

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 24 Μαρτίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού Πρόεδρος, Χρυσάνθη Ζαράρη-Εισηγήτρια, Χρήστος Σώκος, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην, από 14.03.2022 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 404/14.03.2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....» που εδρεύει στ... .. (εφεξής προσφεύγων), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά τ... .. (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η αρ. πρωτ. 10098/03.03.2022 απόφαση τ... .. καθ' ο μέρος, κατόπιν έγκρισης του αρ. πρωτ. 9092/25.02.2022 πρακτικού έγιναν αποδεκτές οι προσφορές των εταιριών,, και στα τμήματα:,,,,,, καθώς και η εταιρεία στο τμήμα Αναφορικά με το υπό εξέταση με την παρούσα αίτημα λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας ο προσφεύγων αιτείται να διαταχθεί η αναστολή της προόδου της επίμαχης διαδικασίας και η υπογραφή της σύμβασης, για να μην δημιουργηθούν τετελεσμένες καταστάσεις εις βάρος του μέχρι την έκδοση απόφασης επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, η με αρ. 5289/03.02.2022 ΠΡΟΣΚΛΗΣΗ ΕΚΔΗΛΩΣΗΣ ΕΝΔΙΑΦΕΡΟΝΤΟΣ ΣΥΛΛΟΓΗ ΠΡΟΣΦΟΡΩΝ .../.../... μέσω «ΔΙΑΥΓΕΙΑ» (εκτός ΕΣΗΔΗΣ) και της ιστοσελίδας τ... .., αφορά, στην ανάθεση επείγουσας παροχής συμπληρωματικής κάλυψης Υπηρεσιών Καθαριότητας των χώρων όπου στεγάζεται και τ... .. (συμπεριλαμβανομένων των αντίστοιχων ..), αρμοδιότητας τ... .. με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και για χρονικό διάστημα τριών (3) μηνών με δικαίωμα μονομερούς τρίμηνης (3) προαίρεσης, σε εφαρμογή των διατάξεων της Π.Ν.Π. (ΦΕΚ 42/τ. Α'/25-02-2020), όπως ισχύει σήμερα, χωρίς να ορίζεται ορισμένη προϋπολογισθείσα αξία.

2. Επειδή για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί e-παράβολο ύψους 600,00 Ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό .. και εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών όπου στο πεδίο κατάσταση του ως άνω παραβόλου αναφέρεται η ένδειξη «Δεσμευμένο» και αποδεικτικό ηλεκτρονικής πληρωμής του εν λόγω παραβόλου ημερομηνίας 11.03.2022).

3. Επειδή, ο προσφεύγων απέστειλε, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή στην ΑΕΠΠ με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 14.03.2022, ήτοι νομίμως και εμπροθέσμως δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη του κοινοποιήθηκε στις 4.03.2022, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ/τος 39/2017.

4. Επειδή, με την με αρ. 572/2022 Πράξη της Προέδρου του 2ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί της λήψης προσωρινών μέτρων.

5. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στην υπό στοιχείο 1, της παρούσας, διαδικασία, θεμελιώνει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος που αφορά στην εκ μέρους του επικαλούμενη μη νόμιμη αποδοχή της προσφοράς συνυποψηφίων αυτού και εν προκειμένω στη ζημία του από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτων στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς τους (βλ. ΕΑ ΣτΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣτΕ 512/2002, 517/2001),

6. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή καταρχήν νομίμως και παραδεκτώς εισάγεται ενώπιον του 2ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, προς εξέταση του αιτήματος λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και του Π.Δ/τος 39/2017.

7. Επειδή, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι δια της προσβαλλόμενης μη νομίμως έγιναν αποδεκτές οι προσφορές των έτερων συνυποψηφίων αυτού: 1., 2., 3. και 4., και κατακυρώθηκε ο διαγωνισμός στους δύο πρώτους και συγκεκριμένα στην εταιρεία το κτίριο Διοίκησης και και στην εταιρία για τ... ..,,,, μολονότι πάσχουν από ουσιώδεις πλημμέλειες που καθιστούν αυτές απαράδεκτες καθόσον δεν έχουν περιλάβει παρακράτηση φόρου εισοδήματος 8% αλλά ότι το εκ μέρους τους προσφερθέν εργατικό κόστος υπολείπεται του νομίμου (σελ. 6 έως 30 της προσφυγής).

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις από 18.03.2022 απόψεις της που αφορούν στο αίτημα προσωρινής διαταγής, ισχυρίζεται ότι η συγκεκριμένη διαδικασία δεν αποτελεί συνήθη διαδικασία αλλά διαδικασία με εξαιρετικά επείγοντα χαρακτήρα για λόγους προστασίας της δημόσιας υγείας και τη διασφάλιση αδιάλειπτου καθαρισμού τόσο των χώρων τ... .. όσο και τ... .. αρμοδιότητας τ... . Αναφέρει ειδικά και συγκεκριμένα ότι έχει προκηρύξει σχετικό διαγωνισμό που βρίσκεται σε εξέλιξη, αλλά και ότι οι συμβάσεις ΣΟΧ λήγουν στις 31.03.2022, ως και η με αρ .../... σύμβαση που αφορά στ... .. και τ... ..

και τ... .. Επίσης, ισχυρίζεται ότι στ... .. εισάγεται σημαντικός αριθμός ασθενών που νοσούν από covid και χρειάζονται συνεχή και αδιάλειπτη καθαριότητα. Επομένως, κατά τους ισχυρισμούς της υφίσταται επιτακτικός λόγος δημοσίου συμφέροντος που υπερβαίνει έκαστο ιδιωτικό συμφέρον, από τη δε 01.04.2022 δεν θα υπάρχει ενεργή σύμβαση καθαριότητας με αποτέλεσμα να μην μπορούν να λειτουργήσουν τ... .. και για πάνω από 1 μήνα.

9. Επειδή, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 20 παρ. 1, 94 και 95 του Συντάγματος, συνάγεται ότι ο κοινός νομοθέτης υποχρεούται να εξασφαλίζει τη δυνατότητα έννομης προστασίας έναντι των εκτελεστών πράξεων των διοικητικών αρχών. Η προστασία αυτή, δεν αφορά μόνο την οριστική επίλυση της διαφοράς, αλλά περιλαμβάνει και την προσωρινή δικαστική προστασία, δηλαδή τη λήψη του μέτρου που κρίνεται κατάλληλο για να αποσοβηθεί η ανεπανόρθωτη βλάβη, που κατά περίπτωση συνδέεται με την άμεση εκτέλεση της διοικητικής πράξης, ήτοι για να αποσοβηθεί η ματαίωση του σκοπού, για τον οποίο παρέχεται το κύριο ένδικο βοήθημα. Ως ανεπανόρθωτη δε βλάβη, η αποσόβηση της οποίας καθιστά, συνταγματικά επιβεβλημένη την παροχή προσωρινής προστασίας, νοείται όχι μόνον η κατά κυριολεξία μη αναστρέψιμη, αλλά και εκείνη, της οποίας η αποκατάσταση, υπό τις συγκεκριμένες οικονομικές και λοιπές συνθήκες, είναι για το διάδικο δυσχερής σε τέτοιο βαθμό, ώστε να αδυνατεί πράγματι να την επιτύχει. (ΕΑ ΣτΕ 496/2011).

10. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : « Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: *«1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν*

της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της. 2. Με την απόφαση της παρ. 1 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 μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, 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 δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων.»

11. 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*». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των – κατ' ελάχιστον - 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.

12.Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως

απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων 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 (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

13. Επειδή, με την ελευθερία των συμβάσεων, ως εκδήλωση του δικαιώματος της οικονομικής ελευθερίας, δεν συμβιβάζεται κατ' αρχήν μεταγενέστερη επέμβαση του νομοθέτη περιοριστική της ελευθερίας αυτής, εκτός από τις περιπτώσεις κατά τις οποίες η ελευθερία αυτή προσβάλλει τα δικαιώματα των άλλων ή ασκείται κατά παραβίαση του Συντάγματος ή ενέχει προσβολή των χρηστών ηθών, καθώς επίσης κατά τις περιπτώσεις που αυτή ασκείται προς βλάβη της Εθνικής Οικονομίας (αρ.5§1, 25§3, 106§2 του Συντάγματος). Επίσης η ελευθερία αυτή μπορεί να περιορισθεί όπου τούτο επιβάλλεται από λόγους γενικότερου κοινωνικού ή δημοσίου συμφέροντος (Ολομ. του Α.Π. 2/1998).

14. Επειδή, ειδικότερα κίνητρο των διοικητικών οργάνων για την άσκηση της δραστηριότητας τους που προβλέπουν οι κανόνες δίκαιου είναι πάντοτε η άμεση ή έμμεση ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος. Καταρχήν το δημόσιο συμφέρον, βάσει του αντικειμενικού κριτηρίου, συμπίπτει αμέσως με το συμφέρον όλων των μελών της κρατικής κοινωνίας διότι αφορά την ικανοποίηση των βασικών αναγκών που μπορεί να έχουν όλα τα μέλη αυτά (π.χ εθνική άμυνα, υγεία). Είναι δε νομική έννοια, διότι καθορίζεται από τους κανόνες δικαίου, είτε ως ένα από τα στοιχεία του περιεχομένου των κανόνων, είτε ως σκοπός των νομικών πράξεων ή υλικών ενεργειών των δημόσιων νομικών προσώπων. Στην πρώτη περίπτωση ο καθορισμός του δημοσίου συμφέροντος με συνταγματικές διατάξεις, είτε συνιστά προϋπόθεση και όριο του συνταγματικά επιτρεπτού περιορισμού ενός ατομικού δικαιώματος που επιτρέπεται συνταγματικά, είτε ιδρύει δέσμευση του νομοθετικού οργάνου για τη

ρύθμιση συγκεκριμένων θεμάτων (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου, 11η έκδ., Αντ. Ν. Σάκκουλα, 15 και 77 και επ).

15. Επειδή, εν προκειμένω: α) η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί καταρχήν παραδεκτως, β) οι λόγοι της προσφυγής δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι ή απαράδεκτοι στο σύνολό τους. Εν προκειμένω, ενόψει των προβαλλόμενων ισχυρισμών που περιλαμβάνονται στην υπό εξέταση Προδικαστική Προσφυγή, καθίσταται προφανές ότι η διαπίστωση της βασιμότητας και η οριστική κρίση επ' αυτών, απαιτεί κρίση που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 631/2011, 367/2008, 709/2007 ΔΕφΑθ (Συμβ) 109/2011, 166/2011 9/2015, 10/2015, 35/2015, 41/2015, 46/2015), άλλωστε η ΑΕΠΠ δεν έχει έτι πρόσβαση στην πρόσκληση, στην προσβαλλόμενη και στις προσφορές των μετεχόντων, αλλά ανήκει στην κρίση του Δικαστηρίου, εν προκειμένω καταρχήν στην Α.Ε.Π.Π., η οποία θα κρίνει, υπό το φως της κείμενης εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας και νομολογίας, σε σχέση με τα στοιχεία του φακέλου και των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών και ενδεχομένως κατόπιν αναζήτησης διευκρινήσεων από αμφότερα τα μέρη, απαιτεί ενδεχομένως σχετική έρευνα εν όψει και των ουσιωδών ισχυρισμών του προσφεύγοντος.

16. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, κρίνεται ότι, λόγοι δημοσίου συμφέροντος, συναπτόμενοι με την προφανή ανάγκη άμεσης συμβασιοποίησης των επίμαχων συμβάσεων, δύναται να εμποδίσουν τη χορήγηση μέτρων προσωρινής προστασίας, ωστόσο, ομοίως λόγοι, δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία σύναψης δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣτΕ 840/2008). Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή δεν επικαλείται ρητά αδυναμία ικανοποίησης των επίμαχων αναγκών (βλ. ΕΑ ΣτΕ 38/2011, πρβλ. Ε.Α. 1318/2009, 1105/2010) με άλλο νόμιμο τρόπο (ΑΕΠΠ Α 306/2018) αλλά επικαλείται ότι δεν θα υπάρξει ενεργή σύμβαση από 01.04.2022 καθόσον λήγει

η με αρ. 1/2022 σύμβαση (χωρίς να προσδιορίζεται ποσό και δυνατότητα παράτασης) και οι συμβάσεις ΣΟΧ ομοίως. Ειδικότερα, σταθμίζοντας το δημόσιο συμφέρον υπό τις εκτεθείσες πτυχές σε σχέση με τα στοιχεία του φακέλου κρίνεται ότι πρέπει επί της παρούσης- και έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ επί της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής- να διαταχθεί, ως κατάλληλο μέτρο προσωρινής προστασίας, η αναστολή υπογραφής σύμβασης για τα επίμαχα τμήματα. Εξάλλου, το εν λόγω προσωρινό μέτρο δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία και 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 προκύπτει υπέρμετρη καθυστέρηση της διαδικασίας, μη αποκλειόμενης της δυνατότητας, λόγω των οικείων περιστάσεων, να επανέλθει η αναθέτουσα αρχή σε περίπτωση αλλαγής των επί της παρούσης δεδομένων που έθεσε υπόψη στην Αρχή (πρβλ. Φ. Αρναούτογλου «Η αίτηση ασφαλιστικών μέτρων του ν. 3886/2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, 2^η έκδοση, παρ. 409 σελ.255, βλ Α79/2021) και χωρίς να αποκλείεται να προβεί σε οιαδήποτε έτερη νόμιμη ενέργεια εφόσον κρίνει ότι εμφιλοχώρησε πλημμέλεια στην επίμαχη διαδικασία, και τούτο διότι και αβάσιμος υποτιθέμενος ο 1^{ος} ισχυρισμός του προσφεύγοντος, οι κατατεθείσες προσφορές λογικά δεν θα είναι συγκρίσιμες από οικονομικής άποψης καθόσον ο μεν προσφεύγων περιλαμβάνει το 8% οι καθού για τον οικεία λόγο όχι. Σε κάθε περίπτωση, η υγεία και η ζωή των ανθρώπων κατέχουν πρωταρχική θέση μεταξύ των προστατευόμενων από τη Συνθήκη ΛΕΕ αγαθών και συμφερόντων (C-413/17 της 25ης Οκτωβρίου 2018 «Roche Lietuva» UAB και ο.π ΑΕΠΠ 1106/2018), ως και από το Σύνταγμα της Ελλάδος (αναφορικά με τη ζωή και την υγεία και περί του ότι συνιστούν αποχρώντες λόγους δημοσίου συμφέροντος βλ. μεταξύ άλλων τις με αρ. ΕΑ ΣΤΕ 356/2009, 758/1998 και Απόφαση 7^{ου} κλιμακίου ΑΕΠΠ 90/2019 σκ. 43 Εισηγήτρια Χ. Ζαράρη).

17.Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, ως κατάλληλο προσωρινό μέτρο ορίζεται η αναστολή υπογραφής σύμβασης για τα επίμαχα τμήματα τα οποία προσβάλλει ο προσφεύγων και υπέβαλλε προσφορά.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί χορήγησης αναστολής-προσωρινών μέτρων κατά το σκεπτικό.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 24 Μαρτίου 2021 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Αικατερίνη Ζερβού

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

Ευαγγελία Πέτρου