

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 09.01.2018 με την εξής σύνθεση:
Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη-Εισηγήτρια και
Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από
29.12.2017 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) -
Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 423/29-12-2017 και Ειδικό
Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) V/70/29-12-2017 της προσφεύγουσας εταιρείας με
την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....» που εδρεύει στ
..... Αττικής, οδός, αρ. 10, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της με αριθμ. 308^{ης} (με αριθ. πρωτ. 58716/19-12-2017)
Απόφασης τ, της 41^{ης}/11-12-2017 Συνεδρίασης, με την οποία
εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. 58525/07-12-2017 Πρακτικό της Επιτροπής
Διενέργειας και Αξιολόγησης Διαγωνισμών Συμβάσεων Γενικών Υπηρεσιών του
..... και αναδεικνύει προσωρινό ανάδοχο την εταιρεία «.....», όπως
αυτή εκδόθηκε στο πλαίσιο διενέργειας ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημόσιου
διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. πρωτ.-2017
Διακήρυξη τα, με αντικείμενο τις Υπηρεσίες Φύλαξης Εγκαταστάσεων του
..... και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική
άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού
298.384,32€, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στη
..... Αττικής, οδός, αρ. 50, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Αριθμός απόφασης: Α 19/2018

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η αιτούσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης, με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. 58525/07-12-2017 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Διαγωνισμών Συμβάσεων Γενικών Υπηρεσιών του και αναδεικνύει προσωρινό ανάδοχο την έτερη συνδιαγωνιζόμενη εταιρεία «.....».

Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως εκδοθεί σχετική πράξη αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας και της κατακύρωσης στην εταιρεία «.....», μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής της.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό 181690402958 0226 0086), ποσού 1.491,92€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη ύψους 298.384,32 €, χωρίς ΦΠΑ, της σύμβασης, για την οποία υπέβαλε την προσφορά της η προσφεύγουσα, ενώ επισυνάπτεται και εκτυπωμένο αντίγραφο ηλεκτρονικής πληρωμής του ποσού σε Τράπεζα, καθώς και βεβαίωση περί ελέγχου και δέσμευσης του ηλεκτρονικού παραβόλου από την αρμόδια Υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π.

2. 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.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 298.384,32€, χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ανώτερης αξίας των 60.000 €, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 αυτού και συνεπώς παραδεκτώς, κατά τούτο, ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

Αριθμός απόφασης: Α 19/2018

4. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη, υπ' αριθμ. 308 (με αριθ. πρωτ. 58716/19-12-2017) Απόφαση της, αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 19.12.2017, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 29.12.2017.

5. 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).

6. 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».

Αριθμός απόφασης: Α 19/2018

7. 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 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.

8. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, αναφορικά με το σύστημα παροχής προσωρινής έννομης προστασίας, κατά το στάδιο που προηγείται της σύναψης δημοσίων συμβάσεων, το οποίο αποσκοπεί στην προστασία όσων ενδιαφέρονται να τους ανατεθούν δημόσιες συμβάσεις, έναντι της βλάβης την οποία υφίστανται ή ενδέχεται να υποστούν από την πιθανολογούμενη εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής, παράβαση διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

9. Επειδή, παρέπεται ότι προϋποθέσεις που πρέπει να πληρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της

Αριθμός απόφασης: Α 19/2018

ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράϊκο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.). γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του- τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί 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.

10. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της με αριθμ. 308^{ης} (με αριθμ. πρωτ. 58716/19-12-2017) Απόφασης τα, της 41^{ης}/11-12-2017 Συνεδρίασης, με την οποία εγκρίθηκε το με αριθμ. πρωτ. 58525/07-12-2017 Πρακτικό της Επιτροπής Διενέργειας και Αξιολόγησης Διαγωνισμών Συμβάσεων Γενικών Υπηρεσιών του και αναδεικνύει προσωρινό ανάδοχο την εταιρεία «.....», όπως αυτή εκδόθηκε στο πλαίσιο διενέργειας ηλεκτρονικού, ανοικτού, δημόσιου διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. πρωτ.-2017 Διακήρυξη του(με συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ α/α), με αντικείμενο τις Υπηρεσίες Φύλαξης Εγκαταστάσεων του και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής, συνολικού προϋπολογισμού 298.384,32€, μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ, για τον οποίο και υπέβαλε προσφορά η προσφεύγουσα, αιτούμενη την ανάκληση της ανωτέρω προσβαλλόμενης για τους στην Προσφυγή της αναφερόμενους λόγους, σωρεύοντας παράλληλα στην Προσφυγή της αίτημα αναστολής – ορισμού κατάλληλων μέτρων έως ότου κριθεί αυτή.

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

Αριθμός απόφασης: Α 19/2018

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 147/2016, 1140, 1137, 977/2010, 1149/2009, 14/2006).

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, κατ' ακολουθίαν δε και η οικονομική της προσφορά.

13. 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.

14. Επειδή, 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 στην ανωτέρω σκέψη, σε κάθε περίπτωση, 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.

15. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού και το υπ' αριθ. πρωτ. 674/08.01.2018 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής με θέμα:

Αριθμός απόφασης: Α 19/2018

«Απόψεις περί προδικαστικής προσφυγής της εταιρείας κατά της με αριθμ. 308/2017 απόφασης ταπου αφορά στον ανοιχτό άνω των ορίων δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό με τίτλο «Υπηρεσίες Φύλαξης εγκαταστάσεων τ.....», προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές, οι οποίες και έχουν ανοιχθεί, έχει αναδειχθεί προσωρινή μειοδότη η εταιρεία «.....» και ακολουθεί ο έλεγχος των δικαιολογητικών κατακύρωσης.

16. Επειδή, ωστόσο, κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, η ενδεχόμενη αποδοχή της προσφυγής της, αν στο χρονικό διάστημα μέχρι την έκδοση της σχετικής απόφασης, έχει τυχόν επικυρωθεί ο φάκελος δικαιολογητικών κατακύρωσης από την αναθέτουσα αρχή, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμες τις έτερες εκτελεστές πράξεις της έγκρισης της οικονομικής προσφοράς, ανάδειξης ως προσωρινής αναδόχου και επικύρωσης δικαιολογητικών κατακύρωσης και θα υποχρεώσει συνακόλουθα την αναθέτουσα αρχή να ακυρώνει πράξεις, που συνιστά και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, επιπλέον διοικητικά βάρη και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου εξετασθεί η καταρχήν νομιμότητα της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας, στο πλαίσιο εξέτασης της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

17. Επειδή, η προσφεύγουσα θέτει ως μείζον ζήτημα, αυτό της παραβίασης της εργατικής νομοθεσίας σχετικά με τον συνυπολογισμό των τακτικών αποδοχών για την εξαγωγή του κόστους των επιδομάτων εορτών, αδείας και αντικατάστασης σε άδεια καθώς και παραβίασης του εκτιμώμενου ύψους προϋπολογισμού των τομέων Α και Γ των εγκαταστάσεων προς φύλαξη του, αναφορικά με την οικονομική προσφορά της αναδειχθείσας μειοδότης του διαγωνισμού, θέτοντας εν αμφιβόλω τη συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου αξιολόγησης οικονομικών προσφορών.

Αριθμός απόφασης: Α 19/2018

18. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω και από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη μη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (βλ. σκ.9).

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία (αναστολή) δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής.

20. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων της αιτούσας.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 09 Ιανουαρίου 2018 και εκδόθηκε την ίδια ημέρα στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη.

Αριθμός απόφασης: Α 19/2018

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Βασιλική Κ. Μπάκου