

Αριθμός απόφασης: Α 193 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 02 Μαΐου 2019, με την εξής σύνθεση:
Μαρία Μανδράκη Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης – Εισηγητής – δυνάμει της
με αρ. 602/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Αργυρώ
Τσουλούφα, 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) 483/22-04-2019
της ομόρρυθμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στη
....., επί της οδού αρ., νόμιμα εκπροσωπούμενης
(εφεξής «προσφεύγουσα» ή «προσφεύγων»).

Κατά της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....»
(«.....»), που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ.
..... (εφεξής «αναθέτων φορέας» ή «.....» ή «Επιχείρηση»), στο
πλαίσιο διαγωνισμού με ανοικτή διαδικασία για τη σύναψη σύμβασης με
αντικείμενο: «.....» που προκήρυξε με τη με αριθμό
από 12-12-2018 διακήρυξη (εφεξής «διαγωνισμός») και κατά του υπ' αριθ.
2974/17-4-2019 εγγράφου της Διευθύντριας, με το οποίο
γνωστοποιήθηκε στους συμμετέχοντες ότι ο διαγωνισμός «ματαιώθηκε και
πρόκειται να επαναπροκηρυχθεί με τροποποίηση των όρων του στην
κατεύθυνση των επιταγών της απόφασης 4241/127/30-1-2019», για τους
λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω Προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Αριθμός απόφασης: Α 193 / 2019

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η με τη με αριθμό από 12-12-2018 διακήρυξη που ανήρτησε στην επίσημη ιστοσελίδα της, στην ηλεκτρονική διεύθυνση, προκήρυξε διαγωνισμό με ανοικτή διαδικασία για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο: «.....», με συνολικό προϋπολογισμό, κατ' εκτίμηση, ανερχόμενο σε 86.500,00 € για το σύνολο των παρεχόμενων υπηρεσιών για χρονικό διάστημα 12 μηνών (τιμή κατ' αποκοπή), χωρίς, όμως ο προϋπολογισμός αυτός να αποτελεί ανώτατο όριο προσφοράς και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, η οποία προσδιορίζεται βάσει της τιμής. Στην διακήρυξη, περαιτέρω, ορίστηκε ότι ο διαγωνισμός διενεργείται με το σύστημα προσφοράς με ελεύθερη συμπλήρωση ανοικτού Τιμολογίου και ότι προσφορές με συνολικό ετήσιο ύψος των νόμιμων αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών των εργαζομένων για τις συγκεκριμένες υπηρεσίες μικρότερες, αυτών που καθορίζονται στην παρ. 8.4.3 του τεύχους 2 της διακήρυξης δεν γίνονται δεκτές και θα απορρίπτονται χωρίς δικαίωμα προσφυγής. Αρμόδια υπηρεσία για τη διεξαγωγή του διαγωνισμού ορίστηκε η Διεύθυνση Λειτουργικής, που έχει έδρα στην, στο, ΤΘ, Ο διαγωνισμός διενεργήθηκε με την υποβολή γραπτών προσφορών και, κατά την προσφυγή, υποβλήθηκαν προσφορές από τρεις (3) οικονομικούς φορείς, την προσφεύγουσα, την εταιρεία με την επωνυμία «....., μετά το άνοιγμα των οποίων προσωρινή μειοδότης αναδείχθηκε η προσφεύγουσα, η οποία και κλήθηκε να προσκομίσει εντός 10 ημερών τα δικαιολογητικά και στοιχεία που αναφέρονται στα Άρθρα 6.2.B. 1 – XV της διακήρυξης. Όπως, όμως, ισχυρίζεται στην υπό εξέταση προσφυγή της, με το υπ' αριθ. 2422/29-3-2019 έγγραφο της Διευθύντριας, ενημερώθηκε ότι: «οι διαγωνισμοί με αριθμούς διακήρυξης και, οι οποίοι αφορούν, πρόκειται να ματαιωθούν σε εναρμόνιση με το α' σχετικό έγγραφο και να επαναπροκηρυχθούν, τροποποιούμενοι οι όροι τους στην κατεύθυνση των επιταγών της Απόφασης 4241/127/30.01.2019 με

Αριθμός απόφασης: Α 193 / 2019

θέμα «Καθορισμός κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας» (ΦΕΚ Β'173/2019). Τελικώς, στις 17-4-2019, κοινοποιήθηκε σε όλους τους συμμετέχοντες του διαγωνισμού το υπ' αριθμ. 2974/17-4-2019 έγγραφο της Διευθύντριας, με το οποίο γνωστοποιήθηκε και στην προσφεύγουσα ότι ο διαγωνισμός «ματαιώθηκε και πρόκειται να επαναπροκηρυχθεί με τροποποίηση των όρων του στην κατεύθυνση των επιταγών της απόφασης 4241/127/30-1-2019». Κατά του τελευταίου αυτού εγγράφου του αναθέτοντος φορέα, άσκησε η προσφεύγουσα την υπό εξέταση προδικαστική της προσφυγή.

2. Επειδή, με την ως άνω προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο της Α.Ε.Π.Π. με το από 22-04-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, η προσφεύγουσα, πλέον του αιτήματος της να ακυρωθεί το προσβαλλόμενο έγγραφο, επιδιώκει την αναστολή εκτέλεσής του και την αναστολή επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

3. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017, με τη χρήση τυποποιημένου εντύπου, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, ποσού 600,00€).

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016) που ανέρχεται σε 86.500,00€, του αντικειμένου της (υπηρεσίες) και της ιδιότητας της που διενεργεί το διαγωνισμό, ως εταιρείας του κεφαλαίου Β του ν. 3429/2005 (ΦΕΚ Α' 314) που δραστηριοποιείται στον τομέα της ενέργειας, δραστηριότητα που η ασκεί ως αναθέτων φορέας (παροχή ή

Αριθμός απόφασης: Α 193 / 2019

λειτουργία σταθερών δικτύων που έχουν ως στόχο να παρέχουν στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της παραγωγής, της μεταφοράς ή της διανομής ηλεκτρισμού ή φυσικού αερίου ή την τροφοδότηση των εν λόγω δικτύων με ηλεκτρισμό ή με φυσικό αέριο), δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου ΙΙ αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την περ. γ' της παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως η παράγραφος αυτή αντικαταστάθηκε εντέλει από την παρ. 4 του άρθρου 43 του ν.4487/2017 (Φ.Ε.Κ. Α'116/9-8-2017), η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκούνται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, στην υπό εξέταση προσφυγή της, η προσφεύγουσα που συμμετείχε στο διαγωνισμό και αναδείχθηκε μειοδότης, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, προβάλλει ότι είναι μη νόμιμη η απόφαση με την οποία ματαιώθηκε ο διαγωνισμός με την αιτιολογία της ανόδου του ημερομισθίου που έγινε με τη απόφαση 4241/127/30-1-2019 με θέμα «Καθορισμός κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας» (ΦΕΚ Β'173/2019). Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι από τις διατυπώσεις του άρθρου 106 Ν. 4412/2016 και των ειδικότερων όρων 10.5 και 10.6 της διακήρυξης προκύπτει ότι δεν προβλέπεται ως λόγος ματαίωσης η τροποποίηση του κατώτατου ημερομισθίου που έλαβε χώρα ενώ εκκρεμούσε η διαγωνιστική διαδικασία. Οι λόγοι ματαίωσης που αναφέρονται στο άρθρο 10 της διακήρυξης, μάλιστα, δεν ταυτίζονται με τους λόγους ματαίωσης του άρθρου 106 της διακήρυξης, αλλά είναι πιο περιορισμένοι και συγκεκριμένοι, επιτρέποντας τη ματαίωση του διαγωνισμού αυστηρώς και μόνον υπό τη συνδρομή των λόγων που αναφέρονται στους όρους 10.5 και 10.6 της διακήρυξης, στους οποίους δεν περιλαμβάνεται ο λόγος για τον οποίο ματαιώθηκε ο διαγωνισμός. Επιπλέον, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν έχει καμία αιτιολογία ως προς το εάν

Αριθμός απόφασης: Α 193 / 2019

επηρεάζεται ουσιαδώς, λόγω της τροποποίησης του κατώτατου ημερομισθίου, το οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης. Τούτο δε, μολονότι στο από 19-2-2019 έγγραφο της ΕΑΑΔΗΣΥ (ΑΔΑ: 99ΖΥΟΞΤΒ-Δ5Μ), του οποίου έγινε επίκληση για τη ματαίωση του διαγωνισμού, επισημαίνεται ότι οι Αναθέτουσες Αρχές οφείλουν να κρίνουν «αιτιολογημένα» για το εάν επηρεάζεται «ουσιαδώς το οικονομικό θεμέλιο της σχεδιασθείσας με το προϋφιστάμενο κανονιστικό πλαίσιο διαδικασίας». Αντίθετα, στην προσβαλλόμενη απόφαση ματαίωσης δεν έγινε καμία εκτίμηση ως προς το ποσοστό επηρεασμού του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης. Η προσφεύγουσα μάλιστα ισχυρίζεται ότι, δοθέντος ότι η συνολική προσφορά της, στην οποία, εκτός των αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών των εργαζομένων, συνυπολογίζονται και κόστος αναλωσίμων, Διοικητικό κόστος, εργολαβικό κέρδος και κρατήσεις υπέρ τρίτων, όπως ορίζει το άρθρο 68 του Ν.3863/2010, ανερχόταν συνολικώς στα 78.888,00€ (άνευ φπα), δηλαδή με βάση τις προϋφιστάμενες τιμές ημερομισθίου ήταν κατά 7.612,00 ευρώ μικρότερη του ενδεικτικού προϋπολογισμού της διακήρυξης, ήτοι παρασχέθηκε έκπτωση περίπου 9% επί του ενδεικτικού προϋπολογισμού, το οικονομικό αντικείμενο της σύμβασης θα επηρεαστεί κατά περίπου 11%, λόγω της αύξησης του ημερομισθίου κατά 10,9%, γεγονός που θα οδηγούσε σε μικρή επαύξηση του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης. Η αύξηση αυτή θα καλυπτόταν οριακώς - με ενδεχόμενο να γίνει ελαφρά υπέρβαση του - από τον προβλεπόμενο προϋπολογισμό των 86.500 ευρώ, ο οποίος, όμως, είναι ενδεικτικός και επιτρέπεται ρητώς κατά τη διακήρυξη η υπέρβασή του, πλέον της δυνατότητας που η έχει να κάνει χρήση του άρθρου 4 του υπό σύναψη συμφωνητικού, σύμφωνα με το οποίο «Είναι δυνατή η αυξομείωση του συμβατικού τιμήματος της Παροχής Υπηρεσίας από 30% έως +50% ...». Συνεπώς, ενόψει της αλλαγής των ημερομισθίων μπορεί να γίνει σύναψη της σύμβασης με βάση τη δοθείσα τιμή της προσφοράς του προσωρινού αναδόχου, ενώ σε μεταγενέστερο χρόνο θα μπορούσε δυνάμει του άρθρου 132 Ν. 4412/2016 να γίνει προσαύξηση της εργοδοτικής δαπάνης, όπως αυτή προκύπτει από την ανάλυση του άρθρου 68 Ν.

Αριθμός απόφασης: Α 193 / 2019

3863/2010, κατά 10,9 %, λόγω της οψιγενούς μεταβολής που μεσολάβησε με την αλλαγή του ημερομισθίου. Άλλωστε, ήδη κατά τον παρόντα χρόνο, εκτελείται το παρόν έργο της καθαριότητας με τα νέα ημερομίσθια και επομένως δεν είναι κατανοητό για ποιόν λόγο έγινε ματαίωση του διαγωνισμού, εφόσον και πάλι η ανάθεση έγινε επί τη βάσει των νέων ημερομισθίων.

6. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ισχυρισμών της προσφεύγουσας και επειδή δεν έχει περιέλθει στην ΑΕΠΠ ο πλήρης φάκελος της υπόθεσης, ούτε ο αναθέτων φορέας έχει αποστείλει τις απόψεις του, η υπό εξέταση προσφυγή, τουλάχιστον κατά το σκέλος της μη επαρκούς αιτιολόγησης της ματαίωσης του διαγωνισμού, στο προσβαλλόμενο έγγραφο της, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, δεν είναι προδήλως αβάσιμη. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσο επί του συγκεκριμένου αλλά και των λοιπών λόγων της προσφυγής, όσο και επί του παραδεκτού αυτής, δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, πολύ περισσότερο, χωρίς να έχει εξετάσει το φάκελο της υπόθεσης, αλλά θα διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

7. Επειδή, εφόσον εικάζεται ζημία του προσφεύγοντος από την προσβαλλόμενη πράξη, κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή εθνικού δικαίου, σύμφωνα με τον πιο πάνω τουλάχιστον ισχυρισμό της υπό εξέταση προσφυγής, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η άσκηση της προσφυγής και η εκδοθησόμενη απόφαση επ' αυτής.

8. Επειδή, από τη ματαίωση του διαγωνισμού η ζημία της προσφεύγουσας, που έχει ήδη μειοδοτήσει σε αυτόν είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Εξάλλου, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της απόφασης του αναθέτοντα φορέα για ματαίωση του διαγωνισμού, η συνολική νομιμότητα της διαδικασίας, συνεπώς και η

Αριθμός απόφασης: Α 193 / 2019

επαναπροκήρυξη του τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω, οδηγώντας τοιουτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών και υποχρεώνοντας τον αναθέτοντα φορέα να ακυρώνει πράξεις και νέες διακηρύξεις, με συνέπεια περαιτέρω χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Οι παραπάνω κίνδυνοι, ωστόσο, δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας. Επιπλέον, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 602/2019 Πράξεως της Προέδρου του 2ου Κλιμακίου για την 23η-05ου-2019, η όποια επίπτωση από την αναστολή της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει, κατά τα ως άνω, τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο έναρξης νέας διαγωνιστικής διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου επί της, επηρεάζουσας τη νομιμότητά της, διαφοράς. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, το Κλιμάκιο έχει αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή, εξάλλου, ούτε επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, ο αναθέτων φορέας έχει αποστείλει έως σήμερα απόψεις, ούτε και κατ' άλλον τρόπο έχει προβάλλει ειδικό ισχυρισμό για την επί ζημία του αποφυγή οποιασδήποτε καθυστέρησης στην διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης που σύμφωνα με το προσβαλλόμενο έγγραφο ματαιώθηκε, ούτε ότι λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την αποφυγή οιασδήποτε καθυστέρησης στην επαναπροκήρυξη νέου διαγωνισμού για την ίδια σύμβαση, ακόμη και παρά την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής. 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).

10. Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο

Αριθμός απόφασης: Α 193 / 2019

και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή της ματαίωσης και επαναπροκήρυξης του διαγωνισμού. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με 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 και του αναθέτοντα φορέα για ταχεία πρόοδο της διαδικασίας.

11. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων του προσφεύγοντος πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

Αναστέλλει τη ματαίωση και την επαναπροκήρυξη του διαγωνισμού με ανοικτή διαδικασία για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο: «.....» με συνολικό προϋπολογισμό, κατ' εκτίμηση, ανερχόμενο σε 86.500,00 € για το σύνολο των παρεχόμενων υπηρεσιών για χρονικό διάστημα 12 μηνών και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, βάσει της τιμής που προκήρυξε η (.....) με τη με αριθμό από 12-12-2018 διακήρυξη, μέχρις εκδόσεως απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 2 Μαΐου 2019, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: Α 193 / 2019

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αθηνά Μπουζιούρη