

**Αριθμός απόφασης: Α 447 / 2019**

**Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**2<sup>ο</sup> ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

**ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ**

Συνήλθε στην έδρα της, στις 26.09.2019, με την εξής σύνθεση: Γερασιμούλα Μαρία Δρακονταειδή Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 19.09.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1153/20.09.2019 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην ....., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της .....και δη κατά της υπ' αριθμ. πρωτ. 180/09.09.2019 Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου της ως άνω αναθέτουσας αρχής, δυνάμει της οποίας εγκρίθηκε στο σύνολό του το υπ' αριθμ. 3213/23.07.2019 Πρακτικό Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού της Επιτροπής του Διαγωνισμού αναφορικά με την αποσφράγιση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων, στο πλαίσιο ηλεκτρονικού διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με ΑΔΑΜ στο ΚΗΜΔΗΣ .....Διακήρυξη της ως άνω αναθέτουσας αρχής με αντικείμενο τη «.....», εκτιμώμενης προϋπολογισθείσας αξίας 65.000,00€ άνευ ΦΠΑ και κριτήριο ανάθεσης αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει της τιμής (χαμηλότερη οικονομική προσφορά).

Με τη προδικαστική της προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται όπως ακυρωθεί η ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση προσφορά καθ'ό μέρος

## **Αριθμός απόφασης: Α 447 / 2019**

απορρίπτει την οικονομική της προσφορά -ως χαμηλότερη του νομίμου εργατικού κόστους- και καθ' ό μέρος αποδέχεται την οικονομική προσφορά της εταιρείας «.....» και κατακυρώνει το έργο στην ως άνω εταιρεία αναδεικνύοντάς τη Προσωρινή Ανάδοχο. Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της ανωτέρω διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση 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 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 600,00€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό .....), που αποτελεί και το κατώτερο κατά νόμο ποσό παραβόλου.

2. Επειδή, με την με αριθ. πρωτ. Δ.Σ. 180/2019 απόφαση του Δ.Σ της .....(από 06.09.2019 Απόσπασμα της 23<sup>ης</sup> Συνεδρίασης του) εγκρίθηκε το υπ' αριθμ. 3213/23.07.2019 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για το έργο «.....» και εν προκειμένω αποφασίσθηκε κατά πρώτον η απόρριψη των προσφορών των συμμετεχουσών εταιρειών «.....», «.....» καθώς και της συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας εταιρείας «.....» και κατά δεύτερον η αποδοχή της προσφοράς «.....» και η προσωρινή κατακύρωση του Διαγωνισμού με τίτλο «.....» στην εταιρεία με την επωνυμία «.....» για το ποσό των 64.247,16€ πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Ειδικά δε για τη συμμετέχουσα και ήδη προσφεύγουσα εταιρεία διατυπώνεται στην προσβαλλόμενη ότι: «Όσον αφορά την οικονομική προσφορά, από την ανάλυση αυτής, στην οποία προέβη η εταιρεία κατόπιν του αιτήματος παροχής διευκρινήσεων, διαπιστώθηκε ότι το συνολικό ποσό της οικονομικής προσφοράς της Εταιρείας (63.173,44 ευρώ) είναι κατώτερο του ελάχιστου νόμιμου κόστους της σύμβασης, κατόπιν υπολογισμού των

### **Αριθμός απόφασης: Α 447 / 2019**

νομίμων μηνιαίων αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών του προσωπικού φύλαξης. Πιο συγκεκριμένα, το κατώτατο νόμιμο κόστος της σύμβασης, μη συνυπολογιζομένων των λοιπών εξόδων (εργολαβικό κέρδος, κόστος αναλωσίμων, διοικητικό κόστος κλπ ), ανέρχεται στο ποσό των 63.298,54 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ). Ως εκ τούτου συνάγεται ότι το προσφερόμενο ποσό για την παροχή των υπηρεσιών της Εταιρείας υπολείπεται του ελάχιστου νομίμου κόστους της σύμβασης».

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσία), της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου δημοσίευσης της Προκήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 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., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου για την ασκηθείσα προσφυγή (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, 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 απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τύπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. (συστημικός α/α ..... ) στις 10.09.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 19.09.2019, ήτοι εντός της νόμιμης προθεσμίας.

4. 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

### **Αριθμός απόφασης: Α 447 / 2019**

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). Περαιτέρω, 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, ειδικότερα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλομένης απόφασης υποστηρίζοντας ότι εσφαλμένως απορρίφθηκε η προσφορά της αφού κατόπιν του αιτήματος από την αναθέτουσα αρχή [με το με αριθμ. πρωτ. 3079/12-7-2019 εγγράφου της] παροχής διευκρινήσεων κατ' άρθρο 102 του Ν. 4412/2016, με ειδικότερο ερώτημα εάν έχει ληφθεί υπ' όψιν από τη συμμετέχουσα και ήδη προσφεύγουσα εταιρεία η υπ' αριθμ. 4241/127/2019 Υπουργική Απόφαση (περί καθορισμού κατώτατων μισθολογικών ορίων), καθώς επίσης και αίτημα ανάλυσης του τρόπου υπολογισμού της οικονομικής προσφοράς, εμπροθέσμως απέστειλε την υπ' αριθμ. πρωτ. 3160/19.07.2019 επιστολή διευκρινήσεων, στην οποία επισύναψε όλα τα απαραίτητα αρχεία οικονομοτεχνικής ανάλυσης εργατικού κόστους, αναφερόμενη τόσο στον τρόπο υπολογισμού όσο και στο νομοθετικό πλαίσιο, το περιεχόμενο των διευκρινήσεων τούτων ωστόσο δεν έγινε αποδεκτό από την αναθέτουσα αρχή και δη χωρίς ειδική και εμπειρισταωμένη αιτιολογία. Με τον δεύτερο λόγο προσφυγής της βάλλει η προσφεύγουσα κατά της προσφοράς της συμμετέχουσας και αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου εταιρείας ισχυριζόμενη ότι η οικονομική προσφορά της

### **Αριθμός απόφασης: Α 447 / 2019**

ως άνω εταιρείας είναι απαράδεκτη, καθώς έχει υπολογισθεί για χρονικό διάστημα 365 ημερών. Επειδή όμως το έτος 2020 είναι δίσεκτο έτος, όπερ σημαίνει ο μήνας Φεβρουάριος έχει 29 ημέρες αντί 28, η οικονομική προσφορά έπρεπε να υπολογισθεί για 366 ημέρες. Με τον τρίτο λόγο προσφυγής της η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσφοράς της συμμετέχουσας εταιρείας .....προβάλλοντας επιπλέον λόγους απόρριψης της προσφοράς της, πλην των όσων διατυπώνονται στη προσβαλλομένη απόφαση, δεδομένου ότι σε περίπτωση άσκησης προδικαστικής προσφυγής από την ως άνω αποκλεισθείσα εταιρεία, θα εξετασθούν μόνο οι λόγοι απόρριψής της που διατυπώνονται στη προσβαλλόμενη, και όχι οι επιπλέον λόγοι απόρριψης που διαπιστώνει η προσφεύγουσα και παρανόμως, ως παραπονείται, δεν έλαβε υπόψιν η αναθέτουσα αρχή διά της προσβαλλομένης. ....με τα αναφερθέντα στον τρίτο λόγο προσφυγής, στρέφεται η προσφεύγουσα με τον τέταρτο λόγο της προσφυγής της κατά της προσφοράς της εταιρείας .....(.....).

6. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή την 23.09.2019 με το με αρ. 4136/23.09.2019 αίτημα-υπόμνημα αποστέλλει τις απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής, αναρτώντας το έγγραφο τούτο στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ.

7. 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 ποινής 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.

8. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές και έχει ανακηρυχθεί ο προσωρινός

## **Αριθμός απόφασης: Α 447 / 2019**

μειοδότης, ενώ ακολουθεί η προσκόμιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης κατ' άρθρο 103 του Ν. 4412/2016 επί τω τέλει της οριστικής κατακύρωσης και υπογραφής της υπόψη 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 κατά τα προαναφερόμενα, 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 έκρινε ως αποδεκτή τη προσφορά του έτερου διαγωνιζόμενου, θα κριθεί με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής. Συνεπώς, δεν προκύπτει άμεση βλάβη (πρβλ ΣΤΕ ΕΑ 862018 σκ. 12) 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, πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ Ολ 146-148/2016, ΔΕφΑθ 26/2019) και την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, αφού η ισχυριζόμενη ζημία της 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.

9. Επειδή, περαιτέρω και εν προκειμένω, η οριστική υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, 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 ανωτέρω (σκέψη 7), ενώ και κατά την κρίση του παρόντος Κλιμακίου δεν υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα όσα έχουν γίνει δεκτά έως τώρα, προκειμένου να αρθεί η αυτοδίκαιη απαγόρευση υπογραφής της εν λόγω σύμβασης, η οποία και εξακολουθεί να ισχύει. Επέκεινα και εφόσον ο διαγωνισμός έχει εκ των πραγμάτων προχωρήσει στο επόμενο και τελικό

### **Αριθμός απόφασης: Α 447 / 2019**

στάδιο, έχουν ανοιχθεί και αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές των συμμετεχόντων και ανακηρυχθεί ο μειοδότης, δεν δύναται δε να υπογραφεί η σύμβαση, το δικαίωμα της προσφεύγουσας και η εύλογη προσδοκία της περί κατακύρωσης σε αυτήν της υπό ανάθεση σύμβασης δεν θίγεται σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ούτως με την οριστική απόφαση επί της Προδικαστικής της Προσφυγής.

10. Επειδή, εξάλλου η προδικαστική προσφυγή δεν είναι προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη ως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή στο ως άνω έγγραφο των απόψεων της (βλ. σκ. 6) προκειμένου επιπλέον να γίνει αποδεκτό το αίτημα (της αναθέτουσας αρχής) άρσης απαγόρευσης σύναψης της προκείμενης σύμβασης, που ως ρύθμιση εξαίρεσης πρέπει να ερμηνεύεται αυστηρώς συσταλτικά. Οι λόγοι δε που προβάλλει με το από 23.9.2019 υπόμνημά της, ότι δηλαδή η καθυστέρηση εξεύρεσης αναδόχου για τη φύλαξη ενδέχεται να προκαλέσει σοβαρό κίνδυνο στην ασφάλεια των φυλλασσόμενων εντός του ακινήτου περιουσιακών στοιχείων της .....ή η ενδεχόμενη έκτακτη δαπάνη επιβάρυνσης του προϋπολογισμού της δεν αποτελούν επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος που να επιβάλλουν την άρση απαγόρευσης της σύναψης της σύμβασης [όπως λχ. έχει κριθεί ότι είναι λόγοι συναπτόμενοι με τη δημόσια υγεία (Ε.Α. 24/2000) ή την επείγουσα ανάγκη αντιμετώπισης κινδύνου από πυρκαγιές (Ε.Α. 1.101/2009)], δεδομένου ότι αναφέρονται σε συνήθεις και όχι εξαιρετικές συνέπειες από την καθυστέρηση της ανάθεσης.

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, το κρινόμενο αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων πρέπει να απορριφθεί ούτε πρέπει να γίνει δεκτό το αίτημα της αναθέτουσας αρχής περί άρσης της απαγόρευσης σύναψης της προκείμενης σύμβασης .

**Αριθμός απόφασης: Α 447 / 2019**

**Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 26 Σεπτεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 27 Σεπτεμβρίου 2019.

**Η Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Γερασιμούλα Μαρία Δρακονταειδή**

**Ελένη Κατσίκα**