

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 21 Νοεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αριθμό 1752/2019 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1388/13-11-2019, του οικονομικού φορέα, που κατοικοεδρεύει στη(εφεξής «προσφεύγουσα» ή «.....»)

Κατά του Δήμου, που εδρεύει στην(εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ» ή «Δήμος») και κατά της απόφασης με αριθμό 183/2019 της Οικονομικής του Επιτροπής (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη ή «προσβαλλόμενη απόφαση»), που ελήφθη στο πλαίσιο δημόσιου ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, που ο Δήμος διενεργεί για την ανάδειξη αναδόχων της προμήθειας (αρ. διακήρυξηςκαι α/α ΕΣΗΔΗΣ) (εφεξής «διαγωνισμός»), για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, ο Δήμος με την ως ανωτέρω αναφερόμενη διακήρυξή του, που δημοσιεύθηκε νόμιμα και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων, λαμβάνοντας ΑΔΑΜ, προκήρυξε τον ελεγχόμενο διαγωνισμό, ο οποίος έλαβε αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ, Ο συνολικός προϋπολογισμός της προμήθειας ανέρχεται σε 81.139,30€, πλέον

Αριθμός απόφασης: Α 534 / 2019

ΦΠΑ. Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίζεται η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής. Οι ενδιαφερόμενοι είχαν το δικαίωμα να υποβάλλουν προσφορά για το σύνολο της προμήθειας ή για κάθε ομάδα χωριστά από τις εξής: 1) Φρέσκο γάλα, για τις ανάγκες του Δήμου, 2) Φρέσκο γάλα για τις ανάγκες του3) Τρόφιμα για τις ανάγκες του Κοινωνικού παντοπωλείου του Δήμου, 4) Είδη κρεοπωλείου, για τις ανάγκες του5) Είδη ιχθυοπωλείου, για τις ανάγκες του6) Είδη αρτοποιείου, για τις ανάγκες του7) Είδη οπωροπωλείου, για τις ανάγκες τουκαι 8) Είδη παντοπωλείου, για τις ανάγκες τουθα έπρεπε όμως να περιλαμβάνει υποχρεωτικά όλα τα προϊόντα που κάθε ομάδα περιέχει. Στον επίμαχο διαγωνισμό για την τρίτη ομάδα με την ονομασία «Τρόφιμα, για τις ανάγκες του Κοινωνικού Παντοπωλείου του Δήμου» υποβλήθηκαν δύο (2) προσφορές, αυτή της προσφεύγουσας, και η προσφορά της Ετερόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμίακαι τον διακριτικό τίτλο «.....» Μετά την αποσφράγιση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων, η επιτροπή του διαγωνισμού, με το από 27-09-2019 1^ο Πρακτικό της, μεταξύ άλλων και για την επίμαχη ομάδα, εισηγήθηκε την αποδοχή των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών και των δύο ως άνω διαγωνιζομένων. Τέλος, με τη με αριθμό 183/2019 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής (ΟΕ) του δήμου, ήδη προσβαλλόμενη απόφαση, μετ' αποδοχή του πιο πάνω αναφερόμενου 1^{ου} Πρακτικού της επιτροπής του διαγωνισμού, έγιναν δεκτές οι προσφορές και των δύο (2) ως άνω διαγωνιζομένων για την επίμαχη ομάδα, κατά το στάδιο ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών στον διαγωνισμό, καθώς, όπως προκύπτει από το ενσωματωμένο στην προσβαλλόμενη απόφαση ως άνω πρακτικό, και για τους δύο (2) ως άνω διαγωνιζόμενους διαπιστώθηκε η πληρότητα και ορθότητα του φακέλου «Δικαιολογητικά συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά», το δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης και η πληρότητα και ορθότητα των δικαιολογητικών που υπέβαλαν στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ σε αντιπαραβολή με αυτά που προσκόμισαν στο γραφείο πρωτοκόλλου του Δήμου. Κατά της απόφασης αυτής της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου, κατά το μέρος με το οποίο εκτός της δικής της έγινε

Αριθμός απόφασης: Α 534 / 2019

δεκτή και η προσφορά της εταιρείας με την επωνυμίακαι τον διακριτικό τίτλο «....» (εφεξής καλούμενη «....») άσκησε η προσφεύγουσα την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή της.

2. Επειδή, με την εν λόγω προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 13-11-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, πέραν του αιτήματός της να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση του δήμου, κατά τις στην προσφυγή αναφερόμενες αιτιάσεις, η προσφεύγουσα αιτείται να ανασταλεί η εκτέλεση της εν λόγω απόφασης και η πρόοδος του διαγωνισμού, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής της.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, (81.139,30€), της δραστηριότητας που η αναθέτουσα αρχή ασκεί και της νομικής της φύσης, ως Οργανισμού Τοπικής Αυτοδιοίκησης Α΄ Βαθμού (μη κεντρική κυβερνητική αρχή), δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη ότι η διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά την 26-06-2017 (ημερομηνία ανάρτησης στο ΚΗΜΔΗΣ της διακήρυξης της σύμβασης η 09-09-2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, όπως προκύπτει από τα αναρτημένα στοιχεία στην λειτουργικότητα της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α), πιθανολογείται ότι η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α΄ του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α΄ του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση του δήμου κοινοποιήθηκε την 05-11-2019 και η προσφυγή κατατέθηκε την 07-11-2019, με τη χρήση μάλιστα του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με

Αριθμός απόφασης: Α 534 / 2019

τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του πιο πάνω π.δ., καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 600,00€, το οποίο αποτελεί το ελάχιστο ποσό καταβαλλόμενου παραβόλου, σύμφωνα με τις συνδυασμένες διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 και 2 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 και 2 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προϋπολογισθείσα αξία της ομάδας 3 - Τρόφιμα για τις ανάγκες του Κοινωνικού παντοπωλείου του Δήμου, της σχετικής σύμβασης, σχετικά με την οποία η προσφεύγουσα ασκεί την προσφυγή της, ανέρχεται χωρίς ΦΠΑ στα 26.220,80€, επομένως, το καταρχήν προβλεπόμενο αναλογικό ύψος του παραβόλου ($26.220,80 \times 0,5\% = 131,10$) υπολείπεται του ελάχιστου νομίμου (600,00€).

5. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα, αφού συμμετείχε στον διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά που έγινε δεκτή, με έννομο συμφέρον καταρχήν στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, κατά το μέρος που έγινε δεκτή η προσφορά του μόνου έτερου συμμετέχοντα με αυτήν στην επίμαχη ομάδα της σύμβασης, διότι ως μόνη αποδεκτή προσφορά θα ανακηρυσσόταν ανάδοχος της προμήθειας, ανεξαρτήτως αν είχε προσφέρει και τη χαμηλότερη τιμή, συνεπώς ενδέχεται να υποστεί ζημία από τη μη νόμιμη κατά τους ισχυρισμούς της αποδοχή της προσφοράς της καθ' ης εταιρείας.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα συγκεκριμένα ισχυρίζεται ότι κατ' απόκλιση με τις ζητούμενες τεχνικές προδιαγραφές των τροφίμων για την επίμαχη ομάδα η εταιρεία προσέφερε αλάτι σε πλαστική σακούλα και όχι σε πλαστική φιάλη και το οποίο δεν αναφέρεται ότι είναι «ψιλό». Επιπλέον, κατά παράβαση των όρων του άρθρου 2.4.3.2 της διακήρυξης, στο φάκελο της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας δεν περιγράφεται με κανένα έγγραφο (τεχνικό φυλλάδιο/prospect/χημική ανάλυση του είδους) πως καλύπτεται η προδιαγραφή «...τα συσκευασμένα είδη θα πρέπει να είναι ευρέως διαδεδομένα στην ελληνική αγορά, να είναι αναγνωρίσιμα και δοκιμασμένα από το ευρύ καταναλωτικό κοινό, να έχουν

Αριθμός απόφασης: Α 534 / 2019

παραχθεί/συσκευαστεί από ευφήμως γνωστές βιομηχανοποιημένες εταιρείες και να υπάρχουν στα περισσότερα supermarket και παντοπωλεία ...». Για τους ανωτέρω λόγους, καταλήγει η προσφεύγουσα, η προσφορά της καθ' ης εταιρείας για την επίμαχη ομάδα 3 - Τρόφιμα για τις ανάγκες του Κοινωνικού παντοπωλείου του Δήμου θα έπρεπε να απορριφθεί.

7. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσης της απόφασης με την οποία η προσφορά της καθ' ης εταιρείας έγινε δεκτή κατά το παρόν στάδιο του διαγωνισμού και την αναστολή προόδου αυτού, ώστε να μην αποσφραγιστούν οι οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής της.

8. Επειδή, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, η υπό εξέταση προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι τουλάχιστον, σε σχέση με τη δεύτερη επικαλούμενη πλημμέλεια της προσφοράς της εταιρείας από μίαν απλή επισκόπηση των περιεχόμενων στην τεχνική προσφορά εγγράφων της εταιρείας δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι δεν τεκμηριώνεται επαρκώς, ως προς όλα τα προσφερόμενα από αυτήν είδη, η απαίτηση να είναι ευρέως διαδεδομένα στην ελληνική αγορά, να είναι αναγνωρίσιμα και δοκιμασμένα από το ευρύ καταναλωτικό κοινό, να έχουν παραχθεί/συσκευαστεί από ευφήμως γνωστές βιομηχανοποιημένες εταιρείες και να υπάρχουν στα περισσότερα supermarket και παντοπωλεία. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσο επί του παραδεκτού όσο και επί της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής κατά της καθ' ης διαγωνιζόμενης, δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑΘ 9, 10, 20, 41, 46/2015), διότι απαιτείται ενδελεχής έρευνα στα έγγραφα των προσφορών των διαγωνιζομένων και τους όρους της διακήρυξης, θα διαληφθεί όμως στην απόφαση του επιληφθέντος Κλιμακίου της ΑΕΠΠ επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή, εξάλλου, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι αυτός ευρίσκεται στο στάδιο, κατά το οποίο έχουν αξιολογηθεί τα δικαιολογητικά συμμετοχής και οι τεχνικές προσφορές των

Αριθμός απόφασης: Α 534 / 2019

διαγωνιζομένων, ακολουθεί δε η αποσφράγιση και αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών επί τω τέλει ανάδειξης προσωρινού/ών αναδόχου/ων της σύμβασης.

10. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής, από την πρόοδο της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της προσφυγής της ότι μη νόμιμα η αναθέτουσα αρχή συνεχίζει τον διαγωνισμό με τη συμμετοχή και της καθ' ης εταιρείας, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του ν. 4412/2016 και 15 του π.δ. 39/2017.

11. Επειδή, άλλωστε, δεν προέκυψε αποδεδειγμένα ότι λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την αποφυγή έστω και ολίγων ημερών καθυστέρηση, με αφορμή την υπό εξέταση προσφυγή. Στις περιεχόμενες στη με αριθμό 189/2019 απόφαση της ΟΕ του δήμου απόψεις, εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει λόγους για την απόρριψη της προσφυγής, αλλά δεν αναφέρεται σε κανένα λόγο δημοσίου συμφέροντος για την πρόοδο του διαγωνισμού, ακόμη και με αμφισβητούμενης νομιμότητας αποφάσεις ενδιάμεσων σταδίων αυτού, ούτε καν αιτείται κάτι τέτοιο. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση 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). Άλλωστε, έχοντας υπόψη ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1752/2019 Πράξης του Προέδρου του επιληφθέντος Κλιμακίου για τη 18^η-12^{ου}-2019, η όποια επίπτωση από την αναστολή προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει, κατά τα ως άνω, τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης της ΑΕΠΠ που αν κάνει δεκτή την προσφυγή, θα επιφέρει την ακυρότητα κάθε πράξης της διαγωνιστικής διαδικασίας που θα ερείδεται στην προσβαλλόμενη απόφαση.

Αριθμός απόφασης: Α 534 / 2019

12. Επειδή, τέλος, το πλέον πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η αποσφράγιση και αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών και η ανάδειξη προσωρινού αναδόχου για την επίμαχη ομάδα της σύμβασης. Η αναστολή αυτή, μάλιστα, δεν ορίζεται με αόριστη, αλλά με βεβαία διάρκεια, δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του δημόσιου ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, τον οποίο διενεργεί ο Δήμος για την ανάδειξη αναδόχου/ων της προμήθειας (αρ. διακήρυξηςκαι α/α ΕΣΗΔΗΣ) και μόνον για την ομάδα 3 – «Τρόφιμα για τις ανάγκες του Κοινωνικού παντοπωλείου του Δήμου», και συγκεκριμένα αναστέλλει την αποσφράγιση και αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων φορέων στην επίμαχη ομάδα του διαγωνισμού και την ανάδειξη προσωρινών αναδόχων της ομάδας αυτής της σύμβασης, μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 21 Νοεμβρίου 2019, συντάχθηκε, δε, από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: Α 534 / 2019

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Γιάννακα

α.α.

Βασιλική Κωστή