

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**4<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 04.03.2019, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Εισηγητής και Κυριακή Σιδηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 25.02.2019 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 261/26.02.2019 η οποία κοινοποιήθηκε στην Α.Ε.Π.Π. στις 26.02.2019 και χρεώθηκε στο 4ο Κλιμάκιο αυθημερόν, της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το δ.τ. «.....», που εδρεύει στην ....., οδός ....., αρ. ...., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του ....., που εδρεύει στον ....., οδός ....., αρ. ....., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση όρων της υπ' αριθ. .... διακήρυξης, αναφορικά με τον ανοικτό, διεθνή, ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για την «.....», κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της.

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

## **Αριθμός απόφασης: Α 102 / 2019**

1. Επειδή, με την υπ' αριθ. .... διακήρυξη του ..... προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την «.....», προϋπολογισμού 912.500,00 €, χωρίς Φ.Π.Α., και αναλύεται σε ποσό 612.500,00 € για τις υπηρεσίες κατάρτισης - εκπαίδευσης του Παραρτήματος XIV του Προσαρτήματος Α του Ν.4412/2016 και σε ποσό 300.000,00 € για τις υπηρεσίες πιστοποίησης της Διακήρυξης, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής και η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) την 01η.02.2019 με ΑΔΑΜ ..... Πιο συγκεκριμένα αντικείμενο της Σύμβασης είναι ..... Τα Προγράμματα Κατάρτισης που προβλέπεται να υλοποιηθούν καθώς και τα αντίστοιχα Σχήματα Πιστοποίησης είναι τα ακόλουθα: 1. Τεχνικός συγκολλήσεων & κοπής μετάλλων 2. Τεχνίτης Ελασματοουργός 3. Τεχνίτης Σωληνουργός 4. Τεχνίτης Εργαλειομηχανών 5. Τεχνικός Συντήρησης Εγκαταστάσεων.

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 4.562,50 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό .....), το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α (912.500,00 €). Το εν λόγω ποσό πληρώθηκε σύμφωνα με το προσκομιζόμενο e-παράβολο αυτόματης δέσμευσης, το οποίο έχει εκδοθεί για τον φορέα «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (Α.Ε.Π.Π.) και την προσκομιζόμενη απόδειξη πληρωμής.

3. Επειδή, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσία), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του (912.500,00 € χωρίς Φ.Π.Α.), σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου δημοσίευσης της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (01.02.2019), σύμφωνα με τα

## **Αριθμός απόφασης: Α 102 / 2019**

άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - του Ν. 4412/2016, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 01.22.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 25.02.2019, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας από την πλήρη γνώση αυτής, που ως η προσφεύγουσα δηλώνει (σελ. 4, σημείο Δ της Προσφυγής) έλαβε χώρα στις 16.02.2019, ήτοι εντός της δεκαπενθήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας από τη δημοσίευση της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.

6. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) 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 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

## **Αριθμός απόφασης: Α 102 / 2019**

7. 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».*

8. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι 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 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.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης και ειδικότερα κατά των όρων: (α) 1.4 του Παραρτήματος II, (β) 2.3.1, (γ) 2.4.6, (δ) του εδαφίου της υπό κρίση Διακήρυξης με τίτλο «Τεκμηρίωση σκοπιμότητας/υποδιαίρεσης ή μη της σύμβασης σε τμήματα», στο οποίο παρατίθενται οι λόγοι για τη μη επιλογή της υποδιαίρεσης της σύμβασης σε τμήματα, ισχυριζόμενη ότι οι προσβαλλόμενοι όροι ευνοούν συγκεκριμένη εταιρεία Πιστοποίησης Προσώπων που συγκεντρώνει τις απαιτούμενες από τη διακήρυξη ειδικότητες και κατά συνέπεια ευνοούν το Φορέα Κατάρτισης που έχει τη δυνατότητα να συνεργαστεί με την εταιρεία Πιστοποίησης που συγκεντρώνει κατ' αποκλειστικότητα τις ειδικότητες αυτές και δυσχεραίνεται σε ιδιαίτερα μεγάλο βαθμό η συμμετοχή την στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα αναφέρει ότι με τους παραπάνω προσβαλλόμενους όρους η αναθέτουσα αρχή προδιαγράφει

## **Αριθμός απόφασης: Α 102 / 2019**

αμφιμονοσήμαντη σχέση (εξαρτημένη και αποκλειστική συνεργασία) μεταξύ της εταιρείας πιστοποίησης και του παρόχου κατάρτισης και δεσμεύοντας τα δύο διακριτά τμήματα (612.500€ κατάρτιση και 300.000€ πιστοποίηση) σε μια σύμβαση για την οποία υποψήφιος ανάδοχος, ....., θα υποβάλει προσφορά με συμφωνητικό αποκλειστικής συνεργασίας με εταιρεία πιστοποιήσεων, ζητεί επί ποινή αποκλεισμού την προσκόμιση κατά την υποβολή της Προσφοράς, πέντε (5) διαπιστευμένων σχημάτων πιστοποίησης προσόντων τα οποία διαθέτει μόνο μια εταιρεία Πιστοποιήσεων κατά τη δημοσίευση της διακήρυξης και μέχρι την υποβολή της παρούσας, ενώ η διαπίστευση των πέντε σχημάτων (καθώς και η εκπόνηση απροσδιόριστης εκτάσεως εκπαιδευτικού υλικού), ως μέρος προσφοράς που καλείται να υποβάλει το υποψήφιο σχήμα αποτελούν ταυτόχρονα και κριτήρια ανάθεσης με εξαιρετικά υψηλό συντελεστή βαρύτητας, μη καθιστώντας σαφή τον τρόπο αξιολόγησης και παρέχοντας απεριόριστη ελευθερία στην αναθέτουσα να επιλέξει ανάδοχο. Περαιτέρω και λαμβάνοντας υπόψη ότι η Αναθέτουσα έχει υλοποιήσει κατά το παρελθόν δύο έργα (Διακήρυξη α/α ..... και Διακήρυξη α/α .....), τα οποία αφορούν σε υπηρεσίες κατάρτισης και πιστοποίησης και περιλαμβάνουν τις συγκεκριμένες διαπιστεύσεις καθώς και το συγκεκριμένο εκπαιδευτικό υλικό, και ότι ο ίδιος ανάδοχος έχει αναλάβει συμβατικά την υλοποίηση και των δύο προηγούμενων αυτών έργων της αναθέτουσας σε συνεργασία με την ίδια εταιρεία Πιστοποίησης, υφίσταται ζήτημα παραβίασης της αρχής της ίσης μεταχείρισης, δεδομένου ότι η διακήρυξη ζητεί επί ποινή αποκλεισμού αλλά και ως κριτήρια ανάθεσης, παραδοτέα του έργου τα οποία έχουν ήδη παραχθεί από ανταγωνιστές της προσφεύγουσας σε υλοποίηση προηγούμενων συμβάσεων της ίδιας αναθέτουσας. Τέλος και όσον αφορά τα κριτήρια ανάθεσης του όρου 2.3, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι για τα Κριτήρια Κ2 και Κ3, η περιγραφή/ανάλυση δεν είναι ούτε συγκεκριμένη ούτε μετρήσιμη, με αποτέλεσμα να μην υφίσταται σαφής και επαρκής περιγραφή των κριτηρίων ανάθεσης και να παραβιάζονται κατά τούτο οι διατάξεις των άρθρων 18 και 86 του Ν. 4412/2016.

## **Αριθμός απόφασης: Α 102 / 2019**

10. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν, έχει άμεσο, ενεστώσ και προσωπικό έννομο συμφέρον, όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη και οι προαναφερόμενοι όροι της Διακήρυξης, αφού υφίσταται ζημία και πλήττεται η συμμετοχής της στον διαγωνισμό αυτόν για τους αναφερόμενους στην Προσφυγής της λόγους.

11. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣτΕ ΕΑ 86/2018, ΣτΕ Ολ 12-15/2018, πρβλ. ΣτΕ ΕΑ Ολ 146-148/2016, ΔΕφΑθ 26/2019).

12. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε δε περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, αφού, ως ισχυρίζεται, οι υπόψη όροι της διακήρυξης είναι παράνομοι και υφίσταται βλάβη στα συμφέροντά της εξ αυτών. Τούτων δοθέντων, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με τους προσβαλλόμενους όρους της υπό εξέταση διακήρυξης, χρήζει ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχει, δε, κρίση που

## **Αριθμός απόφασης: Α 102 / 2019**

δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015).

13. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και σε περίπτωση τυχόν ακύρωσης της προσβαλλόμενης είναι πρόδηλη, αφού θα έχει ως αποτέλεσμα την ακύρωση των επόμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής για τον υπό κρίση διαγωνισμό και τελικώς την ματαίωση αυτού, οδηγώντας σε καθυστέρηση της υπόψη υπηρεσίας.

14. Επειδή, 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.

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα προλεχθέντα (βλ. σκέψεις 8 και 9), η οποία σκοπεύει στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. .... διακήρυξης, αναφορικά με το διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για την «.....», μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής και ορίζει ως κατάλληλο μέτρο τη μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών μετά την 5η Απριλίου 2019, ήτοι μετά δέκα πέντε (15) ημερών από την ημερομηνία ορισμού εξέτασης (21.03.2019) της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

**Αριθμός απόφασης: Α 102 / 2019**

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 4 Μαρτίου 2019, συντάχθηκε αυθημερόν από τον Εισηγητή και εκδόθηκε.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη**

**Ευαγγελία Ζαφειράτου**