

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 7.11.2019 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 01.11.2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1322/01.11.2019 της εταιρίας με την επωνυμία «*****» νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του ΔΗΜΟΥ ***** και της με αριθμό 708/14.10.20 απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ***** περί εγκρίσεως του από 01.10.2019 1^{ου} Πρακτικού και του από 04.10.2019 2^{ου} Πρακτικού σχετικά με την αξιολόγηση των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών - οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων και την ανάδειξη προσωρινών αναδόχων, στο πλαίσιο του προκηρυχθέντος με την υπ' αριθ. πρωτ. ***** 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 503/2019

τεχνικών προσφορών-οικονομικών προσφορών, αναδείχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος για την Ομάδα 4 «ΚΑΤΕΨΥΓΜΕΝΑ ΨΑΡΙΑ ΚΑΙ ΛΑΧΑΝΙΚΑ» του Τμήματος 1 του δημοπρατούμενου αντικειμένου η εταιρία «*****».

2. Επειδή, ο Δήμος ***** με την υπ' αριθ. πρωτ. ***** Διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό, ηλεκτρονικό, δημόσιο διαγωνισμό με αντικείμενο την προμήθεια τροφίμων για το Δήμο ***** και τα εποπτευόμενα αυτού νομικά πρόσωπα, σε επτά (7) Τμήματα, καθένα από τα οποία αποτελείται από περισσότερες Ομάδες, με δικαίωμα υποβολής προσφοράς για το σύνολο των ποσοτήτων μίας ομάδας ή περισσότερων ομάδων ή όλων των ομάδων εκάστου Τμήματος ή περισσότερων Τμημάτων ή όλων των Τμημάτων, δηλ. 1. είτε για μία ή περισσότερες ή όλες τις ομάδες για κάθε Τμήμα 2. είτε για μία ή περισσότερες ή όλες τις ομάδες για περισσότερα Τμήματα 3. είτε για μία ή περισσότερες ή όλες τις ομάδες για όλα τα Τμήματα, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 11.116.538,64 € (χωρίς ΦΠΑ). Ως κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε για τις Ομάδες 1, 2, 3, 4, 5 και 6 (του ενιαίου ενδεικτικού προϋπολογισμού), το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης ανά Ομάδα και για τις ομάδες 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 και 20 η χαμηλότερη τιμή. Η εν λόγω Διακήρυξη απεστάλη προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. στις 28.06.2019, αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 03.07.2019 και καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 03.07.2019, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α ***** . Στον Διαγωνισμό υπέβαλλαν τις προσφορές τους για την Ομάδα 4 «ΚΑΤΕΨΥΓΜΕΝΑ ΨΑΡΙΑ ΚΑΙ ΛΑΧΑΝΙΚΑ» του Τμήματος 1 τόσο η προσφεύγουσα όσο και η εταιρία «*****», η οποία αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος για την συγκεκριμένη Ομάδα.

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 2.517,84 €, το οποίο υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί προϋπολογισθείσας αξίας της Ομάδας 1 του Τμήματος 1 της δημοπρατούμενης σύμβασης.

Αριθμός απόφασης: Α 503/2019

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 11.116.538,64 € χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016, όπως και του χρόνου αποστολής προς δημοσίευση 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 21.10.2019, οπότε και της κοινοποιήθηκε αυτή μέσω της λειτουργίας «Επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 30.10.2019, 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 για την Ομάδα 4 του Τμήματος 1 του δημοπρατούμενου αντικειμένου για την οποία αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία «*****»

7. Επειδή, με τον πρώτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα προβάλλει ότι κατά παράβαση του όρου της διακήρυξης με τον οποίον απαιτείται για την Ομάδα 4 να προσκομίζεται εντός του φακέλου τεχνικής προσφοράς : «Άδεια ή έγκριση καταλληλότητας από τη Δ/ση Κτηνιατρικής ή άλλες αρμόδιες Υπηρεσίες για τα μέσα μεταφοράς που αφορούν στη διακίνηση προϊόντων ζωικής προέλευσης. Για τη διακίνηση των λοιπών προϊόντων, η βεβαίωση καταλληλότητας παρέχεται από την Διεύθυνση Υγιεινής ή άλλες αρμόδιες Υπηρεσίες», η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία «*****» υπέβαλε με την προσφορά της άδειες καταλληλότητας διακίνησης/μεταφοράς για κατεψυγμένα ψάρια και μόνον, με αριθμούς 2040,1879,1635, 2505, 2392, 1634

Αριθμός απόφασης: Α 503/2019

και 1878, μία για κάθε όχημά της, οι οποίες στο σύνολό τους έχουν εκδοθεί από το Τμήμα Κτηνιατρικής της Περιφερειακής Ενότητας ***** και με τις οποίες βεβαιώνεται ότι τα αντίστοιχα οχήματα της εταιρίας αυτής πληρούν τους όρους που καθορίζονται από την ισχύουσα Κτηνιατρική Νομοθεσία και οι οποίες ισχύουν όλες για ένα έτος, στοιχεία εκ των οποίων προκύπτει ότι πρόκειται μόνο για άδειες καταλληλότητας διακίνησης προϊόντων ζωικής προέλευσης και όχι για βεβαιώσεις καταλληλότητας διακίνησης λοιπών προϊόντων, οι οποίες πρέπει να εκδίδονται από την αρμόδια Διεύθυνση Υγιεινής. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι κατά παράβαση της προδιαγραφής που τίθεται στο Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης κατά την οποία απαιτείται : «Τα ψάρια θα είναι τυποποιημένα κατά ίδια μεγέθη και το βάρος του κάθε ψαριού θα είναι 250-280 γραμ., σύμφωνα με τις απαιτήσεις των παιδικών εξοχών», η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία «*****» αναφέρει στην τεχνική της προσφορά για τα κατεψυγμένα ψάρια ότι : «Τα ψάρια είναι τυποποιημένα κατά ίδια μεγέθη και το βάρος του κάθε ψαριού είναι ανάλογο με το είδος του και τις απαιτήσεις της Υπηρεσίας. Τα χορηγούμενα κατεψυγμένα ψάρια έχουν καθαρό βάρος σύμφωνα με την ισχύουσα νομοθεσία», ήτοι με την δήλωση αυτήν δεν δεσμεύεται ότι θα παραδώσει στην αναθέτουσα αρχή το είδος στο βάρος που ζητείται στη διακήρυξη. Με τον τρίτο λόγο προσφυγής, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατά παράβαση του όρου 2.2.7.1. της διακήρυξης όπου απαιτείται να προσκομίζεται πιστοποιητικό ISO 22000 ή ISO 9001 ή άλλο ισοδύναμο διαπιστευμένο από το ΕΣΥΔ ή άλλο αντίστοιχο φορέα, απαίτηση η οποία πρέπει να συντρέχει τόσο κατά το χρόνο υποβολής της προσφοράς όσο και κατά το χρόνο ελέγχου των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία «*****» προσκόμισε πιστοποίηση ISO που αφορά μόνο την συγκεκριμένη χρονική στιγμή κατά την οποία διεξήχθη ο έλεγχος (ήτοι την 09.07.2018) και δεν καλύπτει τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, ως εκ τούτου δεν αποδεικνύεται εάν πράγματι η εν λόγω επιχείρηση εξακολουθεί και κατά τον χρόνο αυτό να πληροί τις προϋποθέσεις του συστήματος HACCP. Τέλος, με τον τέταρτο λόγο προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η συνδιαγωνιζόμενη εταιρία «*****» κατέθεσε

Αριθμός απόφασης: Α 503/2019

εντός της τεχνικής της προσφοράς σειρά αλλοδαπών ιδιωτικών εγγράφων και συγκεκριμένα τα υπ' αριθ. 300598, 300619, 300555 πιστοποιητικά, χωρίς μετάφραση στην ελληνική γλώσσα και επικύρωση από αρμόδιο πρόσωπο. Για όλους αυτούς τους λόγους, 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 παράγραφο 1 του άρθρου 367 για την έκδοση απόφασής της. 2. Με την απόφαση της προηγούμενης παραγράφου μπορεί να διατάσσονται προσωρινά*

Αριθμός απόφασης: Α 503/2019

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

Αριθμός απόφασης: Α 503/2019

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 απαράδεκτη, 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 δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

Αριθμός απόφασης: Α 503/2019

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 προσαλλόμενης, 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 την Ομάδα 4 «ΚΑΤΕΨΥΓΜΕΝΑ ΨΑΡΙΑ ΚΑΙ ΛΑΧΑΝΙΚΑ» του Τμήματος 1 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 του Δήμου***** με αντικείμενο την προμήθεια τροφίμων για το Δήμο ***** και τα εποπτευόμενα αυτού νομικά πρόσωπα, για την Ομάδα 4 «ΚΑΤΕΨΥΓΜΕΝΑ ΨΑΡΙΑ ΚΑΙ ΛΑΧΑΝΙΚΑ» του Τμήματος 1 του δημοπρατούμενου αντικειμένου, έως την έκδοση κύριας απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 7 Νοεμβρίου 2019, συντάχθηκε από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Αριθμός απόφασης: Α 503/2019

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία-Ελένη Σιδέρη

Αργυρώ Τσουλούφα