

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 20 Δεκεμβρίου 2019 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του Νομικού Προσώπου Δημοσίου Δικαίου με την επωνυμία «.....», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής «.....» ή «αναθέτουσα αρχή»].

Με την από 13.12.2019 και με ΓΑΚ/ΑΕΠΠ Προδικαστική Προσφυγή της αιτούσας, επιδιώκεται η «ακύρωση άλλως τροποποίηση» [sic] της Απόφασης/2019 της Εκτελεστικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το 1B Πρακτικό της Επιτροπής του «Ηλεκτρονικού διεθνή Διαγωνισμό με ανταγωνιστική διαδικασία διαπραγμάτευσης για την επιλογή αναδόχου για τη σύμβαση με τίτλο: “Μελέτη, κατασκευή έργων για την Α΄ ΦΑΣΗ αποκατάστασης της ΟΕΔΑ και μεταβατικής διαχείρισης αποβλήτων”.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει πως έχει καταβληθεί το ηλεκτρονικό/ε-παράβολο υπέρ Ελληνικού

Αριθμός απόφασης: Α583/2019

Δημοσίου με κωδικό, ποσού δεκαπέντε χιλιάδων ευρώ (€15.000), σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) και 5 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α΄ 64).

2. Επειδή η προσφεύγουσα ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή της με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

3. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει ασκηθεί νόμιμα και εμπρόθεσμα, μέσω ανάρτησής της την 13.12.2019 (ώρα 13:47) στον ηλεκτρονικό τόπο του Διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε μέσω ΕΣΗΔΗΣ στην προσφεύγουσα στις 05.12.2019 όπως ομολογεί αυτή (σελ. 4 Πεδίο Δ της Προσφυγής), και ότι κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου την 13.12.2019 (ώρα 13:56, βλ. αντίστοιχο ηλεκτρονικό μήνυμά της), σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361, τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθρ. 8 του ΠΔ 39/2017.

4. Επειδή η Προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων αναστολής του διαγωνισμού, νόμιμα και παραδεκτά εισάγεται ενώπιον του 8ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346, παρ. 1, 360, 361 παρ. 1 περ. (γ) δεύτερο εδάφιο, 362 παρ. 1 και 2, 363, και 366 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1, 4 παρ. 1 περ. γ) δεύτερο εδ., 5, 8 παρ. 1, 2 και 3, και 15 του ΠΔ 39/2017.

5. Επειδή, από τα στοιχεία του ηλεκτρονικού διοικητικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη Απόφαση ΕΕ 380/2019 απορρίφθηκε η Τεχνική Προσφορά της αιτούσας με το εξής αιτιολογικό: «...Σύμφωνα με το άρθρο 18.Δ. της Διακήρυξης αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι: «... Για την συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει:... γ) το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και ο αριθμός των διευθυντικών στελεχών τους (συνολικά) κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018 να είναι άνω των πενήντα (50) ατόμων.» Η ως άνω εταιρεία βάσει του

Αριθμός απόφασης: Α583/2019

κατατεθειμένου ΕΕΕΣ δηλώνει ότι: «...Αριθμός διευθυντικών Στελεχών Ο αριθμός των διευθυντικών στελεχών του οικονομικού φορέα κατά τα τελευταία τρία έτη ήταν ο εξής: ...Έτος 2016... Αριθμός: 7...» Μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό. Το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του οικονομικού φορέα κατά τα τελευταία τρία έτη ήταν το εξής: ...Έτος 2016... Αριθμός 35...» Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι δεν πληρούται η προϋπόθεση συμμετοχής, σύμφωνα με το σημείο 18.Δ.γ της Διακήρυξης που απαιτεί το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό των υποψηφίων να είναι άνω των πενήντα ατόμων για κάθε έτος, εφόσον η υποψήφια κατά το έτος 2016 διέθετε προσωπικό 42 ατόμων. Για τον λόγο αυτό συντρέχει λόγος απόρριψης της αίτησης συμμετοχής του οικονομικού φορέα...».

6. Επειδή, με την υπό κρίση Προσφυγή της, η αιτούσα στρέφεται κατά του ως άνω αιτιολογικού απόρριψης της Τεχνικής Προσφοράς της υποστηρίζοντας, ότι με την έκδοσή της παραβιάζεται: «6. Η ΑΡΧΗ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΤΟΥ ΔΗΜΟΣΙΟΥ ΣΥΜΦΕΡΟΝΤΟΣ», «7. Η ΑΡΧΗ ΤΗΣ ΔΙΑΦΑΝΕΙΑΣ», «8. ΟΙ ΑΡΧΕΣ ΤΗΣ ΚΑΛΗΣ ΠΙΣΤΗΣ ΚΑΙ ΤΗΣ ΧΡΗΣΤΗΣ ΔΙΟΙΚΗΣΗΣ» και τέλος «ΟΡΟΙ ΤΗΣ ΔΙΑΚΗΡΥΞΗΣ [και συντρέχει] – ΠΛΗΜΜΕΛΗΣ ΑΜΤΙΚΡΟΥΟΜΕΝΗ ΚΑΙ ΕΣΦΑΛΜΕΝΗ ΑΙΤΙΟΛΟΓΙΑ [αυτής]» διότι κατά τον τελευταίο όρο ακύρωσης: (σελ. 10επ.): «... Από την ίδια τη γραμματική ερμηνεία του όρου 18.Δ.γ) της Διακήρυξης, η οποία, ως κανονιστικό πλαίσιο που διέπει το διαγωνισμό δεσμεύει τόσο τους υποψηφίους όσο και την Αναθέτουσα Αρχή, κατά τα ήδη γνωστά στην Αρχή Σας και παγίως νομολογηθέντα (βλ. ΣτΕ 1415/2000 Ολ., 3634/2007 κ.ά.), όπως αυτή η ερμηνεία εξάγεται σε συνδυασμό με την γραμματική ερμηνεία της αντίστοιχης διάταξης του άρθρου 75 παρ. 4 του Ν. 4412/2016, προκύπτει ότι βούληση του συντάξαντος την διακήρυξη εν προκειμένω ήταν να μην χρησιμοποιήσει το κριτήριο του ελάχιστου ετήσιου εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και διευθυντικών στελεχών των οικονομικών φορέων για ένα, δύο ή περισσότερα έτη προ του διαγωνισμού, κατά τη διατύπωση του νόμου, αλλά να διαγνώσει την ικανότητα και επάρκεια ενός οικονομικού φορέα να ανταπεξέλθει στις απαιτήσεις της

Αριθμός απόφασης: Α583/2019

σύμβασης βάσει του μέσου ετήσιου εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και διευθυντικών στελεχών του εντός μιας χρονικής περιόδου την οποία προσδιόρισε στην τριετία. Με άλλα λόγια, η Αναθέτουσα Αρχή, αξιοποιώντας την διακριτική της ευχέρεια να θέσει κριτήριο τεχνικής επαγγελματικής επάρκειας των υποψηφίων, άσκησε την αρμοδιότητά της αυτή δια της θέσπισης σχετικού ειδικού όρου στην διακήρυξη, η τήρηση κατ' αρχάς του οποίου δεν ανήκει στην διακριτική ευχέρειά της πλέον, αλλά συνιστά δέσμια αρμοδιότητά της. Περιεχόμενο περαιτέρω του όρου αυτού δεν είναι ένας ελάχιστος ετήσιος αριθμός εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και διευθυντικών στελεχών, ήτοι αριθμός εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και διευθυντικών στελεχών ενός εκάστου εκ των τριών τελευταίων ετών, τουλάχιστον ίσου με μια προκαθορισμένη ελάχιστη τιμή, αλλά ο μέσος όρος του εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και διευθυντικών στελεχών κατά τη διάρκεια μιας περιόδου, ήτοι της τριετίας. Κατά την μόνη υπαρκτή και γνωστή από τα διδάγματα της κοινής πείρας έννοια του όρου «μέσος», αυτός οριοθετείται ως η δειγματική μέση τιμή ενός συνόλου παρατηρήσεων και ορίζεται ως το άθροισμα των παρατηρήσεων δια του πλήθους αυτών. Είναι δηλαδή η μαθηματική πράξη ανεύρεσης της «μέσης απόστασης» ανάμεσα σε δύο ή περισσότερους αριθμούς προκύπτουσα ως το πηλίκο της διαίρεσης του αθροίσματος αριθμών με τον αριθμό που αντιπροσωπεύει το πλήθος τους (Γ. Μπαμπινιώτη, Λεξικό της Νέας Ελληνικής Γλώσσας, υπό το λήμμα «μέσος», σελ. 1084). Εν προκειμένω, βάσει της διατύπωσης του άνω όρου της διακήρυξης και της απόδοσης αυθύπαρκτου περιεχομένου και υπόστασης στον όρο «μέσος» που χρησιμοποιείται όντως από την διακήρυξη, μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και διευθυντικών στελεχών της τελευταίας τριετίας είναι κατ' αρχάς ένα μέγεθος και όχι τρία και ορίζεται ως το πηλίκο της διαίρεσης του αθροίσματος των τριών ετήσιων αριθμών σε αυτή την περίοδο (δηλαδή αριθμός έτους 2016 + αριθμός έτους 2017 + αριθμός έτους 2018) με τον αριθμό που αντιπροσωπεύει το πλήθος τους (δηλαδή με το 3). Οποιαδήποτε άλλη θεώρηση της διάταξης αυτής της διακήρυξης, δυνάμει της οποίας δεν αναζητάται ο μέσος όρος των ετήσιων

Αριθμός απόφασης: Α583/2019

αριθμών την τελευταία τριετία, ώστε το ένα αυτό νούμερο να είναι τουλάχιστον ίσο με το ελάχιστο απαιτούμενο ύψος, αλλά συγκρίνεται έκαστος ατομικά αριθμός κάθε έτους εντός της επίμαχης τριετίας με το ελάχιστο απαιτούμενο αριθμό, παραβιάζει ρητό όρο της διακήρυξης, όπως αυτός διατυπώνεται στο άρθρο 18.Δ.γ) αυτής καθώς διαγράφει από αυτόν σαφώς και ρητώς προσδιορισμένη λέξη (τη λέξη «μέσο» από τη φράση «μέσο ετήσιο») και εξομοιώνει αυτή με τον όρο όπως θα ήταν αν δεν υπήρχε η επίμαχη λέξη (οπότε και η διατύπωση του σχετικού όρου της διακήρυξης θα ήταν «ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και διευθυντικών στελεχών» την τελευταία τριετία). Υπό το πρίσμα των ανωτέρω, η Επιτροπή Διαγωνισμού και ακολούθως η προσβαλλόμενη απόφαση που υιοθέτησε το Πρακτικό της Επιτροπής εγκρίνοντάς το, έσφαλαν κρίνοντας ότι η εταιρεία μας «.....» δεν κάλυπτε τον ελάχιστο απαιτούμενο αριθμό ετήσιου εργατοϋπαλληλικού δυναμικού, ήτοι τον αριθμό των 50, για το έτος 2016 (οπότε και αντίστοιχος αριθμός της ήταν 42) και το κάλυπτε για τα έτη 2017 και 2018 (οι αριθμοί εκάστου έτους ήταν 60 και 83 αντίστοιχα). Και τούτο διότι, το πηλίκο της διαίρεσης του αθροίσματος των τριών ετών της εταιρείας μας στην κρίσιμη τριετία με τον αριθμό που αντιπροσωπεύει το πλήθος τους ($83 + 60 + 42 = 185 : 3$), ήτοι ο αριθμός 61,66, είναι αφενός το μοναδικό μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό της τριετίας αυτή αφετέρου μέγεθος αριθμητικά μεγαλύτερο του ελάχιστου απαιτούμενου των 50 ατόμων που ορίζει η διακήρυξη...».

7. Επειδή, δυνάμει της Πράξης 1937 της 19.12.2019 του Προέδρου του κρίνοντος Κλιμακίου ζητήθηκε από την, καθής η Προσφυγή, αναθέτουσα αρχή, «να αποστείλει της Απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής-εκτέλεσης προσωρινών μέτρων μέχρι την Παρασκευή [20 Δεκεμβρίου] 13:00μ.μ.» επί της οποίας απάντησε δια του από 20.12.2019 (ώρα 06:58μ.μ.) ηλεκτρονικού μηνύματός της επισυνάπτοντας το από 20.12.2019 «Υπόμνημα (Απόψεις αναθέτουσας αρχή)», όπως υπογράφεται από τους πληρεξούσιους Δικηγόρους αυτής (βλ. σχετικώς την Απόφαση /2019 εκ του Αποσπάσματος Πρακτικού της από 18.12.2019 Κατεπείγουσας Συνεδρίασής της Εκτελεστικής

Επιτροπής του, με θέμα: «Λήψη απόφασης για την ανάθεση εξειδικευμένων νομικών υπηρεσιών»), δια της οποίας αντιτείνουν τα εξής (σελ. 7-11): «Η προσφεύγουσα [υποστηρίζει] ότι κατά την έννοια του ανωτέρου όρου 18.Δ.γ) της Διακήρυξης, το απαιτούμενο μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό αποτελεί το μέσο όρο του απασχολούμενου από τους διαγωνιζόμενους προσωπικού των ετών 2016, 2017, 2018. Ωστόσο η ερμηνεία αυτή έρχεται ευθέως σε αντίθεση με τη γραμματική διατύπωση του όρου: ο όρος δεν αναφέρεται ούτε σε «μέσο όρο» ούτε σε μέσο δυναμικό «των ετών 2016, 2017 και 2018», ώστε να δύναται ερμηνευτικά να συναχθεί ότι η απαίτηση αφορά τον μέσο όρο των ετών 2016-2018. Εξάλλου, ο όρος «μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό» έχει καθιερωθεί στη συναλλακτική πρακτική της λειτουργίας των επιχειρήσεων και στους σχετικούς με τη λειτουργία των επιχειρήσεων κανόνες της επιστήμης με συγκεκριμένη έννοια που αποτυπώνεται και στο νόμο. Ειδικότερα: Στην ΠΟΑ.1003/31.12.2014 «Παροχή οδηγιών για την εφαρμογή των διατάξεων του ν. 4308/2014 (ΦΕΚ Α' 251) περί των «Ελληνικών Λογιστικών Προτύπων, συναφείς ρυθμίσεις και άλλες διατάξεις», και συγκεκριμένα στο άρθρο 2, παρ. 2.4 και 2.5 αναφέρονται τα εξής: «2.4 Σκοπός των κριτηρίων του άρθρου 2, σύμφωνα και με τις σχετικές διατάξεις της Οδηγίας, 2013/34/ΕΕ είναι η κατάταξη των οντοτήτων σε κατηγορίες μεγέθους, ανάλογα με την οικονομική τους σημασία. Ο μέσος όρος του προσωπικού υπολογίζεται στη βάση πλήρους απασχόλησης σε ημερήσια και ετήσια βάση, για όλους τους εργαζόμενους που έχουν ή τεκμαίρεται ότι έχουν εργασία έμμισθης απασχόλησης. Συγκεκριμένα, περιλαμβάνονται οι έχοντες έμμισθη σχέση αλλά και τα πρόσωπα που απασχολούνται με σχέση που εξομοιώνεται με έμμισθη εργασία, όπως δικηγόροι, λογιστές ή μηχανικοί όταν είναι πλήρους απασχόλησης και ανεξάρτητα του τρόπου που αμείβονται (π.χ. με τιμολόγιο). Συμπεριλαμβάνονται επίσης οι απασχολούμενοι με μίσθωση από άλλη οντότητα καθώς και οι ιδιοκτήτες επιχειρηματίες, εφόσον απασχολούνται στην οντότητα και αμείβονται από αυτή. Διευκρινίζεται ότι δεν λαμβάνονται υπόψη εκπαιδευόμενοι και σπουδαστές που απασχολούνται με

Αριθμός απόφασης: Α583/2019

συμβάσεις εκπαίδευσης και κατάρτισης, καθώς και εργαζόμενοι που έχουν λάβει γονική άδεια. 2.5 Αναφορικά με τον υπολογισμό του μέσου όρου προσωπικού, ποσοστά μικρότερα του 0,5 στρογγυλοποιούνται προς τα κάτω και ποσοστά μεγαλύτερα του 0,5 στρογγυλοποιούνται προς τα πάνω. Για παράδειγμα, μια οντότητα απασχολεί 5 άτομα σε πλήρη απασχόληση, 2 άτομα με εποχιακή απασχόληση 5 μηνών αλλά πλήρους ημερήσιας απασχόλησης και 7 άτομα πλήρους ετήσιας απασχόλησης αλλά μερικής ημερήσιας απασχόλησης τριών ωρών, καθώς και έναν επαγγελματία πλήρους απασχόλησης που αμείβεται με τιμολόγιο. Ο μέσος όρος του προσωπικού που απασχολήθηκε στην περίοδο είναι $(5 \cdot 12/12) + (2 \cdot 5/12) + (7 \cdot 12/12 \cdot 3/8) + 1 = 9.46$ και για την στρογγυλοποίηση 9 (σε ισοδύναμες μονάδες ετήσιας απασχόλησης)». Σύμφωνα με τα ανωτέρω η στρογγυλοποίηση γίνεται στον τελικό αριθμό που προκύπτει σε ετήσια βάση, βάσει του μέσου όρου για την κάθε χρονική περίοδο εντός του έτους και όχι για ένα σύνολο ετών. Είναι λοιπόν σαφές ότι το «μέσο ετήσιο εργατικό-υπαλληλικό δυναμικό» αποτελεί όρο με συγκεκριμένη έννοια και περιεχόμενο, καθιερωμένο στην επιστήμη και στις συναλλαγές και ως εκ τούτου γνωστό στον μέσο συναλλασσόμενο επιμελή και αρκούντως ενημερωμένο διαγωνιζόμενο. Λόγω ακριβώς της καθιερωμένης στις συναλλαγές έννοιας του όρου, είναι σαφέστατο από τη διατύπωση της Διακήρυξης ότι η λέξη «μέσο» αναφέρεται και συνδέεται με το «ετήσιο» εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και όχι με «μέσο όρο» ετών όπως αβάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Επομένως, το κρίσιμο εν προκειμένω σημείο, δεν είναι τι σημαίνει η λέξη «μέσος», όπως επιχειρεί να μας διδάξει η προσφεύγουσα, καταφεύγοντας σε λήμματα λεξικών, αφού είναι εκ προοιμίου κατανοητή σε οποιονδήποτε άνθρωπο που διαθέτει κοινή λογική, αλλά πώς συνδέεται συντακτικά με τις υπόλοιπες λέξεις, προκειμένου να σχηματίσει ένα συγκεκριμένο όρο γνωστό στις συναλλαγές, το νόημα του οποίου όχι μόνο είναι καθιερωμένο στις συναλλαγές αλλά αποτυπώνεται και στο νόμο (ανωτέρω ΠΟΛ.). Έτσι, η λέξη «μέσος» συνδέεται με την επόμενη λέξη «ετήσιο» και όχι με τον χρονικό προσδιορισμό «κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018», όπως προσπαθεί με εντυπωσιακά, πλην άκυρα,

άλματα συντακτικής λογικής να δείξει η προσφεύγουσα. Η δε ως άνω φράση της διακήρυξης «κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018», όπως είναι δομημένη, δηλώνει σαφώς ότι ο μέσος όρος αυτός ζητείται για κάθε έτος ξεχωριστά, με την παρατακτική σύνδεση όμοιων αλλά ανεξάρτητων εννοιών, χρησιμοποιώντας το κόμμα και τον σύνδεσμο «και». Αντιθέτως, αν το ζητούμενο ήταν ο μέσος όρος των ετών αυτών, όπως αυθαίρετα μας καλεί να υιοθετήσουμε η προσφεύγουσα, η διατύπωση θα γινόταν σε γενική (δηλ. μέσο δυναμικό «των ετών 2016,2017 και 2018»), είτε θα είχε χρησιμοποιηθεί η λέξη «τριετία», όπως πολλακίς αναφέρεται στην προδικαστική προσφυγή της , κάθε φορά που εναγωνίως προσπαθεί να επιβάλει την ερμηνεία της για τον υπό κρίση όρο και να τον φέρει στα μέτρα της... Τέλος, η προσπάθεια αποκοπής της λέξης «μέσος» από τις υπόλοιπες λέξεις και η αποσιώπηση των επακόλουθων νοηματικών και συντακτικών σχέσεων είναι σε επίπεδο λογικής διεργασίας ανεπίτρεπτη έως σκόπιμη ... Εξάλλου, η επικαλούμενη 786/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ είναι παντελώς άσχετη με την εδώ εξεταζόμενη περίπτωση και επακόλουθα παραπλανητική για τη διαμόρφωση κρίσης, αφού στον επικαλούμενο εκεί όρο της διακήρυξης, αναφέρεται «Κάθε προσφέρων πρέπει να διαθέτει: (α) να έχει τις τρεις τελευταίες εκκαθαρισμένες οικονομικές χρήσεις μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών από εκπόνηση μελετών και παροχή τεχνικών και λοιπών συναφών υπηρεσιών μεγαλύτερο ή ίσο από το 50% της προεκτιμώμενης αμοιβής της σύμβασης (χωρίς ΦΠΑ)» (σκέψη 14), και συνεπώς εύλογα, όπως εκρίθη, ζητείται ο μέσος όρος της τριετίας, αφού ο ετήσιος κύκλος εργασιών δεν μπορεί να έχει μέσο όρο, όπως ισχύει για το προσωπικό κατά τα ανωτέρω, αφού αυτός προκύπτει μόνο από το άθροισμα των οικονομικών στοιχείων. Ελλείπει δηλαδή, όπως διδαχθήκαμε στην προδικαστική προσφυγή από το λήμμα του Λεξικού του της Νέας Ελληνικής Γλώσσας του Γ. Μπαμπινιώτη, ο αριθμός που αντιπροσωπεύει το πλήθος των αριθμών με τον οποίο θα διαιρέσουμε το άθροισμά τους για να προκύψει το πηλίκο που αντιστοιχεί στον μέσο όρο. Για το λόγο αυτό ορίστηκε στην εκεί παρατιθέμενη διακήρυξη η τριετία, προκειμένου να χρησιμοποιηθεί στην

ανεύρεση της μέσης τιμής, επομένως ο εκεί αναφερόμενος όρος «μέσο» αντιστοιχεί ορθώς στον χρονικό προσδιορισμό και όχι στον ετήσιο κύκλο εργασιών. Από το σύνολο των όσων ανωτέρω αναφέρονται, αβίαστα προκύπτει το συμπέρασμα ότι ουδεμία ασάφεια υπάρχει ως προς τον υπό εξέταση όρο της διακήρυξης...». Τέλος δε η αναθέτουσα αρχή επικαλείται τη, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 363 παρ. 3 Ν. 4412/2016, εξαιρετική εξουσία που έχει απονείμει ο διοικητικός νομοθέτης του Δικαίου Ανάθεσης των Δημοσίων Συμβάσεων, ήτοι τη δυνατότητα μη χορήγησης της αιτούμενης αναστολής «για λόγους δημοσίου συμφέροντος» με τα εξής νομικά επιχειρήματα (σελ. 11-13 της Έκθεσης Απόψεων): Α) «Υπάρχουν σοβαροί, επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος που συνίστανται στην Προστασία του Περιβάλλοντος και της Δημόσιας Υγείας. Συγκεκριμένα στον ΧΥΤΑ καταλήγουν σήμερα σε ετήσια βάση περί τους 2 εκ. τόνοι αστικών στερεών αποβλήτων που συλλέγονται από τους δήμους της μεγαλύτερης πληθυσμιακά περιφέρειας της χώρας. Η εναπομείνασα χωρητικότητα του ΧΥΤΑ επαρκεί, σύμφωνα με τις πιο πρόσφατες ογκομετρήσεις, για την τελική διάθεση αποβλήτων για ένα ακόμη έτος. Το γεγονός της εξάντλησης των διαθέσιμων χώρων ταφής εντός έτους είναι παγκοίμως γνωστό μετά την ευρεία δημοσιότητα που έλαβε το θέμα κατά τις προγραμματικές δηλώσεις του Υπουργού Εσωτερικών στην εθνική αντιπροσωπεία... το έργο αυτό αποτελεί τη μοναδική λύση για τη διαχείριση των αποβλήτων στην Αττική μετά την παρέλευση αυτού του εναπομείναντος έτους και για διάστημα δύο ετών, οπότε εκτιμάται ότι θα έχουν εν τω μεταξύ αρχίσει να λαμβάνουν σάρκα και οστά οι προβλέψεις του ΠΕΣΔΑ και να αποδίδουν δράσεις ανακύκλωσης και διαλογής στην πηγή». Β) «Για τον λόγο αυτό άλλωστε στη διακήρυξη του έργου, στο Παράρτημα Ι χαραχτηκε ένα ιδιαίτερα αυστηρό χρονοδιάγραμμα των παραδοτέων της σύμβασης που περιλαμβάνει την ταχύτερη δυνατή εξασφάλιση των αδειών και εγκρίσεων και την σταδιακή παράδοση χώρων ταφής από τον ανάδοχο της σύμβασης. Ειδικότερα σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης ο ανάδοχος θα πρέπει να εκπονήσει μελέτη εφαρμογής μέσα σε 3 μήνες από την

Αριθμός απόφασης: Α583/2019

υπογραφή της σύμβασης και το μέγιστο μέσα σε 4 μήνες από την έναρξη των εργασιών θα πρέπει να έχει παραδώσει χώρο για την ταφή των αποβλήτων. Αυτό σημαίνει ότι η δημοπρατούμενη διαδικασία θα πρέπει να ολοκληρωθεί το συντομότερο δυνατό, καθώς τυχόν καθυστερήσεις είναι δυνατόν να προξενήσουν σοβαρότατες συνέπειες για το Περιβάλλον και τη Δημόσια Υγεία, αφού τα περιθώρια είναι ασφυκτικά». Γ) «Πρέπει να επισημανθεί ότι καθώς η υλοποίησή του έργου θα γίνει με τη διαδικασία της Ανταγωνιστικής Διαπραγμάτευσης, τούτο σημαίνει ότι η ανάθεση θα διεξαχθεί σε δύο στάδια... Εάν ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία πριν εκκινήσει η Β' Φάση της διαγωνιστικής διαδικασίας (πρόσκληση για υποβολή προσφορών), τότε η εκτροπή από τα χρονοδιαγράμματα θα πρέπει να θεωρείται δεδομένη και το αδιέξοδο στη διαχείριση των αποβλήτων της βέβαιο. Αυτόθροος συνέπεια της έλλειψης χώρων για την ταφή των αποβλήτων θα είναι η αδυναμία αποκομιδής απορριμμάτων και η συσσώρευσή τους στους δρόμους. Η οποιαδήποτε περιγραφή του ενδεχομένου αυτού δεν είναι ικανή να αποτυπώσει τις εικόνες που θα παρουσιαστούν στους δρόμους, ιδίως αν αναλογιστεί κανείς ότι στην Αττική παράγονται απόβλητα σχεδόν του μισού πληθυσμού της χώρας με αποτέλεσμα η παραμονή και σύρρευση απορριμμάτων στο άστυ σε χρόνο πέραν του συνήθους να είναι ικανή να προκαλέσει σοβαρές ανθυγιεινές εστίες για τη δημόσια υγεία και το περιβάλλον. Εξίσου σοβαρές και δυσχερώς αντιστρεπτές θα είναι οι επιπτώσεις και στην Εθνική μας Οικονομία, καθώς όπως είναι γνωστό η αποτελεί έναν από τους πλέον δημοφιλείς τουριστικούς προορισμούς, συμμετέχουσα εξ αυτής της αιτίας σημαντικά στο ΑΕΠ της χώρας, καθώς περιλαμβάνει αρχαιολογικά μνημεία παγκοσμίου ακτινοβολίας και εμβέλειας ως λίκνο του Δυτικού Πολιτισμού. Τυχόν διασάλευση της αποκομιδής των απορριμμάτων και σύρρευσης αυτών επί μακράν στους δρόμους θα εκπέμψει αρνητικές εικόνες σε ολόκληρο τον κόσμο, η δε αυτή αρνητική εικόνα της θα λειτουργήσει αποτρεπτικά σε όσους επιθυμούν να την επισκεφθούν». Το κρίνον Κλιμάκιο επισημαίνει, πάντως, τη μη προσκόμιση αποδεικτικών εγγράφων τα οποία θα μπορούσαν να υποστηρίξουν τη νομική

βασιμότητα της εξαιρετικής πράγματι διάταξης του άρθρου 363 παρ. 3 Ν. 4412/2016 προς απόρριψη του αιτήματος αναστολής, ανεξαρτήτως ότι το Δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων εξίσου επιτάσσει τον εξεταστικό έλεγχο της νομιμότητας κατά τη διαδικασία ανάθεσης των συμβάσεων αυτών προς υπεράσπιση του δημοσίου χρήματος.

8. Επειδή, στο άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

9. Επειδή, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 του ν. 4412/2016: «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 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. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δε θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

10. Επειδή, όπως προκύπτει και από την Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4412/2016 για το άρθρο 366, 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.

11. 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. Ωστόσο, δε 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 την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αμφισβητούμενων δικαιωμάτων του προσφεύγοντος 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, τα ανωτέρω, άλλωστε, ισχύουν και κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010, ΦΕΚ Α΄ 173) αναφορικά με το σύστημα παροχής 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, παράβασης διατάξεων του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

13. Επειδή για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας των ισχυρισμών-αιτιάσεων όπως προβάλλεται από την αιτούσα, απαιτείται ενδελεχής εξέταση του σχηματισθέντος φακέλου σε ενδικοφανές επίπεδο, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία.

14. Επειδή, α) η υπό κρίση Προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως अपαράδεκτη, β) ενδέχεται να υφίσταται βλάβη της αιτούσας από την προσβαλλόμενη πράξη, γ) οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία (αναστολή) δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη διάρκεια, δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, 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.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η εκτέλεση της Απόφασης 380/2019 της Εκτελεστικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής πρέπει να γίνει δεκτή εν όλω.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

Αριθμός απόφασης: Α583/2019

Διατάσσει την αναστολή της εκτέλεσης τη Απόφασης .../2019 της Εκτελεστικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής εκδοθείσα κατά τη διαδικασία ανάθεσης του «Ηλεκτρονικού διεθνή Διαγωνισμός με ανταγωνιστική διαδικασία διαπραγμάτευσης για την επιλογή αναδόχου για τη σύμβαση με τίτλο: “Μελέτη, κατασκευή έργων για την α’ φάση αποκατάστασης της ΟΕΔΑ και μεταβατικής διαχείρισης αποβλήτων”», καθώς και διαγωνιστική διαδικασία μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 20 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Βασιλική Κωστή