

Αριθμός απόφασης: Α 393 / 2019

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 22 Αυγούστου 2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης - Εισηγητής - δυνάμει της με αριθμό 1294/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, 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) 1022/16-08-2019, της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο, όπως νομίμως εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγων» ή «προσφεύγουσα» ή «.....»)

Κατά τουμε την επωνυμία, που εδρεύει στη(εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ» ή «.....») και κατά της Απόφασης του Διοικητικού Συμβουλίου του, που ελήφθη κατά τη Συνεδρίαση με αριθμό 12 της 30.07.2019 επί του θέματος 35 (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη ή «προσβαλλόμενη απόφαση»), στο πλαίσιο ανοικτής διαγωνιστικής διαδικασίας που το διενεργεί για την ασφάλιση προσωπικού ατυχήματος του προσωπικού του στα ασθενοφόρα και τις αεροδιακομιδές του, εκτιμώμενης αξίας 1.350.000,00€ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνον βάσει τιμής, (αριθ. διακήρυξης) (εφεξής «διαγωνισμός»), κατά το μέρος που απέρριψε την προσφορά της προσφεύγουσας, για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: Α 393 / 2019

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, το με τη με αριθ. διακήρυξή του, η οποία έλαβε τοναριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ και δημοσιεύθηκε νομίμως και αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων, λαμβάνοντας ΑΔΑΜ, προκήρυξε τον ελεγχόμενο διαγωνισμό. Σε αυτόν υπέβαλαν προσφορές δύο (2) οικονομικοί φορείς, η προσφεύγουσα με αρ. προσφοράς συστήματος και η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....» και αρ. προσφοράς συστήματος Με τη με αριθμό 35 Απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του, ήδη προσβαλλόμενη απόφαση, κατ' έγκριση του οικείου πρακτικού έγκρισης δικαιολογητικών συμμετοχής και αξιολόγησης τεχνικών προσφορών της επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού, έγινε δεκτή η προσφορά της εταιρείας «.....», διότι κατά τον έλεγχο των εμπεριεχομένων στοιχείων των δικαιολογητικών του φακέλου συμμετοχής της διαπιστώθηκε ότι πληροί τους όρους της διακήρυξης, μετά δε την αξιολόγηση της τεχνικής της προσφοράς ότι πληροί τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών, σύμφωνα με τους όρους της Διακήρυξης, και συνεχίζει στην αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς της, αντίθετα η προσφεύγουσα αποφασίστηκε ότι δεν προκρίνεται στην επόμενη φάση του διαγωνισμού, διότι κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών του φακέλου συμμετοχής της διαπιστώθηκε ότι το υποβληθέν από αυτήν ΕΕΕΣ δεν ήταν σύμφωνο με τους όρους της διακήρυξης. Κατά της απόφασης αυτής του, κατά το μέρος που την απέκλεισε από τη συνέχεια του διαγωνισμού, άσκησε η προσφεύγουσα την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

2. Επειδή, με την εν λόγω προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 16-08-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, πέραν του αιτήματός της να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη απόφαση κατά τις ειδικές στην προσφυγή της αιτιάσεις και με τα σε αυτήν ειδικότερα αιτήματα, η προσφεύγουσα αιτείται την αναστολή υπογραφής της

Αριθμός απόφασης: Α 393 / 2019

σύμβασης κατά τις διατάξεις του άρθρου 364 του ν. 4412/2016, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ, (1.350.000,00€), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, που αποτελεί κεντρική κυβερνητική αρχή, της δραστηριότητας που ασκεί, που είναι η παροχή υπηρεσιών επείγουσας προνοσοκομειακής φροντίδας και η μεταφορά των βαρέως πασχόντων στο πλησιέστερο κατάλληλο υγειονομικό σχηματισμό και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (αποστολή της προκήρυξης της σύμβασης για δημοσίευση στην επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 13-05-2019) εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, όπως προκύπτει από τα αναρτημένα στοιχεία στην λειτουργικότητα της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α), η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πιθανολογείται ότι έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, 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, 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 6.750,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, το οποίο μάλιστα υπερβαίνει την αξία του καταβλητέου παραβόλου κατά ποσό 2.250,00€ (= 6.750 – 4.500), δοθέντος ότι η προϋπολογισθείσα αξία της υπηρεσίας για δύο (2) χρόνια ανέρχεται στα 900.000,00€, πλέον της οποίας έχει προϋπολογιστεί δικαίωμα προαίρεσης για ένα ακόμα έτος, αξίας 450.000,00€, αξία όμως που δεν λαμβάνεται υπόψη για τον υπολογισμό του

Αριθμός απόφασης: Α 393 / 2019

καταβλητέου παραβόλου, εφόσον είναι αβέβαιο αν και μέχρι ποιου ύψους θα ασκηθεί το δικαίωμα αυτό (ΕΑ ΣΤΕ 187, 10/ 2017, ΔΕφΚομ Ν43/2017), συνεπώς το υπερβάλλον ποσό καταβλήθηκε αχρεώστητα.

5. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα αφού συμμετείχε στον διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά, με πρόδηλο έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης πράξης της αναθέτουσας αρχής, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, κατά το μέρος που αποκλείσθηκε από το επόμενο στάδιο αυτού, αναμφίβολα δε υφίσταται ζημία από τη μη νόμιμη κατά τους ισχυρισμούς της απόρριψη της προφοράς της, για τους λόγους που αναφέρει στην προσφυγή της.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα συγκεκριμένα ισχυρίζεται, ότι σύμφωνα με τα οριζόμενα στην προκήρυξη, ως αυτοδίκαιος λόγος αποκλεισμού θεωρείται για μια εταιρεία η αθέτηση των υποχρεώσεων της σχετικά με την καταβολή φόρων ή εισφορών κοινωνικής ασφάλισης, γεγονός που θα έχει διαπιστωθεί από δικαστική ή διοικητική απόφαση με τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ, σύμφωνα με διατάξεις της χώρας όπου είναι εγκατεστημένη ή την εθνική νομοθεσία, περίπτωση που δεν συντρέχει για την προσφεύγουσα, η οποία είναι ασφαλιστικά και φορολογικά ενήμερη, γεγονός, το οποίο αφενός δύναται να αποδειχθεί παραχρήμα και μάλιστα σε κάθε χρονικό σημείο, αφετέρου δε, μπορούσε, εφόσον είχε κριθεί ανεπαρκής η απάντηση της εταιρείας κατά την υποβολή της προφοράς να διευκρινιστεί κατόπιν σχετικού αιτήματος της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με την παράγραφο 2.4.2.5 της διακήρυξης. Ωστόσο, η αναθέτουσα αρχή, ουδέποτε απευθύνθηκε προς την προσφεύγουσα προκειμένου να ζητήσει διευκρίνιση σε σχέση με το ανωτέρω ζήτημα, αντίθετα προχώρησε στην αβάσιμη και μη νόμιμη απόρριψη της προφοράς της. Με την ανωτέρω απόρριψη, ωστόσο έσφαλε, καθώς σύμφωνα με το νόμο ο λόγος αποκλεισμού οικονομικού προσφέροντος είναι η στην πράξη μη εκπλήρωση των υποχρεώσεων έναντι των κοινωνικοασφαλιστικών φορέων και όχι η μη προσκόμιση των

Αριθμός απόφασης: Α 393 / 2019

δικαιολογητικών που αποδεικνύουν την εκπλήρωση των ανωτέρω υποχρεώσεων και την συμμόρφωση με την νομοθεσία. Εξάλλου, η εκ παραδρομής απάντησή της στο ΕΕΕΣ ότι είναι εγγεγραμμένη σε επίσημο κατάλογο εγκεκριμένων οικονομικών φορέων που είχε ως αποτέλεσμα να μην εμφανιστεί προς συμπλήρωση το ερώτημα «Ο οικονομικός φορέας Θα είναι σε Θέση να προσκομίσει βεβαίωση πληρωμής εισφορών κοινωνικής ασφάλισης και φόρων ...» δεν συνεπάγεται τη μη ανάληψη από πλευράς της της δεσμεύσεως να προσκομίσει ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα σε οποιοδήποτε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας της ζητηθούν, σύμφωνα με την παράγραφο 5 του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016, διότι, μαζί με όλα τα προαπαιτούμενα σύμφωνα με τα οριζόμενα στην προκήρυξη, απέστειλε εκ περισσού και την από 18.06.2019 υπεύθυνη δήλωση, δια της οποίας μέσω του αντιπροσώπου της δήλωνε υπεύθυνα ότι: «..... αποδέχεται πλήρως και ανεπιφύλακτα τις βασικές απαιτήσεις και τους ειδικούς όρους της Διακήρυξης ΑΝΟΙΚΤΟΥ ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟΥ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟΥ ΑΝΩ ΤΩΝ ΟΡΙΩΝ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ — ΔΙΑΚΥΡΥΞΗ ΑΡ.», συνεπώς θα πρέπει να αρθεί η όποια τυχόν ακυρότητα θα μπορούσε να δημιουργηθεί από την εκ παραδρομής λανθασμένη συμπλήρωση της ανωτέρω αναφερόμενης ερώτησης όπως αυτή περιεχόταν στην ΕΕΕΣ. Επιπλέον, ισχυρίζεται ότι θα έπρεπε να ζητηθούν διευκρινίσεις, και ενόψει της αρχής της χρηστής διοίκησης, αλλά και προκειμένου να αποφευχθεί να μείνει μόνη η προσφορά της έτερης συνδιαγωνιζόμενης της εταιρείας. Τέλος, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι με την κατάθεση της πιο πάνω αναφερομένης υπεύθυνης δήλωσης ότι αποδέχεται πλήρως όλους τους όρους και τις προϋποθέσεις, όπως αυτές εξειδικεύτηκαν με την διακήρυξη, άρα δηλώνει ότι είναι πλήρως ασφαλιστικά και φορολογικά ενήμερη και αποδέχεται και την δέσμευση να προσκομίσει ασφαλιστική και φορολογική ενημερότητα σε οποιοδήποτε στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας της ζητηθεί, βρίσκεται σε πλήρη συμφωνία με το κανονιστικό περιεχόμενο των διατάξεων της διακήρυξης, κατά συνέπεια η απόφαση της αναθέτουσας αρχής αναφορικά με

Αριθμός απόφασης: Α 393 / 2019

τη μη πρόκριση της στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού είναι και αντίθετη σε ουσιώδεις όρους της Διακήρυξης του Διαγωνισμού.

7. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή υπογραφής της σύμβασης κατά τις διατάξεις του άρθρου 364 του ν. 4412/2016, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της, αίτημα, όμως, που όπως διατυπώνεται, προβάλλεται αλυσιτελώς. Και τούτο, διότι, 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 ποινή ακυρότητας. Ασκηθείσας δε της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, η οριστική υπογραφή της δημοπρατηθείσας 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).

8. Επειδή, μολονότι οριστική κρίση για τη βασιμότητα των ισχυρισμών της προσφεύγουσας δε μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9, 10, 20, 41, 46/2015), ωστόσο, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, η υπό εξέταση προσφυγή δεν προβάλλει ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη, και προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της, από την πρόοδο της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της προσφυγής της ότι μη νόμιμα η αναθέτουσα αρχή την απέκλεισε από τον διαγωνισμό, παρά το αίτημα της προσφεύγουσας που προβάλλεται αλυσιτελώς, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας.

9. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο προ της αξιολόγησης των οικονομικών προσφορών που έχουν ήδη αποσφραγιστεί.

Αριθμός απόφασης: Α 393 / 2019

10. Επειδή, εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει προβάλει, ούτε και κατ' άλλον τρόπο προκύπτει, ότι λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν την άμεση πρόοδο του διαγωνισμού. 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). Άλλωστε, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1294/2019 Πράξεως της Προέδρου του επιληφθέντος Κλιμακίου για την 19η-09-2019, η όποια επίπτωση από την αναστολή προόδου 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 ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου που αν ήθελε κάνει δεκτή την προσφυγή, θα επιφέρει την ακυρότητα κάθε πράξης της διαγωνιστικής διαδικασίας που θα ερείδεται στην προσβαλλόμενη απόφαση.

11. Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών και η ανάδειξη προσωρινού αναδόχου της σύμβασης. 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 της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: Α 393 / 2019

Αναστέλλει την πρόοδο του δημόσιου ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, που διενεργεί το για την ανάθεση, εκτιμώμενης αξίας 1.350.000,00€ και με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνον βάσει τιμής, (αριθ. διακήρυξης και α/α ΕΣΗΔΗΣ), και συγκεκριμένα αναστέλλει την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων φορέων στον διαγωνισμό και την ανάδειξη προσωρινού αναδόχου της σύμβασης, μέχρις εκδόσεως απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 22 Αυγούστου 2019, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Ελένη Κατσικά