

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 24.05.2018 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
11.05.2018 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστική
Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών
Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 436/14-05-2018 της προσφεύγουσας εταιρείας με την
επωνυμία «.....» και το δ.τ. «.....», που
εδρεύει στην, οδός, αρ. 29, νομίμως
εκπροσωπούμενης, καθώς και το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην
από 14.05.2018 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ) Προδικαστική
Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών
Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 445/15-05-2018 της προσφεύγουσας εταιρείας με την
επωνυμία «.....», με το διακριτικό τίτλο “.....” που εδρεύει
στην, οδός, αρ. 7, νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της με αριθμ. 792/2018 Απόφασης της
Θέμα 43ο «Αξιολόγηση προσφορών και ανάδειξη μειοδότη στο πλαίσιο του
ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την φύλαξη δομών της
04/2017 (Πρακτικό 14ο/3-5-2018)», με την οποία εγκρίθηκαν τα από 5.3.2018
αριθμ. 1 και από 25.4.2018 αριθμ. 2 Πρακτικά της επιτροπής αξιολόγησης στο
πλαίσιο του ανοικτού, ηλεκτρονικού, τακτικού διαγωνισμού για την παροχή
υπηρεσιών φύλαξης δομών Π.Ε. Λάρισας με αριθμό διακήρυξης 04/2017 και
συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 197.400,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ

Αριθμός απόφασης: Α 236, 237/2018

συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης 40% το οποίο δύναται να ενεργοποιηθεί για τη χρονική επέκταση των παρεχόμενων υπηρεσιών.

Με τις Προδικαστικές Προσφυγές τους οι ως άνω αναφερόμενες αιτούσες επιδιώκουν την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης, με την οποία αναδεικνύεται ο οικονομικός φορέας (με δ.τ. «.....») ως προσωρινός ανάδοχος και να αναδειχθούν οι ίδιες, για τους λόγους που αναφέρουν η κάθε μία από αυτές στις κατατεθείσες Προσφυγές τους.

Ετέρωθεν, οι προσφεύγουσες αιτούνται όπως εκδοθεί σχετική πράξη αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας και της κατακύρωσης της υπόψη σύμβασης στον οικονομικό φορέα, μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής των.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει πληρωθεί, κατατεθεί και δεσμευθεί 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 210732225958 0710 0003), ποσού 987,00€, το οποίο και υπολογίζεται με βάση την προϋπολογιζόμενη δαπάνη ύψους 197.400,00€, χωρίς ΦΠΑ, της σύμβασης, για την οποία υπέβαλε την προσφορά της η προσφεύγουσα εταιρεία Παρομοίως έχει πληρωθεί, κατατεθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικά παράβολα με κωδικούς 210737430958 0710 0092 και 210735067958 0710 0070 ποσών 705,00€ και 282,00€ αντίστοιχα), συνολικού ποσού 987,00€ από την προσφεύγουσα εταιρεία «.....». Σημειωτέον ότι για τον υπολογισμό του καταβλητέου ποσού παραβόλου δεν λαμβάνεται υπόψη και η δαπάνη που αντιστοιχεί σε ενδεχόμενη άσκηση του δικαιώματος προαίρεσης, δοθέντος ότι το οριστικό ύψος της δαπάνης αυτής δεν

Αριθμός απόφασης: Α 236, 237/2018

μπορεί εκ των προτέρων να καθορισθεί, εφόσον είναι αβέβαιο αν και μέχρι ποιου ύψους θα ασκηθεί το δικαίωμα αυτό (Δ.Εφ.Κομ. Ν43/2017, ΣτΕ ΕΑ 187/2017, 10/2017).

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 197.400,00€, 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 παραδεκτός, κατά τούτο, ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

4. Επειδή, οι υπό κρίση Προδικαστικές Προσφυγές έχουν 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. 792/2018 Απόφαση της, αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 04-05-2018, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες και η Προδικαστική Προσφυγή της προσφεύγουσας εταιρείας κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ στις 11-05-2018 και της προσφεύγουσας εταιρείας στις 14-05-2018, ήτοι εντός της εκ του νόμου ως άνω δεκαήμερης προθεσμίας.

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

Αριθμός απόφασης: Α 236, 237/2018

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*».

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

Αριθμός απόφασης: Α 236, 237/2018

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 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, οι προσφεύγουσες στρέφονται κατά της με αριθμ. 792/2018 Απόφασης της Θέμα 43ο «Αξιολόγηση προσφορών και ανάδειξη μειοδότη στο πλαίσιο του ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την φύλαξη δομών της που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθμ. 04/2017 Διακήρυξη (με συστημικό αριθμό Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ α/α), με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών για τη «ΦΥΛΑΞΗ ΚΤΙΡΙΩΝ ΤΗΣ», για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους (CPV

Αριθμός απόφασης: Α 236, 237/2018

79713000-5) και συνολική προϋπολογισθείσα δαπάνη 197.400,00 ευρώ άνευ ΦΠΑ συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης 40% το οποίο δύναται να ενεργοποιηθεί για τη χρονική επέκταση των παρεχόμενων υπηρεσιών, για τον οποίο διαγωνισμό υπέβαλαν προσφορές οι προσφεύγουσες, αιτούμενες την ανάκληση της ανωτέρω προσβαλλόμενης για τους στις Προσφυγές τους αναφερόμενους λόγους, σωρεύοντας παράλληλα σε αυτές αίτημα αναστολής – ορισμού κατάλληλων μέτρων έως ότου κριθούν αυτές.

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 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 οι υπό κρίση Προσφυγές δεν πιθανολογούνται ως προδήλως απαράδεκτες ή ως προδήλως αβάσιμες, σε κάθε δε περίπτωση οι προσφεύγουσες επικαλούνται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους οι Προσφυγές τους θα πρέπει να γίνει δεκτές.

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

Αριθμός απόφασης: Α 236, 237/2018

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, ωστόσο από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού και δη το υπ' αριθ. πρωτ. 3121/18-05-2018 έγγραφο της αναθέτουσας αρχής με θέμα: «Αποστολή απόψεων της Αναθέτουσας Αρχής επί υποβληθέντων αιτημάτων αναστολής εκτέλεσης - προσωρινών μέτρων», προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στη φάση, όπου έχουν αξιολογηθεί οι οικονομικές προσφορές, οι οποίες και έχουν ανοιχθεί, έχει αναδειχθεί προσωρινός ανάδοχος ο οικονομικός φορέας, η δε αναθέτουσα αρχή δεσμεύεται ότι για λόγους ασφαλούς εξέλιξης της κατακυρωτικής διαδικασίας, δεν θα προβεί στη διενέργεια του επόμενου σταδίου πριν την έκδοση των αποφάσεων της ΑΕΠΠ για τις υπό κρίση Προσφυγές.

16. Επειδή, ιδίως κατά τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, της εταιρείας, η οποία καθίσταται και η δεύτερη στην κατάταξη προσωρινή ανάδοχος, καθώς προσέφερε το δεύτερο σε σειρά (νομίμως) χαμηλότερο οικονομικό τίμημα στο διαγωνισμό, η ενδεχόμενη δε 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

Αριθμός απόφασης: Α 236, 237/2018

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 υπό κρίση προδικαστική προσφυγή.

17. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω και από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων 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).

18. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων των προσφευγόντων, 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.

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, τα κρινόμενα αιτήματα αναστολής πρέπει να γίνουν δεκτά.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τα αιτήματα αναστολής - προσωρινών μέτρων των αιτούντων.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. 04/2017 Διακήρυξης, με την οποία προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, τακτικού διαγωνισμού με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών για τη «ΦΥΛΑΞΗ ΚΤΙΡΙΩΝ ΤΗΣ», συνολικής

Αριθμός απόφασης: Α 236, 237/2018

προϋπολογισθείσας δαπάνης 197.400,00 ευρώ άνευ Φ.Π.Α., μέχρι την έκδοση των αποφάσεων επί των υπό κρίση Προδικαστικών Προσφυγών.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 24 Μαΐου 2018, συντάχθηκε την ίδια ημέρα από την Εισηγήτρια και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Γεωργία Παν. Ντεμερούκα