

**Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)**

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Το 2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ Α.Ε.Π.Π. αποτελούμενο από τον Πρόεδρο, Νικόλαο Σαββίδη και τα μέλη Μαρία Μανδράκη, αναπληρώτρια της Γερασιμούλας – Μαρίας Δρακονταειδή, δυνάμει της με αριθμό 23/208 Πράξης του Προέδρου της ΑΕΠΠ και Νεκταρία-Πηνελόπη Ταμανίδη (εισηγήτρια), συνεδρίασε σήμερα, 20 Απριλίου 2018, στην έδρα της Αρχής.

Για να εξετάσει το αίτημα για Αναστολή και Λήψη Προσωρινών Μέτρων που σωρεύεται στην με Γεν. Αριθ. Κατ. ΑΕΠΠ 340/11-04-2018 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» (εφεξής προσφεύγων) κατά της αναθέτουσας αρχής με την επωνυμία «ΤΕΧΝΟΛΟΓΙΚΟ ΕΚΠΑΙΔΕΥΤΙΚΟ ΙΔΡΥΜΑ (Τ.Ε.Ι.) ΚΡΗΤΗΣ», (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Με την υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων επιδιώκει, κατόπιν ορθής επισκόπησης αυτής, την ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων, όπως εκτίθενται αναλυτικά κατωτέρω και στο δικόγραφο του, της διακήρυξης με αριθ. 1347/Φ70 για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών φύλαξης των κτιρίων και εγκαταστάσεων του Τ.Ε.Ι. Κρήτης στο Ηράκλειο και των τμημάτων που βρίσκονται στα Χανιά, στο Ρέθυμνο, στον Άγιο Νικόλαο, και στη Σητεία, για την οποία επιθυμεί – κατά δήλωσή του να καταθέσει προσφορά - και ειδικότερα να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 1347/Φ70 διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής, δυνάμει της οποίας προκηρύχθηκε, με βάση το Ν.4412/2016, Διεθνής Ανοικτός Ηλεκτρονικός Διαγωνισμός άνω των ορίων για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών φύλαξης των κτιρίων και εγκαταστάσεων του Τ.Ε.Ι. Κρήτης στο Ηράκλειο και των τμημάτων που βρίσκονται στα Χανιά, στο Ρέθυμνο, στον Άγιο Νικόλαο, και στη Σητεία, προϋπολογισμού δαπάνης 483.870,97€ πλέον Φ.Π.Α. 24%, ήτοι 600.000,00€ συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, για το

Αριθμός Απόφασης: Α192/2018

χρονικό διάστημα από 01/09/2018 έως 31/08/2020, με δικαίωμα προαίρεσης για ένα επιπλέον έτος με μονομερή παράταση από την Αναθέτουσα Αρχή, σύμφωνα με όσα ορίζονται στην διακήρυξη, με συστημικό αριθμό ΕΣΗΔΗΣ 54656.

Στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων σώρευσε και αίτημα για τη λήψη προσωρινών μέτρων, με το οποίο αιτείται να ανασταλεί η πρόοδος του επίδικου Διαγωνισμού μέχρι την έκδοση απόφασης επί της υπό κρίση προσφυγής.

Αφού άκουσε την εισηγήτρια Νεκταρία – Πηνελόπη Ταμανίδη

και μελέτησε το σύνολο των εγγράφων του φακέλου,

σκέφτηκε κατά νόμο και έκανε ομοφώνως δεκτά τα εξής :

1. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 (προσωρινά μέτρα) (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) του ν. 4412/2016 και το άρθρο 15 του π.δ. 39/2017 (Προσωρινά μέτρα) στο πλαίσιο του νομοθετικού πλαισίου για την παροχή έννομης προστασίας κατά το στάδιο ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων παρέχεται στην ΑΕΠΠ η δυνατότητα να διατάσσει την αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης ωστόσο αποφανθεί για την προσφυγή καθώς και κάθε πρόσφορο μέτρο προκειμένου να επανορθωθεί η εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί η ζημία των θιγόμενων συμφερόντων συμπεριλαμβανομένων μέτρων που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή εκτέλεσης οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή. Ειδικότερα, όπως σαφώς προκύπτει και από την αιτιολογική έκθεση του ν. 4412/2016 σχετικά με το άρθρο 366 του νόμου δίνεται η δυνατότητα στην ΑΕΠΠ να διατάσσει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

2. Επειδή για την άσκηση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 5 παρ. 2 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 363 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, συνολικού ποσού 3.629,04 Ευρώ (κωδικός e-Παραβόλου 200441487958 0604 0098), που αντιστοιχεί στο προβλεπόμενο 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού στο

Αριθμός Απόφασης:Α192/2018

πλαίσιο του οποίου ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, η οποία ανέρχεται στο ποσό των 725.806,45€ χωρίς ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος της προαίρεσης, το οποίο πληρώθηκε σύμφωνα με την προσκομιζόμενη από τον προσφεύγοντα εκτύπωση από την σελίδα της ΓΓΠΣ με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ».

3. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε με τη 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.

4. Επειδή η προσφυγή έχει κατατεθεί εμπρόθεσμα, στις 10-04-2018, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 του ΠΔ 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η δεκαήμερη προθεσμία άσκησης αυτής έληγε στις 10-04-2018, ημέρα Τρίτη, αντί της 09-04-2018, ημέρα Δευτέρα μετά το Πάσχα – επίσημη αργία και άρα εξαιρετέα. Σημειώνεται ότι η προσβαλλομένη αναρτήθηκε στον διαδικτυακό τόπο του ΚΗΜΔΗΣ στις 14-03-2018. Η εν λόγω προσφυγή αναρτήθηκε στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 10-04-2018 και κοινοποιήθηκε με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. αυθημερόν.

5. Επειδή η ΑΕΠΠ είναι αρμόδια για την εξέταση της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής και λόγω ποσού (345 παρ.1 Ν.4412/2016, 6 παρ.1 Ν.4412/2016).

6. Επειδή με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η επίδικη διακήρυξη είναι ακυρωτέα και πλημμελής για τους εξής έξι (6) λόγους: Α) Διότι ο προϋπολογισμός δαπάνης της υπό ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών υπολείπεται του εργοδοτικού κόστους εκτέλεσης του έργου. Επιπροσθέτως η προϋπολογισθείσα δαπάνη δεν καλύπτει ούτε τις νόμιμες κρατήσεις και τα διοικητικά έξοδα και κόστος εξοπλισμού και αναλωσίμων ούτε εύλογο εργολαβικό όφελος, κατά παράβαση του άρθρου 18 παρ. 2 του Ν. 4412/2016, του άρθρου 68 παρ. 1 του Ν. 3863/2010 και του όρου 2.4.4.Α.2. της επίδικης διακήρυξης. Κατά τον προσφεύγοντα, από τις προπαρατεθείσες διατάξεις προκύπτει ότι ρητώς και επί ποινή απαραδέκτου κάθε οικονομική προσφορά πρέπει να περιλαμβάνει την τιμή που θα καλύπτει το κόστος παροχής των ζητούμενων

Αριθμός Απόφασης: Α192/2018

υπηρεσιών, δηλαδή τις δαπάνες για την καταβολή των νόμιμων αποδοχών των εργαζομένων και το κόστος ασφάλισης του προσωπικού σύμφωνα με τις κείμενες διατάξεις, τις νόμιμες κρατήσεις, ένα εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών και προμήθειας του εξοπλισμού και των αναλωσίμων για την παροχή των υπηρεσιών σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης καθώς και ένα εύλογο ποσοστό εργολαβικού κέρδους. Συνεπώς για να είναι δυνατή η εκ μέρους του οικονομικού φορέα ικανοποίηση των απαιτήσεων της εργατικής και κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας, ήτοι η εκ μέρους του κάλυψη του ελάχιστου νόμιμου εργοδοτικού κόστους (μισθοδοτικό και κοινωνικοασφαλιστικό κόστος), αλλά και η πρόβλεψη στην προσφερόμενη από αυτόν τιμή εύλογου ποσοστού διοικητικού κόστους παροχής υπηρεσιών, αναλωσίμων και λειτουργικών δαπανών, καθώς και η πρόβλεψη εύλογου εργολαβικού οφέλους, θα πρέπει η προϋπολογισθείσα δαπάνη της υπό ανάθεση σύμβασης να είναι υπολογισμένη κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να καθίσταται εφικτή η εκ μέρους των υποψηφίων αναδόχων υποβολή προσφοράς σύμφωνη προς τα παραπάνω. Είναι δε πλημμελής η διακήρυξη, η οποία προβλέπει προϋπολογισθείσα για το συμβατικό αντικείμενο δαπάνη που δεν καλύπτει το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος, αφού με τέτοια (υπολειπόμενη του εργατικού κόστους) δαπάνη ο οικονομικός φορέας, ο οποίος θα αναδειχθεί τελικώς ανάδοχος, δεν θα καλύπτει τις υποχρεώσεις του από την ισχύουσα κατά το χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού εργατική και κοινωνικοασφαλιστική νομοθεσία, όσον αφορά το προσωπικό που θα απασχοληθεί για την εκτέλεση του ανατεθειμένου σε αυτόν συμβατικού αντικειμένου. Τούτο ισχύει στην επίδικη Διακήρυξη, διότι οι απαιτήσεις του προκηρυχθέντος έργου δεν καλύπτονται από την προϋπολογισθείσα δαπάνη του, ποσού 483.870,97€ πλέον ΦΠΑ για 2 έτη, όπως προκύπτει από τους αναλυτικούς υπολογισμούς του προσφεύγοντα. Πέραν του προεκτεθέντος εργοδοτικού κόστους για την εκτέλεση των προβλεπόμενων στη διακήρυξη φυλάξεων και περιπολιών πρέπει να υπολογισθεί και το εργοδοτικό κόστος για την εποπτεία του έργου, όπως αυτή προβλέπεται υποχρεωτικά στον όρο 2.5 του Παραρτήματος Ι της υπό ανάθεση σύμβασης και στην Κλαδική Συλλογική Σύμβαση Εργαζομένων στις Επιχειρήσεις Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας 2010. Στον υπολογισμό του ελάχιστου εργοδοτικού κόστους δεν έχουν υπολογιστεί και πρέπει να συνυπολογιστούν επίσης ως εργοδοτικό κόστος το κόστος για τον ειδικό λογαριασμό παιδικών κατασκηνώσεων (ΕΛΠΚ) ποσού 20€ ανά εργαζόμενο

Αριθμός Απόφασης: Α192/2018

σύμφωνα με την ΥΑ 23411/2131/30-12-2011 και τις σχετικές εγκυκλίους κατ' έτος. Περαιτέρω, στην προσφορά τους οι οικονομικοί φορείς πρέπει να υπολογίζουν εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, των αναλώσιμων, του εργολαβικού τους κέρδους και των νόμιμων υπέρ Δημοσίου και τρίτων κρατήσεων. Στα παραπάνω ποσά πρέπει να συνυπολογισθεί και το ποσό των νόμιμων κρατήσεων που προβλέπονται στη επίδικη διακήρυξη, στον όρο 5.1.2. αυτής. Με βάση τους υπολογισμούς του προσφεύγοντα, ενώ η προϋπολογισθείσα δαπάνη της επίδικης Διακήρυξης για το χρονικό διάστημα από 01/09/2018 έως 31/08/2020 ανέρχεται σε ποσό ευρώ 483.870,97€ πλέον Φ.Π.Α. 24% (ήτοι 600.000,00€ συμπτ. Φ.Π.Α. 24%), το δε ελάχιστο νόμιμο εργοδοτικό κόστος για την εκ μέρους του τελικού αναδόχου για την εκτέλεση μόνο των φυλάξεων και περιπολιών που προβλέπονται στη διακήρυξη κατά τα δύο χρόνια αρχικής διάρκειας της σύμβασης ανέρχεται σε 586.196,31€, ήτοι η προϋπολογισθείσα δαπάνη υπολείπεται ήδη του ελαχίστου νόμιμου εργοδοτικού κόστους κατά το ποσό των 102.325,34€. Συνεπώς, με βάση τους υπολογισμούς του προσφεύγοντα, η προϋπολογισθείσα δαπάνη εκτέλεσης της υπό ανάθεση σύμβασης δεν καλύπτει ούτε το ελάχιστο νόμιμο εργοδοτικό κόστος εκτέλεσης των φυλάξεων και περιπολιών ούτε το εύλογο κόστος εποπτείας που απαιτείται σύμφωνα με τη διακήρυξη ούτε το κόστος για τον ειδικό λογαριασμό παιδικών κατασκηνώσεων (ΕΛΠΚ) ούτε τις νόμιμες υπέρ τρίτων κρατήσεις ούτε τα διοικητικά έξοδα και κόστος αναλωσίμων ούτε έχει προβλεφθεί εύλογο εργολαβικό όφελος για την υπό ανάθεση σύμβαση, όπως ρητά προβλέπεται στο άρθρο 68 ν. 3863/2010. Για τους παραπάνω λόγους είναι πλημμελής η διακήρυξη και αντίθετη στις διατάξεις του άρθρου 68 ν. 3863/2010 και πρέπει να ακυρωθεί. Β) Περαιτέρω, η επίδικη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί, διότι ο όρος 12 του Παραρτήματος ΙΙ της επίδικης διακήρυξης (σ. 45 αυτής), όπου ορίζεται ότι: «Οι συμμετέχοντες θα πρέπει να προσκομίσουν θεωρημένους από την Επιθεώρηση Εργασίας πίνακες ωρών εργασίας που να φαίνεται ότι οι φύλακες που απασχολούν, φέρουν την αντίστοιχη ειδικότητα και αμείβονται ως ορίζουν οι κείμενες διατάξεις (Κλαδική συλλογική σύμβαση εργασίας των εργαζομένων σε επιχειρήσεις υπηρεσιών ασφαλείας όλης της χώρας).», είναι παράνομος καθ' ο μέτρο παραπέμπει σε συλλογική ρύθμιση που δεν ισχύει πλέον και, συνεπώς, σε ανύπαρκτη συλλογική ρύθμιση και δεν παραπέμπει στα κατώτατα όρια μισθών και ημερομισθίων της υποπαρ. ΙΑ.11 του άρθρου πρώτου του ν. 4093/2012. Γ) Ο όρος

Αριθμός Απόφασης: Α192/2018

της επίδικης Διακήρυξης υπό στοιχείο 2.4.4 όπου ορίζει ότι: «Οι συμμετέχοντες πρέπει στην προσφορά τους να υπολογίσουν ότι το προσωπικό που θα απασχολήσουν θα αποτελείται περίπου κατά 60% από άτομα μέχρι 25 ετών χωρίς προϋπηρεσία και περίπου κατά 40% από άτομα άνω των 25 ετών με εμπειρία άνω των 9 ετών», είναι ασαφής, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της σαφήνειας, διότι δεν ορίζει κατά τρόπο συγκεκριμένο την αναλογία εργαζομένων ηλικίας άνω των 25 ετών και εργαζομένων ηλικίας κάτω των 25 ετών, τους οποίους επιβάλλεται να απασχολήσει ο ανάδοχος κατά την παροχή των κρίσιμων υπηρεσιών και δεν επιτρέπει την με ασφαλή τρόπο διαμόρφωση οικονομικής προσφοράς. Δ) Ο ανωτέρω όρος 2.4.4 προκαλεί ασάφεια διότι δεν ορίζει το χρονικό σημείο, από το οποίο υπολογίζεται η εμπειρία άνω των 9 ετών. Η διασαφήνιση αυτή είναι απολύτως αναγκαία, διότι αναλόγως με το πότε εκκινεί χρονικά ο υπολογισμός των 9 ετών εμπειρίας, θα επηρεαστεί το μισθολογικό κόστος για τους εργαζομένους που πρόκειται να απασχολήσει ο ανάδοχος στην εκτέλεση των υπό ανάθεση υπηρεσιών. Ε) Ο όρος 2.2 παράγραφος 2 του Παραρτήματος Ι, όπου ορίζεται ότι: «Ειδικά στην περίπτωση της φύλαξης στα Τρία Μοναστήρια, το 8ωρο φύλαξης θα παρέχεται συνεχόμενο, σε οποιαδήποτε χρονική ζώνη εντός ημερονυχτίου [πρωινή, απογευματινή, νυχτερινή ή άλλη ενδιάμεση βάρδια], κατά την κρίση των υπευθύνων του Κέντρου Φυσικής Πλάσματος, με 24ωρη τουλάχιστον πρότερη ενημέρωση του αναδόχου φύλαξης.», προκαλεί ασάφεια και δεν εξειδικεύεται σε ποιο ακριβώς χρονικό σημείο του εικοσιτετραώρου θα παρέχεται αυτή η καθημερινή 8ωρη φυλακτική υπηρεσία στο Κέντρο Φυσικής Πλάσματος στα Τρία Μοναστήρια Ρεθύμνου, με αποτέλεσμα να μην είναι δυνατό να διακριβωθεί το ακριβές κόστος εργατοώρας για την ειδικότερη αυτή εργασία, αφού έτσι δεν θα είναι δυνατό να προϋπολογισθεί και, συνεπώς, να περιληφθεί στην οικονομική προσφορά το κόστος εκ της προσαύξησης νυκτερινής εργασίας 25%. Υπό τα δεδομένα αυτά, η επίδικη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί, διότι ο ανωτέρω όρος της είναι ασαφής, κατά παράβαση των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και της σαφήνειας, διότι δεν ορίζει κατά τρόπο συγκεκριμένο τον προγραμματισμό των φυλάξεων στο Κέντρο Φυσικής Πλάσματος του Τ.Ε.Ι. Κρήτης στα Τρία Μοναστήρια Ρεθύμνου και εξ αυτού του λόγου δεν επιτρέπει την με ασφαλή τρόπο διαμόρφωση οικονομικής προσφοράς. ΣΤ) Ο όρος της επίδικης Διακήρυξης υπό στοιχείο 2.4.4 όπου ορίζει ότι: «Οι συμμετέχοντες πρέπει στην προσφορά τους να υπολογίσουν ότι το

Αριθμός Απόφασης: Α192/2018

προσωπικό που θα απασχολήσουν θα αποτελείται περίπου κατά 60% από άτομα μέχρι 25 ετών χωρίς προϋπηρεσία και περίπου κατά 40% από άτομα άνω των 25 ετών με εμπειρία άνω των 9 ετών», είναι ασαφής και δεν προκύπτει ότι η διάκριση αυτή μεταξύ εργαζομένων κάτω των 25 ετών (σε ποσοστό «... περίπου κατά 60%...») και εργαζομένων άνω των 25 ετών με εμπειρία άνω των 9 ετών (σε ποσοστό «... περίπου κατά 40%...») έχει ληφθεί υπόψη μόνο για τη διαμόρφωση του ανώτατου ύψους του προϋπολογισμού, εντός του οποίου μπορούν οι ενδιαφερόμενοι να διαμορφώνουν ελεύθερα τις προσφορές τους. Αντίθετα, είναι μάλλον προφανές ότι ο ανωτέρω όρος, συνδυαζόμενος με τα λοιπά άρθρα της διακήρυξης, επιβάλλει στον ανάδοχο τη χρήση προσωπικού που θα αποτελείται περίπου κατά 60% από άτομα μέχρι 25 ετών χωρίς προϋπηρεσία και περίπου κατά 40% από άτομα άνω των 25 ετών με εμπειρία άνω των 9 ετών. Όμως, έτσι τιθέμενο το κριτήριο αυτό σχετικά με τη σύνθεση του προσωπικού, δεν δικαιολογείται όμως από έναν θεμιτό και συνδεδεμένο με το αντικείμενο της σύμβασης σκοπό και εγείρει αδικαιολόγητα εμπόδια στην ανάπτυξη ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση ο εν λόγω όρος σύνθεσης του προσωπικού παρίσταται και άσκοπος και δυσανάλογος, αφού η αποτελεσματική υλοποίηση των υπηρεσιών φύλαξης, που δεν παρέχονται από ομάδες προσωπικού ασφαλείας, αλλά από μεμονωμένους φύλακες, που εναλλάσσονται στις διάφορες θέσεις φύλαξης δεν μπορεί να συναρτάται ούτε με συγκεκριμένη ηλικία ούτε με συγκεκριμένη πολυετή εμπειρία, αφού στην ίδια θέση φύλαξης θα εναλλάσσεται μετά από κάποιους μήνες (σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης) ο άπειρος και «ανώριμος» φύλακας κάτω των 25 ετών με τον έμπειρο φύλακα με εμπειρία άνω των 9 ετών, χωρίς να προκύπτει σε τι θα εξυπηρετεί η συγκεκριμένη περιοριστική απαίτηση (δεδομένου ότι υπάρχει δυσκολία ανεύρεσης κατάλληλου προσωπικού ασφαλείας κάτω των 25 καθώς και κατάλληλου προσωπικού ασφαλείας άνω των 25 με πολυετή εμπειρία και αποδοχές του κλιμακίου 0-3 ετών προϋπηρεσίας). Για τους παραπάνω λόγους, η επίδικη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί, διότι ο ανωτέρω όρος της είναι πλημμελής, ουδόλως συνδέεται με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης ούτε και δικαιολογείται από τις απαιτήσεις της διακήρυξης ή από άλλα αντικειμενικά τεχνικά στοιχεία των υπό ανάθεση φυλάξεων, ενώ παρακωλύει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό, αφού –με την απαίτηση της συγκεκριμένης ανωτέρω σύνθεσης του προσωπικού– περιορίζει σημαντικά τον κύκλο των υποψηφίων. Από τα ως άνω

Αριθμός Απόφασης: Α192/2018

αναφερόμενα και αναλυτικώς εκτιθέμενα στην υπό κρίση προσφυγή, σε συνδυασμό με τις οικείες νομικές διατάξεις, και την επικαλούμενη νομολογία, πιθανολογείται δυσχέρεια στη συμμετοχή του προσφεύγοντος στο διαγωνισμό κατά παράβαση του ενωσιακού και εθνικού δικαίου.

7. Επειδή για την οριστική κρίση επί της προσφυγής απαιτείται αφενός μεν ενδελεχής μελέτη της υπόθεσης, η οποία δεν μπορεί να εξαντληθεί στο περιορισμένο χρονικό διάστημα της εξέτασης αυτής για την έκδοση απόφασης επί της αιτήσεως αναστολής.

8. Επειδή ο προσφεύγων έχει έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής με, περαιτέρω, αίτημα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς, όπως προκύπτει από την επισκόπηση της προσφυγής, προτίθεται να συμμετάσχει στον υπό κρίση διαγωνισμό, υποβάλλοντας προσφορά για τις υπό προμήθεια υπηρεσίες. Περαιτέρω, ο προσφεύγων δηλώνει ότι δραστηριοποιείται στην αγορά της παροχής υπηρεσιών ασφαλείας και παρέχει υπηρεσίες ασφαλείας σε κρίσιμες υποδομές υψηλού κινδύνου και υφίσταται βλάβη κατά το άρθρο 360 παρ. 1 ν. 4412/2016 λόγω της θέσης παράνομων αλλά και οικονομικά δυσβάστακτων και μη νόμιμων όρων στην επίδικη διακήρυξη του Τεχνολογικού Εκπαιδευτικού Ιδρύματος (Τ.Ε.Ι.) Κρήτης, οι οποίοι καθιστούν απολύτως αδύνατη την εκ μέρους της εταιρείας μας υποβολή νόμιμης προσφοράς στον ανωτέρω επίμαχο διαγωνισμό. Συνεπώς ο προσφεύγων έχει συμφέρον να του ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση και περαιτέρω, ενδέχεται, εξ αυτού του λόγου, να υποστεί ζημία σε περίπτωση παρανομίας των προσβαλλόμενων όρων- προδιαγραφών της διακήρυξης.

9. 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 παράλειψης της αναθέτουσας αρχής,*

Αριθμός Απόφασης: Α192/2018

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

10 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».

11. 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).

12. 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».

13. 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,

Αριθμός Απόφασης: Α192/2018

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.

14. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γεγόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/16, 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, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

14. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω, και δεδομένου ότι η προσφυγή δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη ούτε προδήλως αβάσιμη αλλά, αντιθέτως εικάζεται παράβαση της νομοθεσίας προς βλάβη του προσφεύγοντα θα πρέπει να ανασταλεί μέχρι να εκδοθεί η απόφαση της ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση προσφυγής.

15. Επειδή η Αναθέτουσα Αρχή στις απόψεις της προβάλλει ειδικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος για την αποφυγή καθυστέρησης στην πρόοδο του διαγωνισμού. Σε κάθε περίπτωση, όμως, λόγοι, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου 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). Συνεπώς, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον και υπό τις δύο εκτεθείσες πτυχές του πρέπει, για τους πιο πάνω λόγους, να διαταχθεί η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως ότου δημοσιευθεί οριστική απόφαση από την ΑΕΠΠ επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Αριθμός Απόφασης: Α192/2018

16. Επειδή βάσει και των ανωτέρω, το πλέον πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας ώστε να μην προχωρήσει η αποσφράγιση των υποβληθέντων προσφορών. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία πλην εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Αναστέλλει την πρόοδο του διαγωνισμού και συγκεκριμένα την αποσφράγιση των υποβληθεισών προσφορών μέχρι την έκδοση και δημοσίευση απόφασης επί της υπό κρίση προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και καταχωρήθηκε στο βιβλίο Αποφάσεων της ΑΕΠΠ στις 20-04-2018.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΟΣ Σ. ΣΑΒΒΙΔΗΣ

ΜΕΛΠΟΜΕΝΗ ΤΣΙΑΛΑΦΟΥΤΑ