

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 4 Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή, Μέλος και Ελευθερία Καλαμιώτη, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που περιλαμβάνεται στην από 27-06-2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. 920/29-06-2022 Προδικαστική Προσφυγή του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στο ... (οδός ... αρ. ... και ...) και εκπροσωπείται νόμιμα

Κατά του ...«...» (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη (ΑΔΑΜ: ...) της αναθέτουσας αρχής στο σύνολο της, καθώς και να ακυρωθούν οι υπ' αριθμ. πρωτ. 4615 και 4632 από 20.06.2022 πράξεις παροχής διευκρινίσεων της αναθέτουσας αρχής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) στις 09-06-2022 (τελευταία ανανέωση στις 10-06-2022). Με την προσβαλλόμενη Διακήρυξη προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την ανάδειξη αναδόχου για ... (CPV ...), με συνολική εκτιμώμενη αξίας της σύμβασης για ένα έτος στο ποσό των 119.354,83 ευρώ χωρίς ΦΠΑ (148.000,00 € με Φ.Π.Α 24%), με δικαίωμα προαίρεσης για ένα επιπλέον έτος και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Ο προκείμενος διαγωνισμός καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων

(Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ), όπου έλαβε συστημικό αριθμό Α/Α Η προσφεύγουσα έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης διακήρυξης, κατά δήλωσή της, την 25/06/2022.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ελευθερία Καλαμιώτη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 600,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «δεσμευμένο»), το οποίο υπολογίζεται με βάση την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης 119.354,83 ευρώ άνευ ΦΠΑ, μη συνυπολογιζόμενης της εκτιμώμενης αξίας του δικαιώματος προαίρεσης.

2. Επειδή, κατά τις διατάξεις του άρθρου 366 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147/08.08.2016) ως ισχύει ορίζεται ότι: «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».

3. 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 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 (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2016).

4. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: *«Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας».*

5. Επειδή η υπό κρίση προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή προδήλως αβάσιμη. Περαιτέρω, για την οριστική κρίση περί του παραδεκτού και της βασιμότητας των λόγων της προσφυγής, αλλά και των ισχυρισμών της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη και τους τιθέμενους όρους της διακήρυξης αυτής, απαιτείται ενδελεχής έρευνα που δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική

νομολογία, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

6. Επειδή, παγίως γίνεται δεκτό από τη νομολογία ότι η αναστολή χορηγείται μόνο αν με βάση συγκεκριμένους και ειδικούς λόγους που αποδεικνύονται, πιθανολογείται ότι σε περίπτωση άμεσης εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης θα επέλθει στον αιτούντα βλάβη ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς δυνάμενη να επανορθωθεί (ΣτΕ ΕπΑν 88/1991, ΣτΕ ΕπΑν 103/1991, ΣτΕ ΕπΑν 197/1991, ΣτΕ ΕπΑν 209/1991, ΣτΕ ΕπΑν 548-550/1990, ΔΕφΑΘ 9/2015, 6 ΔΕφΑΘ 2/2015, ΔΕφΑΘ 878/16).

7.Επειδή, συνακόλουθα, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, 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, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου, η αναθέτουσα αρχή εκλήθη από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. να υποβάλλει εντός τριημέρου τις απόψεις της επί του αιτήματος λήψης μέτρων προσωρινής προστασίας με την υπ' αρ. 1327/2022 Πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., η οποία της κοινοποιήθηκε στις 29-06-2022, τις οποίες απέστειλε την 01-07-2022 (το με αρ. πρωτ. 4948/01-07-2022 έγγραφο της) και στις οποίες αναφέρει επί λέξει: *«Σε απάντηση του ανωτέρων σχετικών παραθέτουμε ίδια τις απόψεις μας περί χορήγησης αναστολής εκτέλεσης -προσωρινών μέτρων κατά του διαγωνισμού κάτω του ορίου για την ανάθεση ...». Θεωρούμε δεδομένη την υπ' αριθμ.... Διακήρυξη (ΑΔΑΜ ...) με αντικείμενο την: «...» για το ... και CPV: ..., συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης: 148.000,00 € συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. καθώς και τις υπ' αριθμ. πρωτ. 4615 και 4632 πράξεις παροχής διευκρινήσεων. Το Διοικητικό Συμβούλιο ορθώς και*

νομίμως ενέκρινε την διενέργεια του εν λόγω διαγωνισμού με την υπ' αριθμ. 89/28-3-2022 απόφαση, άρα η εν λόγω εταιρεία αβάσιμα προσβάλλει και αιτείται την ακύρωση της αριθμ.... Διακήρυξης. Έχοντας υπόψη ότι: 1. Ο υπολογισμός της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (προϋπολογισμός) του διαγωνισμού έγινε κατά τη διαδικασία λήψης της υπ' αριθμ. 89/28-3-2022 Απόφασης Δ.Σ λαμβάνοντας υπόψη την ισχύουσα εργατική και ασφαλιστική νομοθεσία. Στην πορεία εμφίλοχώρησε αλλαγή πλαισίου, όσο αφορά το ελάχιστο εργατικό κόστος που επέφερε μια ελάχιστη διαφορά η οποία με μια απλή συμπίεση του εργολαβικού κέρδους μπορεί να ενσωματωθεί στην οικονομική προσφορά του εκάστοτε οικονομικού φορέα. 2. Ο διαγωνισμός δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και στο ΕΣΗΔΗΣ στις 10/06/2022 με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών 28/06/2022. Υποβλήθηκαν στο ΕΣΗΔΗΣ συνολικά τρεις (3) προσφορές η μία εκ των οποίων προσφορά είναι της προσφεύγουσας εταιρείας «...». 3. Στη 01/04/2022 υπογράφηκε η υπ' αριθμ. ... σύμβαση παροχής ... (ΑΔΑΜ ...) στο ... με την προσφεύγουσα εταιρεία «...» με την διαδικασία της διαπραγμάτευσης χωρίς προηγούμενη δημοσίευση λόγω του κατεπείγοντος και διάρκεια ισχύος από 01.04.2022 και μέχρι την ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας (δηλαδή του διαγωνισμού κάτω του ορίου για την ανάθεση υπηρεσιών φύλαξης της αριθμ.... Διακήρυξης κατά της οποίας προσφεύγει η«...»). Έως σήμερα η εν λόγω εταιρεία τηρεί τους όρους της σύμβασης δίχως να αιτηθεί οιαδήποτε αύξηση στην αξία αυτής. Δεδομένης της άμεσης ανάγκης για την παροχή υπηρεσιών ..., αιτούμαστε την απόρριψη του αιτήματος της προσφεύγουσας εταιρείας: «...» περί ακύρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς και την εκτέλεση της σύμβασης που θα προκύψει.». Λαμβανομένου υπ' όψιν του γεγονότος ότι δεν υφίσταται ρητή επίκληση αδυναμίας ικανοποίησης των επίμαχων αναγκών, η εξασφάλιση των οποίων αποτελεί ευθύνη της αναθέτουσας αρχής (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 38/2011, πρβλ. Ε.Α. 1318/2009, 1105/2010), με άλλο νόμιμο τρόπο, τεκμαίρεται ότι δεν υφίστανται υπέρτεροι λόγοι δημοσίου συμφέροντος οι οποίοι δεν ανάγονται στη σφαίρα επιρροής της αναθέτουσας αρχής και να κωλύουν την παροχή αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. και αποφάσεις ΑΕΠΠ Α573/2021, Α447/2021). Περαιτέρω, πέραν του γεγονότος ότι δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από την αναθέτουσα αρχή, ως προς την ad hoc

προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της, δηλαδή, σε σχέση με τη χορήγηση προσωρινών μέτρων, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του σε περίπτωση χορήγησης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή, εν προκειμένω, ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών έχει οριστεί η 05-07-2022 ώρα 10:00 π.μ. και προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής ότι βασίμως και νομίμως προβάλλει τις επίμαχες αιτιάσεις, παρίσταται πρόδηλη η αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

10. Επειδή, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν εξίσου με την ταχεία διεξαγωγή και 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). Περαιτέρω, σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής θα ακυρωθούν ουσιώδεις όροι της Διακήρυξης, γεγονός που θα οδηγήσει σε περαιτέρω καθυστέρηση της επίμαχης σύμβασης και σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία έχει προχωρήσει σε επόμενα στάδια, θα οδηγήσει σε ανεπανόρθωτες ή δυσχερώς αναστρέψιμες καταστάσεις (πρβλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, *ENV AG κ.λπ.*, Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92-95). Σύμφωνα δε με τα ανωτέρω, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει αναμφίβολα ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι λιγότερες από τα οφέλη. Επομένως παρίσταται πρόδηλη η αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

11. Επειδή η αναστολή της εξέλιξης της εν θέματι διαγωνιστικής διαδικασίας έχει βεβαία και εύλογη για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και, πάντως, δεν απέχει από τον αποκλειστικό χρόνο 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 περάτωση αυτής.

12. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και αναγκαίο μέτρο κατά τα ως άνω είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση οριστικής απόφασης επί της υπό εξέταση προσφυγής από την Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία των ανωτέρω, το αίτημα χορήγησης αναστολής - προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής- προσωρινών μέτρων της αιτούσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ. επί της προδικαστικής προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 4 Ιουλίου 2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ