

Η

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ**

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 28 Νοεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Φώπιος Κατσίγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1407/18-11-2019 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στο..., επί της οδού..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «...»)

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και το διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ..., επί της οδού ..., αρ. ... (εφεξής «αναθέτουσα αρχή» ή «...») και κατά α) της με αριθμό 6702/6-11-2019 απόφασης του Γενικού Διευθυντή Οικονομικών και Διοικητικής Υποστήριξης της ..., με την οποία, στο πλαίσιο ανοικτού διαγωνισμού, τον οποίο η ... διενεργεί για την ανάδειξη παρόχου υπηρεσιών για την «Παροχή Υπηρεσιών Φύλαξης της ...» της ... », (αρ. πρωτ. διακήρυξης...), αφενός εγκρίθηκαν τα από 24.10.2019 και από 29.10.2019 Πρακτικά της ορισθείσας επιτροπής του διαγωνισμού, με το δεύτερο από τα οποία η επιτροπή εισηγήθηκε την απόρριψη των οικονομικών προσφορών τόσο της προσφεύγουσας, όσο και των λοιπών δύο διαγωνιζομένων εταιρειών («...» και «...») και αφετέρου κηρύχθηκε άγονος ο διαγωνισμός και β) της κοινοποιηθείσας από την ... στην προσφεύγουσα στις 7-11-2019, πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος συμμετοχής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση του αντικειμένου της υπ' αρ. πρωτ. ... διακήρυξης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια, Άννα Χριστοδουλάκου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Αριθμός απόφασης: Α 541/2019

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 1407/18-11-2019 προδικαστική προσφυγή, στην οποία, όπως προαναφέρθηκε, σωρεύεται το εξεταζόμενο αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, εισήχθη προς συζήτηση ενώπιον της Επταμελούς Σύνθεσης της Αρχής δυνάμει της υπ' αριθμ.. 1824/26-11-2019 Πράξης του Προέδρου της και σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 Ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), 1, 2-3, 5-9, 12-15 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2-3, 6, 8 και 9 του Π.Δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017).

2. Επειδή, η ... με την ως άνω αναφερόμενη διακήρυξη προκήρυξε ανοικτό εκτός ΕΣΗΔΗΣ διαγωνισμό, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου της ως άνω αναφερόμενης σύμβασης παροχής υπηρεσιών φύλαξης, συνολικού προϋπολογισμού 216.000,00€, πλέον Φ.Π.Α., για χρονικό διάστημα δεκαοκτώ (18) μηνών από την υπογραφή της σύμβασης. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία που η ... απέστειλε ηλεκτρονικά στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 19-11-2019, στον επίμαχο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορές τρεις (3) εταιρείες και συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα (προσφορά με αρ. πρωτ. 9459/24-10-2019), η εταιρεία «...» (προσφορά με αρ. πρωτ. 9460/24-10-2019) και η εταιρεία «...» (προσφορά με αρ. πρωτ. 9462/24-10-2019). Με το από 24-10-2019 πρακτικό της ορισθείσας επιτροπής του διαγωνισμού, κατόπιν ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, προκρίθηκαν στην επόμενη φάση του διαγωνισμού, στο άνοιγμα δηλαδή των οικονομικών τους προσφορών, και οι τρεις ως άνω εταιρείες. Στη συνέχεια, και μετά την αποσφράγιση και τον έλεγχο και των οικονομικών τους προσφορών, με το από 29-10-2019 πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, βάσει του οποίου η προσφεύγουσα υπέβαλε οικονομική προσφορά ύψους 199.012,25€, η εταιρεία «...» οικονομική προσφορά ύψους 199.250,04€ και η εταιρεία «...» οικονομική προσφορά ύψους 200.046,11€, αποκλείστηκαν όλες οι ως άνω

Αριθμός απόφασης: Α 541/2019

διαγωνιζόμενες εταιρείες, μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα και κηρύχθηκε άγονος ο διαγωνισμός. Κατά το πρακτικό αυτό, η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας έλαβε χώρα με την αιτιολογία ότι κάνει λάθος υπολογισμό του αναφερόμενου στο Υπόδειγμα 2 της οικονομικής προσφοράς κόστους ανά ώρα απασχόλησης φύλακα και πιο συγκεκριμένα διότι ο υπολογισμός του κόστους ανά ώρα έχει γίνει πάνω στο ύψος του προϋπολογισμένου ποσού νόμιμων αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών και όχι στο συνολικό εργοδοτικό, διοικητικό εργολαβικό κόστος και σε κάθε άλλη νόμιμη απαραίτητη δαπάνη. Τα ως άνω πρακτικά της επιτροπής του διαγωνισμού εγκρίθηκαν με τη με αριθμό 6702/6-11-2019 απόφαση του Γενικού Διευθυντή Οικονομικών και Διοικητικής Υποστήριξής της Εν συνεχεία, στις 7-11-2019 η ... κοινοποίησε στην προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου πρόσκληση για την εκδήλωση ενδιαφέροντος συμμετοχής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση του αντικείμενου της υπ' αρ. πρωτ. ... διακήρυξης. Στις 7-11-2019 η προσφεύγουσα απέστειλε στην ... μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου με το οποίο δήλωσε το ενδιαφέρον της για τη συμμετοχή της στην ως άνω διαδικασία διαπραγμάτευσης, ενώ στις 8-11-2019 απέστειλε στην ... μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου με το οποίο δήλωσε ότι τελικά δεν θα συμμετάσχει στη διαδικασία αυτή. Κατά της με αριθμό 6702/6-11-2019 απόφασης, κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της, καθώς και κατά της ως άνω πρόσκλησης για την εκδήλωση ενδιαφέροντος συμμετοχής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης, άσκησε η προσφεύγουσα την με ΓΑΚ 1407/18.11.2019 προδικαστική προσφυγή, στην οποία σωρεύεται το εξεταζόμενο αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων.

3. Επειδή, με την ως άνω προσφυγή, πλέον του αιτήματός της να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενες πράξεις, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσής τους, καθώς και την αναστολή της νέας διαδικασίας για την ανάθεση των επίμαχων υπηρεσιών, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

4. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό..., πληρωμένο, όπως προκύπτει από το από 15.11.2019 αποδεικτικό της Τράπεζας Πειραιώς και δεσμευμένο, όπως προκύπτει από την εκτύπωση της

Αριθμός απόφασης: Α 541/2019

σχετικής σελίδας της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων), ποσού 1.080,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης ανέρχεται σε ποσό προ ΦΠΑ 216.000,00€.

5. Επειδή, η υπό εξέταση προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016. Επίσης, είναι εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 361 παρ. 1 περ. α' και γ' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' και γ' του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι, καίτοι από τα στοιχεία που η ... απέστειλε δεν προκύπτει η κοινοποίηση στην προσφεύγουσα της προσβαλλόμενης με αριθμό 6702/6-11-2019 απόφασης, αυτή εκδόθηκε στις 6-11-2019, η δε προσφυγή ασκήθηκε εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας και συγκεκριμένα κατατέθηκε ηλεκτρονικά την 15-11-2019 ενώπιον της ΑΕΠΠ με μήνυμα με ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 4 του άρθρου 8 του π.δ. 39/2017, δεδομένου ότι η διαγωνιστική διαδικασία δεν διενεργείται μέσω ΕΣΗΔΗΣ (σκ. 2 της παρούσας).

6. Επειδή, η προσφεύγουσα ασκεί προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, μολονότι στο άρθρο 36 της διακήρυξης του διαγωνισμού προβλέπεται ότι κατά πράξεων ή παραλείψεων οργάνων της αναθέτουσας εταιρείας ασκείται ένσταση εντός πέντε (5) ημερών από την κοινοποίηση της πράξης ή τη συντέλεση της παράλειψης, η οποία απευθύνεται στην ... (αναθέτουσα εταιρεία) και επί της οποίας αποφαινεται το αρμόδιο όργανο της. Ο ισχυρισμός, όμως, της προσφεύγουσας ότι, παρά ταύτα, σχετικά με την έννομη προστασία των συμμετεχόντων στην επίμαχη διαδικασία εφαρμόζεται το βιβλίο ΙV (άρθρα 345 επ.) του νόμου 4412/2016 και, συνακόλουθα, ότι κατά της προσβαλλόμενης πράξης παραδεκτά ασκεί προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ δεν μπορεί να πιθανολογηθεί ως προδήλως αβάσιμος. Από τις διατάξεις, με βάση τις οποίες συστάθηκε, τροποποιήθηκε και λειτουργεί η αναθέτουσα εταιρεία (...), δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι συνιστά αναθέτουσα αρχή, κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 1 περ. (4) του νόμου, ότι δηλαδή συνιστά οργανισμό δημοσίου δικαίου, από το σύνολο δε της διακήρυξης προκύπτει ότι το αντικείμενο της υπό δημοπράτηση σύμβασης (υπηρεσία φύλαξης) αποτελεί απόκτηση υπηρεσιών κατά την έννοια των

Αριθμός απόφασης: Α 541/2019

διατάξεων της παρ. 1 του άρθρου 3 του ίδιου νόμου. Κατά συνέπεια, η επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία φαίνεται ότι καταρχήν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, λαμβανομένης δε υπόψη της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης που είναι ανώτερη των εξήντα χιλιάδων (60.000) ευρώ, χωρίς να συμπεριλαμβάνεται ο ΦΠΑ, πιθανολογείται ότι οι διαφορές που προκύπτουν κατά την επίμαχη διαδικασία εμπίπτουν καταρχήν στις διατάξεις του βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 345 του ίδιου νόμου. Είναι υποστηρίξιμο ότι η επίμαχη διακήρυξη διέπεται από τις διατάξεις του ισχύοντος κανονισμού ανάθεσης υπηρεσιών της αναθέτουσας εταιρείας, ο οποίος, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 377 του ν. 4412/2016, μπορεί να θεσπίζει παρεκκλίσεις από την εθνική νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων. Από τους όρους του άρθρου 28, όμως, του ισχύοντος «Κανονισμού Ανάθεσης και Εκτέλεσης Συμβάσεων Προμήθειας Προϊόντων, Παροχής Υπηρεσιών και εκπόνησης Μελετών» της ..., δεν προκύπτει ότι θεσπίζεται παρέκκλιση από το καθεστώς έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο, που ίσχυε κατά τον χρόνο, κατά τον οποίο ο κανονισμός αυτός εγκρίθηκε. Αντίθετα, συνάγεται ότι στις διαδικασίες της ... εφαρμόζονται σχετικώς οι διατάξεις του νόμου 3886/2010, δηλαδή, προβλέπεται η άσκηση ένστασης και προδικαστικής προσφυγής του νόμου εκείνου, με τις ειδικότερες σε αυτόν προβλέψεις. Δοθέντος ότι, με την παρ. 1 περ. (27) του άρθρου 377 του ν. 4412/2016 ο νόμος 3886/2010 καταργήθηκε και στη θέση του τυγχάνουν πλέον εφαρμογής οι διατάξεις των άρθρων 345-374 του ν. 4412/2016, δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι το δικονομικό καθεστώς, στο οποίο παραπέμπει η διακήρυξη δεν είναι το νόμιμο, έχει δε κριθεί ότι δεν επιτρέπεται με τη διακήρυξη επιλογή δικονομικού καθεστώτος επίλυσης διαφορών διαφορετικού από το νόμιμο (πρβλ. ΕΑ 754/04 κ.ά.). Και υπό την εκδοχή, όμως, ότι μπορεί ο ισχύων κανονισμός της ... να ερμηνεύεται κατά τρόπο, ώστε να εννοείται ότι και μετά την κατάργηση του νόμου 3886/2010 και παρά την καθιέρωση προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ επί όλων των διαδικασιών άνω και κάτω των χρηματικών ορίων που προβλέπονται με τις διατάξεις του άρθρου 5 του ν. 4412/2016, αρκεί να είναι άνω των 60.000,00€, παρά ταύτα επί διαφορών σε διαγωνιστικές διαδικασίες που διενεργεί η ... εφαρμόζονται αναλογικά οι διατάξεις του καταργηθέντος ν. 3886/2010 και συνεπώς αν η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης δεν υπερβαίνει

Αριθμός απόφασης: Α 541/2019

τα κατώτατα όρια του πεδίου εφαρμογής των κοινοτικών οδηγιών 2014/ 24 και 25 της ΕΕ ασκείται ένσταση ενώπιον της ίδιας της αναθέτουσας εταιρείας, είναι υποστηρίξιμο ότι μια τέτοια ερμηνεία μπορεί να αντιβαίνει στους Ευρωπαϊκούς κανόνες, όπως ερμηνεύονται από τη νομολογία του Δικαστηρίου της ΕΕ και την Ερμηνευτική Ανακοίνωση της Επιτροπής της 1.8.2006 (ΕΕ C 179/2), καίτοι τούτο απαγορεύεται σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 377 του ν. 4412/2016. Έχοντας υπόψη ότι σε αντίθεση με το προϊσχύσαν δικονομικό καθεστώς, κατά το οποίο η προδικαστική προστασία παρεχόταν από την ίδια την αναθέτουσα αρχή, η οποία όμως ήταν και το όργανο που εξέδιδε τη διακήρυξη, καθορίζοντας τους όρους της διαδικασίας, ως και τις προσβαλλόμενες πράξεις, πλέον η προστασία αυτή παρέχεται από εντελώς αυτοτελές από την αναθέτουσα και ανεξάρτητο όργανο, ήτοι την ΑΕΠΠ, με ειδική αποστολή και αρμοδιότητα επί τούτου και δη με δικονομικό καθεστώς ειδικώς και εξαντλητικώς προβλεπόμενο στο Βιβλίο IV Ν. 4412/2016 και τις εφαρμοστικές αυτού κανονιστικές πράξεις, η μη επίλυση από την ΑΕΠΠ διαφορών επί διαδικασιών που κατά το νόμο υπάγονται στην αρμοδιότητά της, μπορεί να συνιστά μη νόμιμη απόκλιση από την αρχή που απορρέει από τη νομολογία περί δικαστικής προστασίας, τα διαθέσιμα ένδικα μέσα να μην είναι λιγότερο αποτελεσματικά από εκείνα που ισχύουν για παρεμφερείς καταγγελίες βάσει εθνικού δικαίου (αρχή της ισοδυναμίας). Σε κάθε περίπτωση, εφόσον στη διακήρυξη και στον ισχύοντα κανονισμό δεν έχει περιληφθεί ρύθμιση σχετικά με τη δυνατότητα άσκησης των προβλεπόμενων κατά τον ισχύοντα νόμο ενδίκων βοηθημάτων (άρθρα 372 επ. του νόμου 4412/2016) παρά τη μη προηγούμενη άσκηση προδικαστικής προσφυγής ενώπιον της ΑΕΠΠ και ότι η προθεσμία για την άσκηση τους αναστέλλει την κατακύρωση της σύμβασης και είναι τέτοια, ώστε να παρέχεται η δυνατότητα αποτελεσματικής άσκησης των βοηθημάτων αυτών, είναι υποστηρίξιμο ότι, εν προκειμένω, στην πράξη, καθίσταται αδύνατη ή υπερβολικά δυσχερής η παροχή δικαστικής προστασίας (αρχή της αποτελεσματικότητας) {πρβλ. παρ. 2.3.3 της Ερμηνευτικής Ανακοίνωσης της Επιτροπής της 1.8.2006 (ΕΕ C 179/2)}. Συνακόλουθα, η ασκηθείσα προδικαστική προσφυγή, σε κάθε, περίπτωση, δεν κρίνεται ως προδήλως απαράδεκτη. Οριστική κρίση, ωστόσο επί του παραδεκτού δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011,

Αριθμός απόφασης: Α 541/2019

ΔΕΦΑΘ 9, 10, 20, 41, 46/2015), διότι απαιτείται ενδελεχής έρευνα στα έγγραφα του διαγωνισμού, στο νόμο και τη νομολογία, θα διαληφθεί όμως στην οριστική απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής.

7. Επειδή, περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υπέβαλε νόμιμη και εμπρόθεσμη προσφορά, η οποία είναι η πλέον συμφέρουσα βάσει τιμής, κατά συνέπεια, με έννομο συμφέρον βάλλει κατά της απόρριψης της προσφοράς της, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, διότι μη νόμιμα κατά τους ισχυρισμούς της απορρίφθηκε η οικονομική της προσφορά. Συγκεκριμένα, προβάλλει ότι συνέταξε και υπέβαλε την οικονομική της προσφορά συμμορφούμενη προς τους όρους της διακήρυξης και τα αναφερόμενα στο παράρτημα ΙΙΙ αυτής. Ειδικότερα, στο υπόδειγμα 1 δήλωσε τη συνολική προσφερόμενη τιμή, όπως αυτή προκύπτει από την ανάλυση όλων των στοιχείων κόστους που παρατίθενται στον πίνακα του υποδείγματος 3, ενώ το συνολικό εργοδοτικό κόστος, ως υποσύνολο του πιο πάνω πίνακα, προκύπτει με βάση τους υπολογισμούς των πινάκων Α' και Β' του υποδείγματος 4. Από την ανάλυση που παρατίθεται στο υπόδειγμα 3, όπως αυτή τεκμηριώνεται ειδικότερα, από πλευράς εργοδοτικού κόστους (αποδοχών εργαζομένων και ασφαλιστικών εισφορών) με τους πίνακες του υποδείγματος 4, προκύπτει η συνολική προσφερόμενη τιμή, η οποία παρατίθεται στο υπόδειγμα 1. Βάσει της τιμής αυτής, άλλωστε, λαμβάνει χώρα η σύγκριση των οικονομικών προσφορών και, συνακόλουθα, η ανάδειξη του προσωρινού αναδόχου. Από την ανάλυση του πίνακα του υποδείγματος 3 προκύπτει ότι το συνολικό κόστος απασχόλησης του προσωπικού φύλαξης, ήτοι το άθροισμα του ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές των εργαζομένων της και των αναλογουσών εργοδοτικών ασφαλιστικών εισφορών, αποτελεί το οικονομικό μέγεθος στο οποίο αθροίζεται το συνολικό κόστος των ωρών απασχόλησης των φυλάκων, όπως έχει υπολογιστεί και δηλωθεί στην οικονομική της προσφορά. Επίσης, στον πίνακα Α' του υποδείγματος 4 παρατίθεται λεπτομερής ανάλυση του μηνιαίου εργοδοτικού κόστους, όπως ακριβώς ζητείται με τη διακήρυξη, βάσει το οποίου προκύπτει ότι το τελικό εργοδοτικό κόστος ανά ημερήσια ώρα διαμορφώνεται σε 6,20 ευρώ, ποσό το οποίο επίσης παρέθεσε στον πίνακα του υποδείγματος 2 της οικονομικής της προσφοράς, με σκοπό την ανάλυση, όπως ακριβώς ζητείται, του κόστους

Αριθμός απόφασης: Α 541/2019

απασχόλησης φύλακα. Σε κάθε περίπτωση, καταλήγει η προσφεύγουσα, με βάση τη σαφή γραμματική διατύπωση του υποδείγματος 2 της οικονομικής προσφοράς, το κόστος απασχόλησης φύλακα ανά ώρα αφορά το μισθοδοτικό κόστος και το κόστος των ασφαλιστικών εισφορών, με βάση το οποίο και εξουρίζεται, και δεν προκύπτει με σαφήνεια ότι αποτελεί υποδιαίρεση ούτε του συνολικού κόστους εκτέλεσης της σύμβασης ούτε, κατά μείζονα λόγο, της συνολικώς προσφερόμενης τιμής, διότι αυτή, κατά κυριολεξία, αποτελεί την αμοιβή του αναδόχου και επομένως δεν περιλαμβάνει μόνον τα διάφορα επιμέρους στοιχεία κόστους (εργοδοτικό, διοικητικό, δημοσιεύσεων διακήρυξης κ.λπ.), αλλά και το εργολαβικό όφελος που έχει υπολογίσει. Για τους ανωτέρω λόγους, και επειδή έχει περιλάβει πλήρη ανάλυση της οικονομικής της προσφοράς στους πίνακες των υποδειγμάτων 3 και 4, βάσει των οποίων προκύπτουν με σαφήνεια τόσο η προσφερόμενη τιμή όσο και το συνολικό κόστος (εργοδοτικό, διοικητικό, δημοσιεύσεων κ.λπ.) που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης και επομένως είναι πλήρως αποκρυσταλλωμένη και αποσαφηνισμένη η οικονομική της προσφορά, ως προς όλα τα επιμέρους στοιχεία από τα οποία συντίθεται, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είναι μη νόμιμη η απόρριψη της οικονομικής της προσφοράς.

8. Επειδή, με το από 21-11-2019 έγγραφο του Διευθύνοντος Συμβούλου της, η ... παραθέτει τις απόψεις της, αντικρούοντας την προσφυγή τόσο επί του παραδεκτού της όσο και επί της ουσίας των λόγων που περιέχονται σε αυτήν. Δεν προβάλλει, όμως, ισχυρισμούς επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας που σωρεύεται στην προσφυγή, ούτε επικαλείται λόγους δημοσίου συμφέροντος για την χωρίς καθυστέρηση πρόοδο και ολοκλήρωση της ανάθεσης του αντικειμένου του διαγωνισμού, δυνάμενους να αποτρέψουν τη χορήγηση αναστολής. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της ... σύμφωνα με τους οποίους το αίτημα αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας είναι απαράδεκτο, διότι η τελευταία δεν υφίσταται βλάβη από τη μη χορήγηση αναστολής –προσωρινών μέτρων, διότι η βασιμότητα των ισχυρισμών της θα οδηγούσε στη ματαίωση της διαγωνιστικής διαδικασίας είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Τούτο, δε, διότι, η βασιμότητα των ισχυρισμών της προσφεύγουσας θα οδηγούσε στην ανάθεση στην ίδια του αντικειμένου της με αρ. πρωτ. ... διακήρυξης.

Αριθμός απόφασης: Α 541/2019

9. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι τουλάχιστον, σε σχέση με την επικαλούμενη ασάφεια και αμφισημία των εγγράφων της σύμβασης που δεν μπορεί να αποβαίνει σε βάρος των διαγωνιζομένων, από μian απλή επισκόπηση των υποδειγμάτων του Παραρτήματος ΙΙΙ της διακήρυξης δεν μπορεί να αποκλειστεί ότι δεν προκύπτει με ρητό σαφή επί ποινή αποκλεισμού όρο ότι στο υπόδειγμα 2 του παραρτήματος ΙΙΙ οι διαγωνιζόμενοι όφειλαν να υπολογίσουν το κόστος ανά ώρα όχι μόνον στο ύψος του προϋπολογισμένου ποσού νόμιμων αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών των εργαζομένων, αλλά στο συνολικό εργοδοτικό, διοικητικό, εργολαβικό κόστος και σε κάθε άλλη νόμιμη απαραίτητη δαπάνη. Οριστική κρίση, ωστόσο, και επί της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής, θα διαληφθεί στην οριστική απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής.

10. Επειδή, όπως προαναφέρθηκε, από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι ο προκηρυχθείς με την υπ' αρ. πρωτ. ... διακήρυξη διαγωνισμός έχει κηρυχθεί άγονος, ενώ έχει κοινοποιηθεί στην προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου πρόσκληση για την εκδήλωση ενδιαφέροντος συμμετοχής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης για την ανάθεση του αντικειμένου της ως άνω διακήρυξης.

11. Επειδή, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά ανωτέρω και επειδή από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει ότι η αναθέτουσα εταιρεία υπήγαγε την επίμαχη διαδικασία υπό την εφαρμογή των συνδυασμένων διατάξεων των άρθρων 105 παρ. 3, 364 παρ. 1 και 372 παρ. 4 του ν. 4412/2016 περί της μη σύναψης της σύμβασης ένεκα της εγερθείσας προσφυγής, ούτε προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή προέβη οικειοθελώς σε αναστολή προόδου της διαδικασίας ανάθεσης του αντικειμένου της σύμβασης με τη διαδικασία διαπραγμάτευσης, μετά την κήρυξη αγόνου του διαγωνισμού, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής, 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 την απέκλεισε και κήρυξε άγονο τον προκηρυχθέντα με την με αρ. πρωτ. ... διακήρυξη διαγωνισμό,

Αριθμός απόφασης: Α 541/2019

επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του ν. 4412/2016 και 15 του π.δ. 39/2017.

12. Επειδή, άλλωστε, δεν προέκυψε αποδεδειγμένα ότι λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την αποφυγή έστω και ολίγων ημερών καθυστέρηση, με αφορμή την υπό εξέταση προσφυγή. 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 1824/2019 Πράξης του Προέδρου της Α.Ε.Π.Π. για τις 18-12-2019, η όποια επίπτωση από την αναστολή προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα.

13. Επειδή, τέλος, το πλέον πρόσφορο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή εκτέλεσης της με αριθμό 6702/6-11-2019 απόφασης του Γενικού Διευθυντή Οικονομικών και Διοικητικής Υποστήριξης της ..., καθώς και η αναστολή της προόδου της – δυνάμει της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος συμμετοχής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης – διαδικασίας για την ανάθεση του αντικείμενου της υπ' αρ. πρωτ. ... διακήρυξης. 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.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής – χορήγησης προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην με Γ.Α.Κ. 1407/18-11-2019 προδικαστική προσφυγή.

Αναστέλλει την εκτέλεση της με αριθμό 6702/6-11-2019 απόφασης του Γενικού Διευθυντή Οικονομικών και Διοικητικής Υποστήριξης της ..., καθώς και την πρόοδο της – δυνάμει της πρόσκλησης εκδήλωσης ενδιαφέροντος

Αριθμός απόφασης: Α 541/2019

συμμετοχής σε διαδικασία διαπραγμάτευσης – διαδικασίας για την ανάθεση του αντικειμένου της υπ' αρ. πρωτ. ... διακήρυξης, μέχρις εκδόσεως απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 28 Νοεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Φώτιος Θ. Κατσίγιαννης
Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.

Ο Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πουρναράς