901,93€ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 13% (και 65.044.161,00€ χωρίς ΦΠΑ). Η αναθέτουσα αρχή, κατά την

Αριθμός απόφασης: Α31 / 2020

κατακύρωση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού, διατηρεί το δικαίωμα κατακύρωσης μεγαλύτερης ποσότητας από την προκηρυχθείσα μέχρι ποσοστού 15% και μικρότερης ποσότητας από την προκηρυχθείσα μέχρι ποσοστού 30%, σύμφωνα με τα άρθρα 104 παρ.1, εδ. 3-5 και 105 παρ.1 του Ν.4412/16. Για κατακύρωση μέρους της ποσότητας κάτω του καθοριζόμενου ως άνω από τη διακήρυξη ποσοστού, απαιτείται προηγούμενη αποδοχή του αναδόχου. Η διάρκεια της σύμβασης, τέλος, ορίζεται σε 156 σχολικές ημέρες.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016) και του χρόνου αποστολής της προκήρυξης προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. (την 17^η.5.2019), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., επιπροσθέτως 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) από τη προσφεύγουσα.

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 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,

Αριθμός απόφασης: Α31 / 2020

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 Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 περ. γ του άρθρου 361 του Ν.4412/2016 και την παρ. 1 περ. γ του άρθρου 4 του Π.Δ.39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 6.1.2020, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής, και η υπό κρίση Προσφυγή αναρτήθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 16.1.2020, ήτοι εντός της ως άνω νόμιμης δεκαήμερης προσθεσμίας.

6. Επειδή, διά της ως άνω προσβαλλομένης απόφασης της αναθέτουσας αρχής και κατ' αποδοχήν του με αρ. ... Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας στο πλαίσιο του ηλεκτρονικού ανοικτού δημόσιου διαγωνισμού επιλογής αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών παρασκευής – συσκευασίας και διανομής ζεστών γευμάτων σε μαθητές Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης κατά τη σχολική χρονιά 2019-2020, εγκρίθηκε η κατακύρωση για το Τμήμα της οικείας σύμβασης στον συμμετέχοντα φορέα με την επωνυμία «...».

7. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα με πρόδηλο έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης, αφού συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό υποβάλλοντας νομίμως και παραδεκτώς τη προσφορά της, η οποία και έγινε αποδεκτή, ισχυριζόμενη ότι υφίσταται εν προκειμένω ζημία από την προσβαλλόμενη απόφαση, αφού εσφαλμένως και παρανόμως, διά της ως άνω απόφασης η αναθέτουσα αρχή, έκανε δεκτά τα προσκομισθέντα από τον συμμετέχοντα φορέα με την επωνυμία «...» δικαιολογητικά κατακύρωσης και προέβη στην κατακύρωση σε αυτόν του Τμήματος ... της υπόψη σύμβασης. Πιο συγκεκριμένα η προσφεύγουσα με την προσφυγή της προβάλλει επτά λόγους κατά τους οποίους ισχυρίζεται ότι ο ως άνω αναδειχθείς ανάδοχος είτε δεν προσκόμισε προσηκόντως τα απαιτούμενα δικαιολογητικά κατακύρωσης είτε παρέλειψε σχετικώς και κατά συνέπεια η

Αριθμός απόφασης: Α31 / 2020

αναθέτουσα αρχή εσφαλμένως έκανε αποδεκτά τούτα και προχώρησε στην απόφαση κατακύρωσης του διαγωνισμού. Ενόψει των ανωτέρω, αιτείται η προσφεύγουσα όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη, κατά το μέρος που έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρίας ..., σωρεύοντας παράλληλα στη προσφυγή της αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. 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.

9. Επειδή, από την επισκόπηση των στοιχείων της υπόθεσης προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν ελεγχθεί και αξιολογηθεί τα δικαιολογητικά κατακύρωσης των αναδειχθέντων προσωρινών αναδόχων από την αναθέτουσα αρχή, για το κάθε τμήμα του υπόψη διαγωνισμού και ακολουθεί η σύναψη και υπογραφή της οικείας σύμβασης. Κατ' ακολουθίαν, στο παρόν στάδιο του διαγωνισμού και λαμβανομένων υπόψη των προαναφερόμενων, ουδεμία ανάγκη υφίσταται προς αποτροπή τυχόν ζημίας των συμφερόντων της προσφεύγουσας, αφού δεν υφίστανται οι περιστάσεις εκείνες που να καθιστούν αλυσιτελή τυχόν αποδοχή της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, οι οποίες και θα αιτιολογούσαν τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επέκεινα, τυχόν παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης και της εσωτερικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, στο βαθμό που η προσβαλλόμενη παρανόμως εκδόθηκε, θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής. Συνεπώς, δεν προκύπτει άμεση βλάβη (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 862018) της προσφεύγουσας, δεδομένου ότι δεν υφίσταται, κατά τα προρρηθέντα, μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 86/2018, ΣτΕ Ολ 12-15/2018, ΣτΕ ΕΑ Ολ 146-148/2016, ΔΕΦΑΘ 26/2019) και την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, δεδομένου ότι η ισχυριζόμενη ζημία της

Αριθμός απόφασης: Α31 / 2020

προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής στο στάδιο που ευρίσκεται η υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, δεν δύναται να αποτραπεί με την αναστολή του διαγωνισμού και τον ορισμό προσωρινών μέτρων.

10. Επειδή, σε συνέχεια της προηγούμενης σκέψης, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, δεδομένου ότι 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 ανωτέρω (σκ. 8), ενώ και κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου δεν υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, δεν πληρούται η ratio της διάταξης του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 περί χορήγησης προσωρινών μέτρων για να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, το υπό κρίση αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 23 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 23 Ιανουαρίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Κορομπέλης

Τζέιμου Γιάννακα