

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 3 Μαρτίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος, Εμμανουέλα Σωτηροπούλου-Εισηγήτρια και
Πουλοπούλου Αγγελική, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21/2/2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ)-Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
214/24-2-2020 Προδικαστικής Προσφυγής του Οικονομικού Φορέα «.....»
και δ. τ. «.....» νομίμως εκπροσωπούμενου.

Κατά τουκαι της με αρ. 41/2020 απόφασης της Οικονομικής
Επιτροπής (απόσπασμα του πρακτικού της 04/07-02-2020 συνεδρίασης
της Οικονομικής Επιτροπής του) καθ' ό μέρος απέρριψε την οικονομική
προσφορά της προσφεύγουσας η οποία εκδόθηκε στα πλαίσια διενέργειας του
υπ' αριθ. πρωτ.ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για, συνολικού
προϋπολογισμού 151.704,12€ μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. 24%.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Εμμανουέλα
Σωτηροπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής
έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί, κατ' άρθρο 5 ΠΔ 39/2017 και 363 Ν.
4412/2016 το νόμιμο ηλεκτρονικό παράβολο, ήτοι το με κωδικό,
ποσού 758,52 €.

Αριθμός Απόφασης : Α92 /2020

2. Επειδή, με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, η οποία κατετέθη την 21/2/2020 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.), κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου και την 25/2/2020 η αναθέτουσα αρχή προέβη στην προβλεπόμενη στο άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017 κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής στους λοιπούς ενδιαφερόμενους με μήνυμα μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα επιδιώκει όπως ακυρωθεί η με αρ. 41/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του (απόσπασμα του πρακτικού της 04/07-02-2020 συνεδρίασης της Οικονομικής Επιτροπής του) καθό μέρος απορρίφθηκε η οικονομική προσφορά της.

3. Επειδή οως αναθέτουσα αρχή, με την με αριθμ. αριθ. πρωτ.Διακήρυξη προκήρυξε Ανοιχτό Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό για, συνολικού προϋπολογισμού 151.704,12€ μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. 24%.με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφοράς, βάσει μόνο τιμής. Το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε την 17-9-2019 στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ και την 16-9-2019 στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Στον ανωτέρω διαγωνισμό έλαβαν μέρος επτά (7) διαγωνιζόμενοι μεταξύ των οποίων και η προσφεύγουσα.

4. Επειδή με την υπ' αριθμ. 41/2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του, απερρίφθησαν οι οικονομικές προσφορές τεσσάρων (4) εκ των επτά (7) διαγωνιζομένων μεταξύ των οποίων και της προσφεύγουσας «διότι δεν προκύπτει ο αριθμός των εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο έργο ως σύνολο, καθώς η εταιρεία στον αναλυτικό πίνακα που συμπεριλαμβάνει στην προσφορά της αναφέρεται στις περιπτώσεις των κτιρίων 2,3,4,7 και 22 σε βάρδιες και κυλιόμενο πρόγραμμα χωρίς προσδιορισμό αριθμού εργαζομένων» και έγινε δεκτή η προσφορά του έτερων διαγωνιζόμενων «.....», «.....» και «.....», ο οποίος εν τέλει ανακυρήχθηκε προσωρινός ανάδοχος εκτέλεσης της υπηρεσίας καθαρισμού των δημοτικών κτιρίων και εγκαταστάσεων του, για ένα έτος με συνολική προσφερόμενη τιμή των 184.946,30 ευρώ (συμπερ. του ΦΠΑ). Η απόφαση αυτή κοινοποιήθηκε

Αριθμός Απόφασης : Α92 /2020

σε όλους τους διαγωνιζόμενους την 13-2-2020 μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

5. Επειδή η υπό κρίση Προσφυγή έχει ασκηθεί με χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 του ΠΔ 39/2017 και της παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός εμπίπτει ενόψει του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016, η δε Α.Ε.Π.Π. είναι αρμόδια βάσει συνολικού ποσού της Διακήρυξης του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του ΠΔ 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ως και κατά χρόνο αρμόδια, όπως προκύπτει από το άρθρο 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

7. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκε εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στην προσφεύγουσα και τους λοιπούς διαγωνιζομένους μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

8. Επειδή, η Προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προδικαστική της Προσφυγή αιτούμενη την ακύρωση της προσβαλλόμενης πράξης ως προς την απόρριψη της οικονομικής προσφοράς της, επιδιώκοντας να αναδειχθεί η ίδια προσωρινή ανάδοχος της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας, έχοντας προσφέρει χαμηλότερη συνολική τιμή 183.810,71 ευρώ (συμπερ. του ΦΠΑ) (143.889,00 άνευ ΦΠΑ) από εκείνη της αναδειχθείσας προσωρινής αναδόχου (149.150,24 € άνευ ΦΠΑ) και των διαγωνιζομένων των οποίων η οικονομική προσφορά έγινε αποδεκτή, ήτοι των «.....» και «.....» οι οποίοι προσέφεραν συνολική τιμή 187.116,00 € συμπερ. ΦΠΑ (150.900,00 € άνευ ΦΠΑ) και 185.106,43 € συμπερ. ΦΠΑ (149.279,38 € άνευ ΦΠΑ), αντίστοιχα

Αριθμός Απόφασης : Α92 /2020

9. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 1ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

10. Επειδή με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα, στρεφόμενη κατά το σκέλος που αφορά στην απόρριψη ως μη κανονική της προσφοράς της, υποστηρίζει ότι η προσβαλλομένη απόφαση είναι μη νόμιμη και ακυρωτέα διότι Α. η απόρριψη της προσφοράς εχώρησε παντελώς ανατιολόγητα και τούτο διότι η Επιτροπή παραλείπει όχι μόνο να αιτιολογήσει με σαφήνεια και πληρότητα την απόρριψη της προσφοράς της, αλλά και να αναφέρει εκείνους τους συγκεκριμένους όρους της διακήρυξης, με τους οποίους δεν συμμορφώνεται, Β. η αιτιολόγηση απόρριψης της προσφοράς της είναι αναληθής όπως προκύπτει από την κατατεθειμένη προσφορά της, διότι περιλαμβάνει όλα τα απαιτούμενα από τον νόμο και την διακήρυξη στοιχεία. Σε σύγκριση μάλιστα με τις οικονομικές προσφορές των λοιπών συμμετεχόντων η οικονομική της προσφορά είναι η πληρέστερη και αναλυτικότερη προσφορά. Ως υποστηρίζει όχι μόνο δεν προσδιόρισε τον αριθμό των εργαζομένων ανά υπηρεσία, αλλά και στις περιπτώσεις εκείνες που απαιτούσαν παροχή υπηρεσιών 7 ημέρες την εβδομάδα προσδιόρισε τον αριθμό των ατόμων με απόλυτη ακρίβεια και αναλυτικά. Επιπλέον, υποστηρίζει ότι η οικονομική προσφορά της εταιρίας «.....» έπρεπε να απορριφθεί κατά δέσμια αρμοδιότητα διότι παραβιάζει την εργατική νομοθεσία και ότι από τις οικονομικές προσφορές των εταιριών «.....» και «.....» ως κατετέθησαν και συγκριτικά με εκείνη της προσφεύγουσας, ευχερώς προκύπτει ότι η δική της είναι η πιο αναλυτική από τις υπόλοιπες τρεις.

11. 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 ζημία 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*

Αριθμός Απόφασης : Α92 /2020

παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα , σύμφωνα με το άρθρο 368».

12. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «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. 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».

13. Επειδή, περαιτέρω, τα ανωτέρω οριζόμενα στις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 επαναλαμβάνονται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

14. 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».

15. Επειδή, συνακόλουθα, 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

Αριθμός Απόφασης : Α92 /2020

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.

16. Επειδή, κατά την έννοια των παραπάνω διατάξεων, όπως έχει άλλωστε κριθεί από την ΑΕΠΠ, προϋπόθεση της από την Α.Ε.Π.Π. παροχής προσωρινής προστασίας είναι α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του, γ) η απλή πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη, όπως και προδήλως απαράδεκτη, προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

17. Επειδή ενόψει των επικαλούμενων αιτιάσεων που περιλαμβάνονται στην υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, οι οποίες δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμες, χρήζουν δε ενδελεχούς έρευνας, που δεν 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), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, εκκρεμούντων και των σχετικών απόψεων της αναθέτουσας αρχής επί των αιτιάσεων της προσφεύγουσας, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

18. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και του προσωρινού αναδόχου εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της απόρριψης της τεχνικής προσφοράς της προσφεύγουσας, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου κατακύρωσης τίθεται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα δικαίωση της προσφεύγουσας, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης στον ανακηρυχθέντα με τη προσβαλλόμενη απόφαση προσωρινό ανάδοχο, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, εκθέτοντας εξάλλου αυτήν σε κίνδυνο άσκησης εκ μέρους του τελευταίου και αποζημιωτικών αιτημάτων. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφιλοχωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, οι οποίες δύναται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου κριθεί η προκείμενη προδικαστική προσφυγή. Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει η προσφυγή, ο νυν ανακηρυχθείς προσωρινός ανάδοχος θα έχει υποβληθεί ασκόπως στον φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή του αυτή θα ανακληθεί από την αναθέτουσα αρχή δια της εκδοθησόμενης Αποφάσεως της Α.Ε.Π.Π.

19. Επειδή, α) η υπό κρίση Προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) πιθανολογείται βλάβη της προσφεύγουσας από την εκτέλεση της προσβαλλόμενης πράξης και από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, γ) οι προβαλλόμενοι λόγοι 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 ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης.

Αριθμός Απόφασης : Α92 /2020

20. Επειδή, συνεπώς όπως προκύπτει από την συνολική επισκόπηση του φακέλου, συντρέχει περίπτωση αναστολής της συνέχισης της διαγωνιστικής διαδικασίας προκειμένου το Κλιμάκιο να προχωρήσει στην διεξοδική εξέταση των αιτιάσεων της προσφεύγουσας και προκειμένου να μην δημιουργηθούν ανεπανόρθωτες καταστάσεις ως προς την εξέλιξη του διαγωνισμού σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι μη νόμιμα η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας και την απέκλεισε από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας.

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας ώστε η αναθέτουσα αρχή να μην προβεί σε πρόσκληση του προσωρινού αναδόχου για υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό, προκειμένου να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων της προσφεύγουσας.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής - ορισμού προσωρινών μέτρων.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας, και συγκεκριμένα την πρόσκληση του προσωρινού αναδόχου για υποβολή των δικαιολογητικών κατακύρωσης, μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 3 Μαρτίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΜΙΣΟΚΕΦΑΛΟΥ