

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 13 Μαρτίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Αγγελική Πουλοπούλου και Εμμανουέλα Σωτηροπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψεως προσωρινών μέτρων, επί της από 5.3.2020 κατατεθείσας με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 271/5.3.2020 Προδικαστικής Προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου (εφεξής «πρώτη προσφυγή» και «πρώτος προσφεύγων» αντίστοιχα).

Και το αντίστοιχο αίτημα επί της από 9.3.2020 κατατεθείσας με Γεν. Αρ. Κατ. Α.Ε.Π.Π. 288/9.3.2020 Προδικαστικής Προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου (εφεξής «δεύτερη προσφυγή» και «δευτερος προσφεύγων», αντίστοιχα).

Κατά της αναθέτουσας αρχής», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την πρώτη προδικαστική προσφυγή, ο πρώτος προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της κοινοποιηθείσας σε αυτόν την 27-2-2020, με αρ. 95/2020 Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά των οικονομικών φορέων και του δεύτερου ως άνω προσφεύγοντος και ανέδειξε τονΕΕ, εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 88.984,63 ευρώ, που προκηρύχθηκε με τη με αρ. πρωτ., η οποία δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜτην 19-12-2019 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Με τη δε δεύτερη προδικαστική προσφυγή, ο δευτερος προσφεύγων αιτείται την ακύρωση της ως άνω προσβαλλομένης καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτό και ανέδειξε ως προσωρινό ανάδοχο τον οικονομικό φορέα

Με τα δε αιτήματα προσωρινών μέτρων τους, αμφότεροι οι προσφεύγοντες αιτούνται την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας, έως και την έκδοση Απόφασης της ΑΕΠΠ επί της αντίστοιχης Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. και ποσού 600,00 ευρώ, πληρώθηκε δε δια του από 5-3-2020 εμβάσματος, ενώ έχει εκδοθεί ως παράβολο ένστασης του άρ. 127 Ν. 4412/2016, για τη δε άσκηση της δεύτερης Προσφυγής και ποσού 600,00 ευρώ, πληρώθηκε δε δια του από 6-3-2020 εμβάσματος

2. Επειδή, τα υπό εξέταση αιτήματα ερείδονται επί των από 5-3-2020 και 9-3-2020, κατά παρέκταση της προθεσμίας στην αμέως επόμενη εργάσιμη, αμφότερων εμπροθέσμων και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκούμενων προσφυγών, από τους αποδεκτούς στη διαδικασία προσφεύγοντες, οι οποίοι αντιστοίχως στρέφονται κατά των προηγηθέντων σε κατάταξη από αυτούς λοιπούς αποδεκτούς μειοδότες, στο πλαίσιο διαδικασίας που λόγω εκτιμώμενης αξίας και χρόνου δημοσίευσης, εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ. Ειδικότερα, ο πρώτος προσφεύγων κατετάγη τρίτος αποδεκτός μειοδότης, στρέφεται δε προς ακύρωση αποδοχής του προσωρινού αναδόχου, επικαλούμενος ότι η οικονομική του προσφορά δεν συντάχθηκε για κάθε τμήμα για το οποίο υποβάλλει προσφορά, δεν καλύπτει το ελάχιστον εργατικό κόστος και δεν υπολογίζει ορθά τις εργοδοτικές ασφαλιστικές συμπεριφορές, συμπεριλαμβανόμενης της εισφοράς υπέρ ΕΛΠΚ, στρέφεται προς ακύρωση αποδοχής του δεύτερου προσφεύγοντος και δεύτερου σε σειρά μειοδότη, επικαλούμενος ότι δεν συνέταξε οικονομική προσφορά για κάθε τμήμα συμμετοχής του και δεν συμπεριέλαβε εισφορά υπέρ ΕΛΠΚ και στρέφεται προς ακύρωση της αποδοχής της, πέμπτου μειοδότη, επικαλούμενος ότι η οικονομική της προσφορά υπερβαίνει τον προϋπολογισμό της διακήρυξης. Ο δε δεύτερος προσφεύγων και δεύτερος μειοδότης στρέφεται κατά της αποδοχής του προσωρινού αναδόχου, επικαλούμενος ότι υπολόγισε εσφαλμένο ωριαίο εργατικό κόστος, αλλά και συνολικό εργοδοτικό κόστος.

3. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο, νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται ακόμη και σε αυτεπάγγελτη εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων είτε της παρ. 1 είτε της παρ. 3 του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω Προσφυγής, βάσει της ρητής οικείας

Αριθμός Αποφάσεων: Α102 και Α103/2020

ευχέρειας που απονέμει το άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη ανεξαρτήτως τυχόν ρητής αιτήσεως τους εκ του προσφεύγοντος ή αντιστρόφως του τυχόνπαρεμβαίνοντος ή της αναθέτουσας. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων, όπως κρίθηκε και στην Απόφαση Α.Ε.Π.Π. 3/2017 (σκέψη 2), προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της Προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια Προσωρινά Μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του Προσφεύγοντος ή οιοδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής. Επειδή δε, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 της ως άνω Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017 περί του σκοπού των “καταλλήλων” προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του αρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του αρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκόμενων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την έννοια κατά την ως άνω μνημονευθείσα εξάλλου Απόφαση ΑΕΠΠ 3/2017, ότι το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, αναφέρεται στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια, ήτοι πρώτον την κρίση περί τυχόν προδήλως απαραδέκτου ή προδήλως αβασίμου της Προσφυγής, με την πιθανολόγηση επί του προδήλως αβασίμου να αφορά την έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία νομικού πλαισίου, δεύτερον την πιθανολόγηση συνδρομής μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των εμπλεκόμενων συμφερόντων, συμπεριλαμβανομένων ακόμα και μη παρεμβαίνοντων κατά της προσφυγής τρίτων, τρίτον τη στάθμιση της ζημίας αυτής με την όποια ζημία που δύναται να προκληθεί από το προσωρινό μέτρο και τέταρτον την εξέταση του περιεχομένου των μέτρων με πρόκριση εκείνων που είναι κατάλληλα για την αποτροπή της ζημίας και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως με την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (βλ. και Αποφάσεις Α.Ε.Π.Π. 3,6 και 8/2017).

4. Επειδή, συνεπεία όσων αναφέρθηκαν στη σκ. 2 και σε συνδυασμό με τα μνημονευθέντα στη σκ. 3, καμία προδικαστική προσφυγή δεν προκύπτει ως

Αριθμός Αποφάσεων: Α102 και Α103/2020

προδήλως απαράδεκτη, υπό την έννοια λόγου απαραδέκτου της όλης προσφυγής, η διάγνωση του οποίου δεν προϋποθέτει καμία ιδιαίτερη νομική ανάλυση ούτε ως προδήλως αβάσιμη, δεδομένου εξάλλου ότι έκαστη περιέχει καταρχήν στοιχειοθετημένους και ορισμένους λόγους που χρήζουν περαιτέρω εξέτασης ομού μετά των Απόψεων και της τυχόν παρέμβασης, και σε συνδυασμό με τα έγγραφα της διαδικασίας, εξέταση που δεν δύναται να λάβει χώρα στο όλως επιταχυμένο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας. Επομένως, δεν συντρέχει περίπτωση διάγνωσης λόγου προδήλως απαράδέκτου ή προδήλως αβασίμου, τουλάχιστον στο όλως περιορισμένο πεδίο εξέτασης περί προδήλου λόγου απόρριψης που αφορά το στάδιο της διαδικασίας εξέτασης περί χορήγησης προσωρινών μέτρων από την ΑΕΠΠ. Ούτως, δεν χωρεί επί οιασδήποτε εξ αυτών των προσφυγών άρση αυτοδίκαιου κωλύματος σύναψης σύμβασης κατ' άρ. 15 παρ. 3, αλλά αντίθετα χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, η ζημία των προσφευγόντος, της αναθέτουσας αρχής, αλλά και του προσωρινού αναδόχου, ως και των λοιπών διαγωνιζομένων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη της προόδου στο επόμενο στάδιο ήτοι της κατακύρωσης, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α19 και Α101/2017). Τούτο αφού, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας αποδοχής του προσωρινού αναδόχου, αλλά και λοιπών καταγέντων μετά από αυτόν οικονομικών φορέων, στο στάδιο αξιολόγησης των προσφορών, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας όσο και ειδικότερα του σταδίου κατακύρωσης τίθενται ομοίως και αυτόθροα εν αμφιβόλω, τυχόν μάλιστα ακύρωση της πρώτης, άρα και κρίση του παρανόμου της αποδοχής της προσφοράς του νυν προσωρινού αναδόχου, θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη την έτερη εκτελεστή πράξη της οριστικής κατακύρωσης στον τελευταίο, προξενώντας έτσι πιθανό επόμενο στάδιο προσφυγών, υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να ακυρώνει πράξεις και χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, εκθέτοντας εξάλλου αυτήν σε κίνδυνο άσκησης εκ μέρους της τελευταίας και αποζημιωτικών αιτημάτων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 16/2017). Το ίδιο θα συμβεί αν τυχόν ακυρωτέος επόμενος μειοδότης υπεισέλθει στη θέση του νυν προσωρινού αναδόχου για οιονδήποτε λόγο. Ομοίως, η συνέχιση του διαγωνισμού δύναται να οδηγήσει, αν τυχόν έχουν εμφολωρήσει αυτοτελή σφάλματα, σε αχρείαστες επιπλοκές και περαιτέρω νομικές αμφισβητήσεις

Αριθμός Αποφάσεων: A102 και A103/2020

στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, οι οποίες δύνανται αζημίως να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας, έως ότου διευκρινιστεί η νομιμότητα της συμμετοχής στα προηγούμενα στάδια του νυν προσωρινού αναδόχου, βάσει της εξέτασης επί της κάθε προκείμενης προδικαστικής προσφυγής. Περαιτέρω, εάν τυχόν ευδοκιμήσει κάποια προσφυγή, ο νυν ανακηρυχθείς ή κάθε επόμενος υπεισερχόμενος στη θέση του νυν προσωρινού αναδόχου, προσωρινός ανάδοχος θα έχει υποβληθεί ασκόπως στον φόρτο, απώλεια χρόνου και κόστος για την προσκόμιση δικαιολογητικών κατακύρωσης, παρότι η ανακήρυξή του αυτή θα ακυρωθεί δια της εκδοθησόμενης απόφασης της Α.Ε.Π.Π. ή και θα ανακληθεί από την αναθέτουσα. Υπενθυμίζεται δε ότι σε περίπτωση οριστικοποίησης της κατακύρωσης, ναι μεν η Α.Ε.Π.Π. δεν εμποδίζεται να προβεί σε ακύρωση αυτής, ο δε προσφεύγων να την προσβάλει, πλην όμως ο ακυρωθείς οριστικός ανάδοχος ενδέχεται να αποκτήσει πιθανά αγωγικά δικαιώματα αποκλειστικά κατά της ίδιας της αναθέτουσας, καθώς σε τέτοια περίπτωση θα έχει προβεί σε αφιέρωση πόρων και πιθανώς απώλεια επιχειρηματικών ευκαιριών προς τον σκοπό και με την εύλογη προσδοκία της υπό σύναψη συμβάσεώς του με την τελευταία, η οποία όμως θα ήταν εξαρχής αδύνατη εάν τελικώς γίνει δεκτή η προσφυγή, και απλώς παρέστη ως πιθανή και λίαν υλοποιήσιμη, ακριβώς λόγω των μη νομίμων πράξεων της αναθέτουσας που μεσολάβησαν μεταξύ των προσβαλλομένων και την έκδοση της απόφασης. Επιπλέον, του αποκλειστικού διαστήματος στο οποίο η εξέταση μπορεί να λάβει χώρα κατ' άρ. 365 παρ. 4 και 8 Ν. 4412/2016, ήτοι εντός 40 ημερών από την άσκηση της προσφυγής, σε κάθε περίπτωση και ακόμη και αν αναβληθεί ή ματαιωθεί η ως άνω εξέταση, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, που ομοίως θα εκδοθεί εντός αποκλειστικού κατ' άρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016 διαστήματος 20 ημερών από την εξέταση, κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή, στον νυν προσωρινό ανάδοχο, έκαστο προσφεύγοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει κατά τα ως άνω τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά τους, διαφοράς. Σε κάθε περίπτωση, η εν προκειμένω χορήγηση προσωρινού μέτρου ανασταλτικού χαρακτήρα, η οποία, δεδομένων των παραπάνω, θα καλύπτει το διάστημα από την έκδοση της παρούσας έως και την έκδοση Απόφασης, παρίσταται ως σκόπιμη,

Αριθμός Αποφάσεων: A102 και A103/2020

προεχόντως προς προστασία των ιδίων των συμφερόντων της αναθέτουσας, ιδίως δε από ακούσια πρόκληση ζημίας στην ίδια ή τον προσωρινό ανάδοχο ή τους λοιπούς καταγένητες μετά από αυτόν μειοδότες, από τυχόν κατακύρωση, η οποία πιθανόν να καταστεί μη νόμιμη δια της ακυρώσεως των προσβαλλόμενων πράξεων.

6. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο, σύμφωνα και με όσα αναφέρθηκαν στη σκ. 2 έχει και αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων. Ούτως, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της κάθε προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αναστολή του σταδίου συλλογής δικαιολογητικών κατακύρωσης και οριστικής κατακύρωσης, συμπεριλαμβανομένης της αποχής της αναθέτουσας από την έκδοση οιασδήποτε απόφασης και διενέργεια οιασδήποτε πράξης ή ματαίωση ή ανάκληση οιασδήποτε σχετικής προγραμματισμένης εξ αυτής ενέργειας, σύνταξης πρακτικού, έγκρισης πρακτικού, έκδοσης πράξης για προσκόμιση δικαιολογητικών ή αξιολόγηση ή έγκριση αυτών, σχετικώς με το στάδιο αυτό και κάθε επόμενο στάδιο, καθώς σε περίπτωση αποδοχής έκαστης προσφυγής, όλες οι ερειδόμενες επί αποδοχής της προσφοράς του νυν προσωρινού αναδόχου, πράξεις, θα καταστούν αυτοδικαίως μη νόμιμες (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ Α95/2017).

7. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, τα κρινόμενα Αιτήματα χορήγησης προσωρινών μέτρων, πρέπει να γίνουν δεκτά.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται αμφότερα τα Αιτήματα Προσωρινών Μέτρων.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη του σταδίου κατακύρωσης, ως και της διαδικασίας προσκόμισης-παραλαβής από την προσωρινή ανάδοχο, αξιολόγησης και έγκρισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης, έως και την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Αριθμός Αποφάσεων: Α102 και Α103/2020

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 13 Μαρτίου 2020 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

ΜΙΣΟΚΕΦΑΛΟΥ ΕΛΕΝΗ