

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Ιανουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος-Εισηγητής, Σταυρούλα Κουρή και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων της από 5-1-2018 Προδικαστικής Προσφυγής με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/17/8-1-2018 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) VI/3/8-1-2018 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», διακριτικός τίτλος «... νομίμως εκπροσωπούμενου

Κατά της αναθέτουσας αρχής «ΓΕΝΙΚΟ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟ ΘΕΣΣΑΛΟΝΙΚΗΣ ΙΠΠΟΚΡΑΤΕΙΟ», νομίμως εκπροσωπούμενης

Με την προδικαστική προσφυγή ο αιτών ζητά να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αριθ. 160/2017 διακήρυξη ηλεκτρονικής ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση με χρήση της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ, για την ανάθεση «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΔΙΑΝΟΜΗΣ ΚΑΙ ΠΑΡΑΣΚΕΥΗΣ ΦΑΓΗΤΟΥ» ΤΟΥ ΝΟΣΟΚΟΜΕΙΟΥ (CPV 553220000-3), ΠΡΟΫΠΟΛΟΓΙΖΟΜΕΝΗΣ ΔΑΠΑΝΗΣ 127.980,00 ΕΥΡΩ ΧΩΡΙΣ Φ.Π.Α. ΓΙΑ ΕΞΙ (6) ΜΗΝΕΣ, του Γενικού Νοσοκομείου Θεσσαλονίκης «Ιπποκράτειο», προκειμένου να αναμορφωθεί το ποσό της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, ώστε να καταστεί επαρκές για την πλήρη κάλυψη του κόστους εκτέλεσης αυτής, αλλά και να καταλείπει εύλογο περιθώριο εργολαβικού κέρδους για τον ανάδοχο. Συγχρόνως, με το συνημμένο στην προδικαστική προσφυγή αίτημα αναστολής-προσωρινών μέτρων του, ο αιτών επιδιώκει να ανασταλεί η πρόοδος της διαδικασίας της διαπραγμάτευσης, ιδίως δε η αποσφράγιση των προσφορών, η αξιολόγηση αυτών και η επιλογή αναδόχου, μέχρι την έκδοση

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας προσφυγής ή, άλλως, να οριστούν όποια μέτρα κρίνει κατάλληλα η Αρχή. Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Πρόεδρο-Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η παρούσα εξέταση ερείδεται επί της κατατεθείσας την 5-1-2018 Προσφυγής κατά εκτελεστής πράξεως της αναθέτουσας και συγκεκριμένα κατ' άρ. 29 παρ. 1 Ν. 4412/2016 προκήρυξης ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, ήτοι κανονιστικής πράξεως με την οποία εκκινείται το προσυμβατικό στάδιο. Τούτο προκύπτει κατ' άρ. 29 Ν. 4412/2016 όπου προβλέπεται ότι «1. Στις ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας μπορεί να υποβάλλει αίτηση συμμετοχής στο πλαίσιο προκήρυξης διαγωνισμού που περιλαμβάνει τις πληροφορίες που ορίζονται στα Μέρη Β' και Γ' του Παραρτήματος V του Προσαρτήματος Α', παρέχοντας τις πληροφορίες για την ποιοτική επιλογή που ζητούνται από την αναθέτουσα αρχή. Στα έγγραφα της σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές: α) καθορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης, περιγράφοντας τις ανάγκες τους και τα χαρακτηριστικά που απαιτούνται για τα αγαθά, τα έργα ή τις υπηρεσίες της σύμβασης, β) προσδιορίζουν τα κριτήρια ανάθεσης της σύμβασης, γ) αναφέρουν ποια στοιχεία της περιγραφής ορίζουν τις ελάχιστες απαιτήσεις που πρέπει να πληρούν όλες οι προσφορές. Οι παρεχόμενες πληροφορίες είναι επαρκώς προσδιορισμένες, ώστε οι οικονομικοί φορείς να μπορούν να προσδιορίσουν τη φύση και το εύρος του αντικειμένου της σύμβασης και να αποφασίσουν αν θα ζητήσουν να συμμετάσχουν στη διαδικασία. Η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των αιτήσεων συμμετοχής ανέρχεται σε 30 ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης της σύμβασης ή, εάν ως μέσο προκήρυξης του διαγωνισμού χρησιμοποιείται η προκαταρκτική προκήρυξη, από την ημερομηνία αποστολής της πρόσκλησης επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος. Η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των αρχικών προσφορών ανέρχεται σε 30 ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της πρόσκλησης. Κατά τα λοιπά εφαρμόζονται οι διατάξεις των παραγράφων 3 έως 7 του

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

άρθρου 28. 2. Αρχική προσφορά, η οποία αποτελεί τη βάση των επακόλουθων διαπραγματεύσεων, μπορούν να υποβάλλουν μόνον οι οικονομικοί φορείς που έχουν προσκληθεί από την αναθέτουσα αρχή, κατόπιν της αξιολόγησης των πληροφοριών που έχουν παρασχεθεί. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να περιορίζουν τον αριθμό των κατάλληλων υποψηφίων, οι οποίοι προσκαλούνται να συμμετάσχουν στη διαδικασία, σύμφωνα με το άρθρο 84. 3. Εάν δεν ορίζεται άλλως στην παράγραφο 5, οι αναθέτουσες αρχές διαπραγματεύονται με τους προσφέροντες τις αρχικές και όλες τις επακόλουθες προσφορές που υποβάλλουν, εξαιρουμένης της τελικής προσφοράς κατά την έννοια της παραγράφου 8, με σκοπό τη βελτίωση του περιεχόμενου τους. Οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα κριτήρια ανάθεσης δεν υπόκεινται σε διαπραγματεύσεις. 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αναθέτουν συμβάσεις με βάση τις αρχικές προσφορές χωρίς διαπραγμάτευση, εφόσον έχουν αναφέρει στην προκήρυξη της σύμβασης ή στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος ότι διατηρούν τη δυνατότητα να το πράξουν. 5. Κατά τη διάρκεια των διαπραγματεύσεων, οι αναθέτουσες αρχές εξασφαλίζουν την ίση μεταχείριση όλων των προσφερόντων. Για το σκοπό αυτό οι αναθέτουσες αρχές:... γ) παρέχουν, μετά τις αλλαγές αυτές, επαρκές χρονικό διάστημα στους προσφέροντες, ώστε να τροποποιήσουν και να επανυποβάλουν τροποποιημένες προσφορές, κατά περίπτωση. Σύμφωνα με το άρθρο 21, οι αναθέτουσες αρχές δεν αποκαλύπτουν στους λοιπούς συμμετέχοντες εμπιστευτικές πληροφορίες που έχουν διαβιβαστεί από υποψήφιο ή προσφέροντα που συμμετέχει στις διαπραγματεύσεις, χωρίς την έγγραφη συναίνεσή του. Η εν λόγω συναίνεση δεν λαμβάνει τη μορφή γενικής παραίτησης, αλλά παρέχεται σχετικά με την προτιθέμενη γνωστοποίηση των συγκεκριμένων πληροφοριών. 6. Οι ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση μπορούν να διεξάγονται σε διαδοχικές φάσεις, ούτως ώστε να μειώνεται ο αριθμός των προς διαπραγμάτευση προσφορών με την εφαρμογή των κριτηρίων ανάθεσης που ορίζονται στην προκήρυξη της σύμβασης, στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος ή σε άλλο έγγραφο της σύμβασης. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει αν θα κάνει χρήση της δυνατότητας αυτής στην προκήρυξη της σύμβασης, στην πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος ή σε άλλο έγγραφο της σύμβασης. 7. Όταν η αναθέτουσα αρχή σκοπεύει να ολοκληρώσει τις διαπραγματεύσεις, ενημερώνει

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

τους εναπομείναντες προσφέροντες και ορίζει κοινή προθεσμία για την υποβολή τυχόν νέων ή αναθεωρημένων προσφορών. Επαληθεύει ότι οι τελικές προσφορές πληρούν τις ελάχιστες απαιτήσεις και συμμορφώνονται με τις διατάξεις του άρθρου 71, αξιολογεί τις τελικές προσφορές, βάσει των κριτηρίων ανάθεσης και αναθέτει τη σύμβαση, σύμφωνα με τα άρθρα 85 έως 89. 8. Κατά παρέκκλιση των ως άνω οριζόμενων προθεσμιών, ειδικά στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων, ισχύουν οι προθεσμίες του άρθρου 121. ». Κατά το δε άρ. 121 παρ. 1 περ. β' ορίζεται ότι «Στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων κάτω των ορίων τηρούνται οι ακόλουθες προθεσμίες: β) Στην κλειστή διαδικασία και στην ανταγωνιστική διαδικασία με διαπραγμάτευση, η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των αιτήσεων συμμετοχής ανέρχεται σε δεκαπέντε (15) ημέρες από την ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης της σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ και η ελάχιστη προθεσμία παραλαβής των προσφορών των οικονομικών φορέων που έχουν προεπιλεγεί για την υποβολή προσφοράς ανέρχεται σε δέκα (10) ημέρες από την ημερομηνία αποστολής της πρόσκλησης υποβολής προσφοράς προς τους προεπιλεγέντες.». Εξάλλου, κατ' άρ. 120 παρ. 1 Ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «Για συμβάσεις κάτω των ορίων, ως χρόνος έναρξης της ανοικτής διαδικασίας, της κλειστής διαδικασίας και της ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, του ανταγωνιστικού διαλόγου και της σύμπραξης καινοτομίας, νοείται η ημερομηνία δημοσίευσης της προκήρυξης σύμβασης στο ΚΗΜΔΗΣ, σύμφωνα με το άρθρο 66». Εν προκειμένω, προσβάλλεται η προκήρυξη της Ανταγωνιστικής Διαδικασίας με Διαπραγμάτευση, με βάση τη χαμηλότερη τιμή της εγχώριας αγοράς και σύμφωνα με τις διατάξεις του Ν. 4412/2016, σε συνέχεια της υπ' αριθ. 983/19.12.2017 απόφασης της Διοικήτριας του Νοσοκομείου (ΑΔΑ: ΨΤΛΑ469067-6ΑΕ) σχετικά με τη διενέργεια ηλεκτρονικής ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση μέσω ΕΣΗΔΗΣ κατ' άρ. 29 Ν. 4412/2016, με τεχνικές προδιαγραφές σε εφαρμογή του ΠΠΥΥ 2014 εγκριθείσες με την υπ' αρ. 84/14-6-2016 Απόφαση Επιτροπής Προμηθειών Υγείας για την ανάθεση των υπηρεσιών διανομής και παρασκευής φαγητού του Νοσοκομείου, με αριθμό εργαζομένων δεκαέξι (16) τραπεζοκόμους (επτά 8ωρης απασχόλησης και εννιά 4ωρης απασχόλησης), δύο (2) μαγείρους 6ωρης απασχόλησης και δύο (2) βοηθητικό προσωπικό μαγείρων 6ωρης

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

απασχόλησης, για έξι (6 μήνες), προϋπολογιζόμενης δαπάνης 127.980,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ και 158.695,20 ευρώ με Φ.Π.Α. 24% που βαρύνει τον προϋπολογισμό του Νοσοκομείου καθώς και την υπ' αριθ. 4440/20-12-2017 Απόφαση Ανάληψης Υποχρέωσης (ΑΔΑ:6ΧΡ8469067-ΝΨΓ).

2. Επειδή, ειδικότερα, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι στην παραπάνω προκήρυξη περιέχονται όροι, που έχουν τεθεί κατά παράβαση των κανόνων του εσωτερικού και ενωσιακού δικαίου και δεν επιτρέπουν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, αφού, με βάση τις απαιτήσεις της αναθέτουσας Αρχής για τον αριθμό και το χρόνο απασχόλησης του προσωπικού του αναδόχου, αλλά και τις λοιπές δαπάνες που βαρύνουν τον ανάδοχο, όπως τα στοιχεία αυτά προκύπτουν από τα οριζόμενα στις τεχνικές προδιαγραφές, ο προϋπολογισμός της διακήρυξης δεν επαρκεί για την κάλυψη του κόστους εκτέλεσης της σύμβασης, με συνέπεια να εμποδίζεται ή, άλλως, να δυσχεραίνεται ουσιαστικά η συμμετοχή του στον διαγωνισμό με την υποβολή προσφοράς η οποία να ανταποκρίνεται στις διατάξεις του νόμου, ενώ, σε κάθε περίπτωση, καλείται να συμμετάσχει σ' αυτόν κάτω από εξαιρετικά δυσμενείς για τον προσφεύγοντα προϋποθέσεις. Αιτιάζεται ότι οι όροι 1, 4, 8, 9, 10, 12, 13 και 14, οι όροι του Παραρτήματος Α'-ΤΕΧΝΙΚΕΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ-ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΖΗΤΟΥΜΕΝΩΝ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ 2.α, 2.β, 3, οι όροι του Παραρτήματος Β'-ΣΧΕΔΙΟ ΣΥΜΒΑΣΗΣ άρ. 6, 7, ως και οι συναφείς όροι του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Γ'-ΤΕΥΔ..ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΕΓΓΥΗΤΙΚΗΣ ΕΠΙΣΤΟΛΗΣ ΚΑΛΗΣ ΕΚΤΕΛΕΣΗΣ, αλλά και όπως προκύπτει από την απολύτως συναφή διάταξη του άρθρου 68 παρ. 1 του Ν. 3863/2010, καθίσταται σαφές ότι ο ανάδοχος, όπως είναι εύλογο, υποχρεούται να τηρεί απαρέγκλιτα τις διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας και να καταβάλει στο απασχολούμενο προσωπικό εστίασης και διανομής φαγητού το σύνολο των αποδοχών που δικαιούται, πλέον των αναλογουσών ασφαλιστικών εισφορών, να παρέχει τις νόμιμες άδειες και γενικά να συμμορφώνεται προς τις υποχρεώσεις του, ως εργοδότη, έναντι των υπαλλήλων του. Παράλληλα, εκτός από τις αποδοχές του προσωπικού και τις αναλογούσες επ' αυτών ασφαλιστικές εισφορές, το ποσό της οικονομικής προσφοράς πρέπει να είναι επαρκές για την καταβολή των νόμιμων κρατήσεων, με τις οποίες βαρύνεται ο ανάδοχος, ώστε, μετά την αφαίρεση

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

αυτών, αλλά και τον συνυπολογισμό του εκτιμώμενου κόστους διοικητικής υποστήριξης, του κόστους των υλικών, αναλωσίμων κ.λπ. που απαιτούνται για την εκτέλεση της σύμβασης, να απομένει εύλογο ποσό εργολαβικού κέρδους. Αυτό σημαίνει ότι, μετά την αφαίρεση των προβλεπόμενων κρατήσεων, του αναφερόμενου στην προσφορά κόστους διοικητικής υποστήριξης, του κόστους υλικών, αναλωσίμων κ.λπ., το εναπομένον ποσό της οικονομικής προσφοράς του υποψηφίου πρέπει να είναι ικανό να καλύψει το ελάχιστο απαιτούμενο εργοδοτικό κόστος (ΕΑΣΤΕ 1069/2009, 840/2008 κ.ά.). Περαιτέρω, σύμφωνα με την αρχή της νομιμότητας, που διέπει το σύνολο της διοικητικής δράσης, κάθε διακήρυξη δημόσιου διαγωνισμού πρέπει, ακόμη και αν ελλείπει σχετική ρήτρα, να ερμηνεύεται ως επιβάλλουσα στους διαγωνιζόμενους να τηρούν, κατά τη διαμόρφωση της προσφοράς τους, τις κείμενες διατάξεις, μεταξύ των οποίων προέχουσα θέση έχουν οι διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας περί της κατώτερης νόμιμης αμοιβής της εργασίας και της νομοθεσίας περί κοινωνικής ασφάλισης. Αντίθετη εκδοχή, σύμφωνα με την οποία, ελλείψει σχετικής ρήτρας στη διακήρυξη, οι διαγωνιζόμενοι θα μπορούσαν να διαμορφώνουν την προσφορά τους και κάτω του ελάχιστου, κατά το νόμο, εργατικού κόστους, ο δε έλεγχος του στοιχείου αυτού δεν θα γινόταν κατά την κατάθεση των προσφορών αλλά μετά τη σύναψη της σχετικής σύμβασης, δεν παραβιάζει μόνον την αρχή της νομιμότητας της διοικητικής δράσης, αλλά δημιουργεί συνθήκες αθέμιτου ανταγωνισμού και προσκρούει, για το λόγο αυτό και στις αρχές της ισότητας των διαγωνιζομένων και της διαφάνειας της διαδικασίας (ΕΑΣΤΕ 840/2008, 791/2008), αφού οδηγεί σε μειονεκτική θέση τους καλόπιστους διαγωνιζόμενους, οι οποίοι διαμορφώνουν την προσφορά τους σεβόμενοι τις απαιτήσεις του νόμου και της διακήρυξης, ως προς ό,τι αφορά τους όρους αμοιβής και ασφάλισης του απασχολούμενου προσωπικού. Περαιτέρω, ότι γίνει δεκτό και από το Ελεγκτικό Συνέδριο, η υποβολή ασυνήθιστα χαμηλής προσφοράς, εφόσον δεν αιτιολογείται επαρκώς, νοθεύει τον ανταγωνισμό και πλήττει την αρχή της ισότητας των συμμετεχόντων στους δημόσιους διαγωνισμούς, καθώς με τον τρόπο αυτό αποκλείονται οι λοιποί συμμετέχοντες κατά το στάδιο της οικονομικής αξιολόγησης από τον διαγωνιζόμενο εκείνον, ο οποίος προσφέρει τις υπηρεσίες του αντί ασυνήθιστα χαμηλού τιμήματος, αναφορικά με τα κρατούντα στην αγορά για

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

το οικείο είδος υπηρεσιών. Επίσης, η υποβολή της προσφοράς αυτής δύναται να πλήξει και το δημόσιο συμφέρον, στο μέτρο που ο ανάδοχος που έχει υποβάλει ασυνήθιστα χαμηλή προσφορά και έχει επιτύχει την υπέρ αυτού κατακύρωση του αποτελέσματος του διαγωνισμού, ενδέχεται, κατά λογική ακολουθία, να επιχειρήσει κατά την εκτέλεση των υπηρεσιών να καλύψει τη ζημία που υφίσταται λόγω του ασυνήθιστα χαμηλού τιμήματος που λαμβάνει, με μείωση της ποιότητας ή και της ποσότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών (βλ. πράξη 240/2007 VI Τμ. Ε.Σ. Περαιτέρω, ότι έχει κριθεί σχετικά ότι είναι απορριπτέα, ως προφανώς ζημιολόγος, οικονομική προσφορά η οποία υπολείπεται του ελάχιστου κόστους μισθοδοσίας του προσωπικού που θα απασχοληθεί με την παροχή των ζητούμενων υπηρεσιών, όπως το κόστος αυτό προσδιορίζεται από την ισχύουσα νομοθεσία και τις συναφείς συλλογικές συμβάσεις εργασίας, με βάση τις οποίες πρέπει να ερμηνεύεται η διακήρυξη του διαγωνισμού (ΕΑΣΤΕ 135/2011, 136/2011, 1122/2010, 1255/2009, βλ. και ΕΑΣΤΕ 1344/2008, 1090/2006, πρβλ. ΣΤΕ 4058/2001, 805/2001). Υπ' αυτή την έννοια, δεν μπορεί να υποβληθεί παραδεκτή προσφορά από διαγωνιζόμενο, εφόσον, κατά το οικονομικό της σκέλος, δεν έχουν ληφθεί υπόψη, κατά τον υπολογισμό του ελάχιστου κόστους παροχής των ζητούμενων υπηρεσιών, οι αμοιβές του προσωπικού, όπως αυτές ίσχυαν κατά το χρόνο λήξης της προθεσμίας υποβολής των προσφορών, με βάση την οικεία συλλογική σύμβαση εργασίας (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 134/2011, 873/2010, 628/2010). Συνεπώς, η ελάχιστη αφετηρία για τον υπολογισμό της προσφερόμενης τιμής δεν μπορεί να υπολείπεται του ελάχιστου νόμιμου εργοδοτικού κόστους, όπως αυτό διαμορφώνεται με την εν λόγω συλλογική ρύθμιση και τις λοιπές εφαρμοστέες διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας. Περαιτέρω, όπως γίνεται δεκτό, ο απαιτούμενος από τους ανωτέρω παρατεθέντες όρους της διακήρυξης, αλλά και τις διατάξεις του άρθρου 68 παρ. 1 του Ν. 3863/2010, υπολογισμός, στις προσφορές των διαγωνιζομένων, ενός εύλογου ποσοστού διοικητικού κόστους παροχής των υπηρεσιών τους, του κόστους των αναλωσίμων, των εργαλείων, μηχανημάτων κ.λπ., καθώς και των νόμιμων κρατήσεων, αποσκοπεί στην αναλυτική περιγραφή του κόστους παροχής των εργασιών, ούτως ώστε να είναι ελέγξιμο το ύψος της οικονομικής προσφοράς σε σχέση με το αντικείμενο της υπηρεσίας. Έτσι, σύμφωνα με τη νομολογία της Επιτροπής

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

Αναστολών του ΣΤΕ, στο εργοδοτικό κόστος «... προστίθεται υποχρεωτικά και το αναγκαίο επιπλέον κόστος παροχής της υπηρεσίας τούτο δε ευλόγως ώστε να αποτρέπεται αφενός η έμμεση καταστρατήγηση της επί ποινή αποκλεισμού ... υποχρέωσης του αναδόχου να προσφέρει τιμή, η οποία καλύπτει πραγματικά και όχι πλασματικά το κόστος των αμοιβών και της ασφάλισως του προσωπικού και αφετέρου της επίσης επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενης υποχρέωσής του να μην εφαρμόζει πολιτική τιμών κάτω του πραγματικού κόστους...» (ΕΑΣΤΕ 1255/2009). Τούτο, διότι όπως έχει κριθεί, «...η οικονομική προσφορά διαγωνιζόμενου δεν μπορεί, κατά κοινή αντίληψη, να συντίθεται μόνο από το κόστος της μισθοδοσίας του προσωπικού που θα απασχοληθεί στην παροχή των ένδικων υπηρεσιών φύλαξης, αλλά θα πρέπει να περιλαμβάνει και το λειτουργικό (διοικητικό) κόστος, καθώς επίσης και να καταλείπει και κάποιο περιθώριο κέρδους, ώστε να μη θέτει σε κίνδυνο την εκτέλεση της σχετικής σύμβασης...» (ΕΑΣΤΕ 328/2013 βλ. και ΕΑΣΤΕ 675/2002, 272/2008, 1257/2009, 1262/2009, 1297/2009, 1299/2009, 970/2010, 187/2013). Τέλος, ότι για τη διαμόρφωση της οικονομικής προσφοράς λαμβάνονται υπόψη και συμπεριλαμβάνονται σ' αυτήν οι νόμιμες κρατήσεις, με τις οποίες βαρύνεται ο ανάδοχος (βλ. μεταξύ άλλων ΕΑΣΤΕ 327/2010, 1257/2009, 1069/2009, 840/2008 κ.ά.). Επομένως, μετά την αφαίρεση των νόμιμων κρατήσεων (αλλά και των λοιπών στοιχείων κόστους που συνυπολογίζονται για τη διαμόρφωση της προσφοράς (εξοπλισμός, αναλώσιμα, είδη ατομικής υγιεινής, κόστος εγγυητικών επιστολών κ.λπ.), το εναπομένον ποσό της οικονομικής προσφοράς του υποψηφίου πρέπει να είναι ικανό να καλύψει το ελάχιστο απαιτούμενο εργοδοτικό κόστος. Προκειμένου ο ανάδοχος να έχει τη δυνατότητα να εκπληρώσει τις αναφερόμενες πιο πάνω υποχρεώσεις του και, φυσικά, να καλύψει το λειτουργικό κόστος παροχής των υπηρεσιών καθαριότητας αλλά και να αποκομίσει ένα εύλογο κέρδος, θα πρέπει το οικονομικό αντικείμενο του διαγωνισμού να είναι τέτοιου ύψους, ώστε, συνεκτιμωμένων των ανωτέρω στοιχείων, να επιτρέπει τη σύναψη σύμβασης η οποία θα καλύπτει το κόστος παροχής των ζητούμενων υπηρεσιών και επομένως δεν θα αποβαίνει οικονομικώς επιζήμια για τον ανάδοχο, δεδομένου ότι αυτός, σε αντίθετη περίπτωση, δεν αποκλείεται να επιχειρήσει, κατά την εκτέλεση των υπηρεσιών, να καλύψει τη ζημία που υφίσταται λόγω του ασυνήθιστα

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

χαμηλού τιμήματος που λαμβάνει, με μείωση της ποιότητας ή και της ποσότητας των παρεχόμενων υπηρεσιών (βλ. πράξη 240/2007 VI Τμ. Ε.Σ.). Εν προκειμένω, ο προσφεύγων ισχυρίζεται πως με βάση τα τεχνικά και οικονομικά δεδομένα της προσβαλλόμενης υπ' αριθ. 160/2017 διακήρυξης, το απαιτούμενο ελάχιστο εργολαβικό κόστος υπερβαίνει το προϋπολογισθέν με τη διακήρυξη ποσό, που αφορά την παροχή υπηρεσιών διανομής και παρασκευής φαγητού στο Γενικό Νοσοκομείο Θεσσαλονίκης «Ιπποκράτειο», όπως αυτό αποδεικνύεται από τους αναλυτικούς υπολογισμούς που περιλαμβάνονται στους πίνακες που ο προσφεύγων επισυνάπτει στην προσφυγή του με σημείωση ότι οι υπολογισμοί έχουν γίνει με βάση το κατώτατο νόμιμο ημερομίσθιο, ήτοι για εργαζόμενο κάτω των 25 ετών, το οποίο ανέρχεται σε 22,83 ευρώ. Όπως προκύπτει από τους υπολογισμούς που επικαλείται ο προσφεύγων, το ελάχιστο νόμιμο εργοδοτικό κόστος που απαιτείται για την εκτέλεση της σύμβασης, συμπεριλαμβανομένων των νόμιμων κρατήσεων ανέρχεται σε 22.381,71 ευρώ μηνιαίως (= 21.924,33 + 457,38) υπερβαίνει δηλαδή το προϋπολογισθέν κατά το ποσό των 1.051,71 ευρώ ανά μήνα, ενώ σε εξάμηνη βάση ανέρχεται (χωρίς Φ.Π.Α.) στο ποσό των 134.290,28 ευρώ, έναντι των 127.980,00 ευρώ που έχουν προϋπολογιστεί, είναι δηλαδή συνολικά ανώτερο κατά το ποσό των 6.310,28 ευρώ. Επισημαίνει δε ότι οι υπολογισμοί έχουν γίνει βάσει της παραδοχής ότι όλοι οι εργαζόμενοι που θα απασχοληθούν είναι ηλικίας κάτω των 25 ετών (παροτι δεν ορίζεται κάτι τέτοιο από τη διακήρυξη), κάτι που σημαίνει ότι, σε διαφορετική περίπτωση, η παραπάνω διαφορά θα είναι ακόμα μεγαλύτερη. Τέλος, οι κρατήσεις έχουν υπολογιστεί επί της τιμής του μηνιαίου προϋπολογισμού ($21.330 \times 2,14432\%$). Σύμφωνα, δηλαδή, με όσα προαναφέρθηκαν, η ελάχιστη απαιτούμενη δαπάνη για την απασχόληση του αναγκαίου προσωπικού διανομής και παρασκευής φαγητού στο Νοσοκομείο, ανέρχεται, χωρίς Φ.Π.Α., στο ποσό των ($22.381,71 \text{ ευρώ} \times 6 \text{ μήνες} =$) 134.290,28 ευρώ [συμπεριλαμβανομένων των νόμιμων κρατήσεων ποσού ($457,38 \times 6 \text{ μήνες} =$) 2.722,30 ευρώ] ή, άλλως, στο ποσό των ($27.753,32 \times 6 \text{ μήνες} =$) 166.519,947 ευρώ, μετά του αναλογούντος Φ.Π.Α. 24%. Επομένως, με βάση την ανωτέρω αναλυτική παράθεση των υπολογισμών του κατώτατου νόμιμου εργοδοτικού κόστους, όπως αυτοί προκύπτουν σύμφωνα με την κείμενη εργατική νομοθεσία, καθίσταται σαφές ότι η προϋπολογιζόμενη

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

δαπάνη της διαπραγμάτευσης, η οποία ανέρχεται, για τον προβλεπόμενο χρόνο ισχύος της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α., στο ποσό των 127.980,00 ευρώ ή, άλλως, στο ποσό των 158.695,20 ευρώ, μετά του αναλογούντος Φ.Π.Α. 24%, όχι μόνον δεν ταυτίζεται με το ελάχιστο νόμιμο εργατικό κόστος, συμπεριλαμβανομένου των νόμιμων κρατήσεων επί του ανωτέρω ποσού, αλλά είναι μικρότερη από αυτό, με συνέπεια να μην καταλείπεται κανένα περιθώριο υπολογισμού διοικητικού κόστους και κόστους αναλωσίμων, καθώς και ενός εύλογου (έστω και μικρού) εργολαβικού οφέλους. Ειδικότερα, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, ο ανάδοχος βαρύνεται επιπροσθέτως με το κόστος έκδοσης εγγυητικών επιστολών (σελ. 2, 7, 11), οφείλει να καταβάλει κρατήσεις και τέλος χαρτοσήμου (σελ. 3, 8), να υπολογίζει εύλογο ποσοστό διοικητικού κόστους και εργολαβικού οφέλους (σελ. 7) και να παρέχει στο προσωπικό του στολή εργασίας (ένδυμα, υπόδημα, καπελάκι, σελ. 13), κατάλληλη εκπαίδευση σε πιστοποιημένο φορέα (σελ. 14) και κάθε άλλη δαπάνη που είναι αναγκαία για την καλή εκτέλεση της σύμβασης. Ενδεικτικά, σημειώνεται από τον προσφεύγοντα ότι για τα 29 άτομα που θα απασχοληθούν στο έργο απαιτούνται, με μια πολύ συγκρατημένη εκτίμηση του κόστους ($29 \times 2 =$) 58 στολές, αξίας ($58 \times 125,00$ ευρώ =) 7.250,00 ευρώ. Επιπλέον, επικαλείται ότι έχει πληροφορηθεί πως ένα εύλογο κόστος εκπαίδευσης του προσωπικού σε πιστοποιημένο φορέα ανέρχεται περίπου σε 65,00 ευρώ το άτομο, δηλαδή, σε ($29 \times 65,00 =$) 1.885,00 ευρώ για το σύνολο του προσωπικού. Αυτό σημαίνει ότι ο προϋπολογισμός του διαγωνισμού δεν επαρκεί για να καλύψει το συνολικό κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, όπως αυτό συντίθεται από το εργοδοτικό κόστος, τις νόμιμες κρατήσεις επί της αμοιβής του αναδόχου, το διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων, και τις λοιπές συναφείς δαπάνες εκτέλεσης της σύμβασης, όπως αναφέρονται πιο πάνω, με συνέπεια να καθίσταται αδύνατη η υποβολή προσφοράς, η οποία επιτρέπει στον ανάδοχο να καλύπτει όλες τις προαναφερθείσες συμβατικές υποχρεώσεις του και να προσδοκά ένα εύλογο περιθώριο κέρδους. Αυτό όμως, δεν επιτρέπει την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, αλλά και αποβαίνει εις βάρος του δημοσίου συμφέροντος, αφού ο ανάδοχος που τυχόν υποβάλει, παρά ταύτα, προσφορά εντός των ορίων της προϋπολογιζόμενης δαπάνης, με σκοπό να μειοδοτήσει, είναι προφανές ότι, προκειμένου να αποκομίσει κέρδος, ούτε τις αμοιβές και

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

τις ασφαλιστικές εισφορές του προσωπικού του θα καταβάλλει στο ακέραιο, αλλά ούτε και τη συμφωνημένη ποιότητα και ποσότητα υπηρεσιών θα παρέχει στο Νοσοκομείο. Από τα ανωτέρω καθίσταται σαφές ότι ο προϋπολογισμός του διαγωνισμού, δεν είναι σύμφωνος με τους αναφερόμενους πιο πάνω όρους που με την ίδια διακήρυξη έχουν θεσπιστεί, αλλά και με τις διατάξεις του νόμου, στις οποίες αυτή παραπέμπει. Αυτό σημαίνει ότι η αναθέτουσα Αρχή, ορίζοντας μικρότερο προϋπολογισμό από αυτόν που πράγματι απαιτείται για την κάλυψη του κόστους εκτέλεσης της σύμβασης, με βάση τις διατάξεις της εργατικής νομοθεσίας και του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, ενεργεί κατά τρόπο που αντιβαίνει στην αρχή της νομιμότητας αλλά και την υποχρέωσή της να διασφαλίζει τη διεξαγωγή της διαγωνιστικής διαδικασίας υπό όρους που εγγυώνται την ανάπτυξη θεμιτού και υγιούς ανταγωνισμού, όπως επιβάλλει, άλλωστε, και η ανάγκη προστασίας του δημοσίου συμφέροντος. Από την άλλη πλευρά, επειδή ο καθορισμός με τη διακήρυξη των ελάχιστων κατά τα άνω απαιτήσεων, διαθέτει κανονιστική ισχύ, πλην όμως όμοια ισχύ έχουν και οι όροι της διακήρυξης με τους οποίους καθορίζεται ο προϋπολογισμός του διαγωνισμού, είναι προφανές (και τούτο ανεξάρτητα από την αντίφαση και την αοριστία που προκαλείται σχετικά με την πραγματική βούληση της αναθέτουσας Αρχής) ότι οι υποψήφιοι, προκειμένου να μην αποκλειστούν από το διαγωνισμό, είναι υποχρεωμένοι να ενεργήσουν κατά παράβαση του νόμου, υποβάλλοντας οικονομικές προσφορές, οι οποίες δεν καλύπτουν το ελάχιστο νόμιμο κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, ενώ, αν υποβάλουν προσφορά που καλύπτει το εν λόγω κόστος, τίθενται εκποδών του διαγωνισμού, λόγω υπέρβασης της προϋπολογιζόμενης δαπάνης. Για το λόγο αυτό, ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι επιβάλλεται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη κατά το μέρος που πλήττεται με την παρούσα, προκειμένου να αναπροσαρμοστεί από την αναθέτουσα Αρχή η προϋπολογιζόμενη δαπάνη του διαγωνισμού σε ποσό το οποίο θα επιτρέπει την υποβολή οικονομικών προσφορών που καλύπτουν το ελάχιστο απαιτούμενο κόστος εκτέλεσης της σύμβασης, όπως επιβάλλουν η αρχή της νομιμότητας και του υγιούς ανταγωνισμού, αλλά και η υποχρέωση προστασίας του δημοσίου συμφέροντος.

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

3. Επειδή, (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 3,6,8/2017) εκ των διατάξεων του άρ. 366 Ν. 4412/2016 και άρ. 15 παρ. 1 και 3 ΠΔ 39/2017 προκύπτουν τα εξής. Πρώτον, εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, δεύτερον, της διατύπωσης του όρου “κατάλληλα μέτρα” όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την “καταλληλότητά” τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, τρίτον, της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της “καταλληλότητας”, την επανόρθωση της εικαζόμενης παραβάσεως και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και τέταρτον, του ότι το άρ. 366 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και το άρ. 15 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 αναφέρουν ότι τα “μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται” στην έννοια των “καταλλήλων μέτρων”, συμπεραίνεται ότι το αρμόδιο για την εξέταση της Προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια Προσωρινά Μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του Προσφεύγοντος ή οιοδήποτε τρίτου, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της Προσφυγής.

4. Επειδή, τα αναφερόμενα στη σκ. 2 περί του σκοπού των “καταλλήλων” προσωρινών μέτρων, όπως και η πρόβλεψη της παρ. 3 του αρ. 366 Ν. 4412/2016 και της παρ. 4 του αρ. 15 ΠΔ 39/2015 περί στάθμισης όλων των συμφερόντων όλων των (εν γένει) εμπλεκόμενων μερών, ως και του δημοσίου συμφέροντος, έχουν την ακόλουθη έννοια. Το Κλιμάκιο κατά την κρίση του, δεν λαμβάνει υπόψη του μόνο την τυχόν επαπειλούμενη βλάβη του προσφεύγοντος, αλλά τη συνεκτιμά ως προς τα συμφέροντα οιοδήποτε τρίτου, συμπεριλαμβανομένων εξάλλου των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή (αν η προσφυγή στρέφεται κατά όρων διακήρυξης), όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

μέτρων. Επομένως, όσον αφορά την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου (όπως κατ' άρ. 372 παρ. 4 εδ. ι' Ν. 4412/2016, και άρ. 5 παρ. 5 εδ. α' του προΐσχύσαντος Ν. 3886/2010) ή την ανεπανόρθωτη ή δυσχερώς επανορθώσιμη βλάβης του προσφεύγοντος (όπως κατ' άρ. 52 ΠΔ 18/1989), αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Συνεπώς, η εκ της Α.Ε.Π.Π. εξέταση περί λήψης προσωρινών μέτρων διαρθρώνεται σε τέσσερα διαδοχικά στάδια (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ Α62/2017). Πρώτον, πιθανολογείται το τυχόν προδήλως απαράδεκτο ή αβάσιμο της Προσφυγής και η εξ αυτού δικαιολόγηση εφαρμογής του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017, ζήτημα που προηγείται προφανώς κάθε περαιτέρω κρίσης περί τυχόν επιβολής προσωρινών μέτρων του άρ. 15 παρ. 1 και 2 ΠΔ 39/2017. Σε αυτό το στάδιο, όμως, ήτοι περί χορήγησης προσωρινών μέτρων, δεν λαμβάνει χώρα αναλυτική και εις βάθος εξέταση του απαράδεκτου ή του αβασίμου (που συνεπάγεται αντιστρόφως, του παραδεκτού και του βασίμου), λόγω αφενός του όρου «προδήλως» που η ως άνω διάταξη του άρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 39/2017 υιοθετεί, θέτοντας συγχρόνως τα όρια και την έκταση ελέγχου στο στάδιο των προσωρινών μέτρων, αφετέρου του ιδιαίτερα περιορισμένου χρονικού διαστήματος για την έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων (10 ημέρες από την επομένη της χρέωσης στο Κλιμάκιο κατ' άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017), όπως εξάλλου και την έμφαση στο στοιχείο της ζημίας των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών ως δικαιολογητικό έρεισμα των προσωρινών μέτρων. Επομένως, κατά την εξέταση επί λήψης προσωρινών μέτρων από την ΑΕΠΠ, η πιθανολόγηση εξαντλείται (ως προς το προδήλως απαράδεκτο) στη διάγνωση ευχερώς εντοπίσιμων, άνευ χρείας επισταμένης κρίσεως, διαδικαστικών σφαλμάτων, όπως και (ως προς το προδήλως αβάσιμο) στην έλλειψη οιασδήποτε νομικής βάσης, η οποία δύναται να αποτελέσει αντικείμενο μιας έστω ολοκληρωμένης νομικής αξιολόγησης και απαιτεί μια καταρχήν εκτίμηση του περιεχομένου εγγράφων και ερμηνεία του συναφούς νομοθετικού πλαισίου. Δεύτερον, πιθανολογείται η ύπαρξη μιας μη αμελητέας ζημίας επί του συνόλου των συμφερόντων που εμπλέκονται στη διαδικασία ανάθεσης, συμπεριλαμβανομένου τόσο αυτών

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

του προσφεύγοντος, όσο και ακόμη και των έτερων μετεχόντων και ενδιαφερομένων για συμμετοχή στη διαδικασία, ανεξαρτήτως ενδιάμεσης εκ μέρους τους παρεμβάσεως. Τα δε συμφέροντα των τελευταίων ως και αυτά της αναθέτουσας δύνανται να θίγονται εκ της συνέχσεως μιας αμφισβητούμενης νομιμότητας διαδικασίας ή από την τυχόν ακύρωση της διαδικασίας σε πιο προχωρημένο στάδιο. Τρίτον, σταθμίζεται η ως άνω συνολική ζημία που προκύπτει εκ της συνέχσεως της διαδικασίας επί του όλου των θιγομένων συμφερόντων, με την αντίστοιχη ζημία που δύναται να προκληθεί εκ της αναστολής της διαδικασίας. Τέταρτον, εξετάζεται το δυνητικό περιεχόμενο των προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' άρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μίγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη (πρβλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 3,6,8/2017 και εξής). Αυτά εξάλλου συνάδουν με την εξαιρετικά βραχεία προθεσμία προς έκδοση απόφασης προσωρινών μέτρων (10 ημέρες από τη χρέωση στο Κλιμάκιο κατ' άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017), αλλά και τον εν γένει χαρακτήρα του θεσμού της προδικαστικής προστασίας ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. και ειδικότερα και της προσωρινής ενώπιον της προστασίας, η οποία ομοιάζουσα με την προσωρινή διαταγή στο πλαίσιο της δικαστικής προσωρινής προστασίας, σκοπεύει στον συγκερασμό της ταχύτητας με την αποτελεσματικότητα, δια της αποτροπής δημιουργίας τετελεσμένων που θα καταστήσουν εν τέλει την προδικαστική προστασία αλυσιτελή για τον προσφεύγοντα (βλ. και Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016) ή και θα επιφέρει βλάβη και καθυστερήσεις για την αναθέτουσα και τους έτερους ενδιαφερομένους δια της ακάθεκτης προόδου ενός διαγωνισμού, ο οποίος κινδυνεύει να ακυρωθεί εξ υπαρχής.

5. Επειδή, για την άσκηση της Προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο, αφού ο προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία 18269222195803050026 και ποσού ευρώ 640,00, όπως και το έμβασμα πληρωμής του μέσω Τραπέζης Πειραιώς της 4-1-2018 και την τυποποιημένη εκτύπωση εκ του ηλεκτρονικού συστήματος της Γ.Γ.Π.Σ. περί πληρωμής του παραβόλου, η δε

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

αρμόδια υπηρεσία της Α.Ε.Π.Π. βεβαιώνει τον έλεγχο και τη δέσμευση του παραβόλου. Περαιτέρω, η Προσφυγή υπάγεται, σύμφωνα και με όσα αναφέρθηκαν παραπάνω στη σκ. 1, βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης και του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, η Προσφυγή παρίσταται ως εμπροθέσμως ασκηθείσα κατά το άρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (γ) (εν προκειμένω, ο προσφεύγων δηλώνει στην προσφυγή του ως χρόνο γνώσης την 3-1-2018), η οποία περίπτωση δεν διακρίνει αναλόγως ειδικότερου τύπου διαδικασίας ανάθεσης και συνεπώς ισχύει και για προσφυγές κατά προκήρυξης ανταγωνιστικής διαδικασίας με διαπραγμάτευση, ενώ ο προσφεύγων χρησιμοποίησε το κατ' άρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από τον Πρόεδρο διευθύνοντα σύμβουλο του νομικού προσώπου. Ο δε Προσφεύγων, παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της ως Προσφυγής, αφού με την ιδιότητά του ως επιχείρηση δραστηριοποιούμενη στον εν γένει κλάδο που αφορά το αντικείμενο της επίμαχης διακήρυξης, συνιστά προδήλως ενδιαφερόμενο προς ανάθεση σε αυτόν της συγκεκριμένης συμβάσεως, ενώ αυτονόητα θίγεται από τους προσβαλλόμενους με την Προσφυγή του όρους της Διακήρυξης και δη τον προϋπολογισμό αυτής, διότι, όπως ο ίδιος μάλιστα δηλώνει, είναι αδύνατον να υποβάλει προσφορά η οποία θα είναι σύμφωνη ταυτοχρόνως με τη διακήρυξη, αλλά και με τον νόμο και το εξ αυτού προκύπτον ελάχιστο κόστος, και έτσι αποκλείεται εξ αρχής από τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό. Εξάλλου, Επομένως, η Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

5. Επειδή, περαιτέρω, κατά την ανωτέρω σκ. 3, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι αφενός σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων βάλλει κατά των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης με ισχυρισμούς, οι οποίοι δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης και επομένως απαιτούν καταρχήν εκτίμηση του περιεχομένου

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

εγγράφων, της διακήρυξης και ερμηνεία του συναφούς νομοθετικού πλαισίου σε σχέση με το περιεχόμενο των προσβαλλόμενων όρων. Επομένως, δεν πληρούνται οι όροι του αρ. 15 παρ. 3 ΠΔ 38/2017 και συνεπώς δεν δύναται να αρθεί η αυτοδίκαιη εκ του νόμου αναστολή σύναψης σύμβασης, ενώ περαιτέρω χωρεί εξέταση περί τυχόν επιβολής μέτρων του αρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 38/2017.

6. Επειδή, η ζημία του προσφεύγοντος, η οποία στο στάδιο εξέτασης περί προσωρινών μέτρων ταυτίζεται εν τοις πράγμασι με το έννομο συμφέρον του για την αίτηση αναστολής, εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και δη εκ της ολοκλήρωσης του σταδίου υποβολής προσφορών είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα, καθώς η διατήρηση των προσβαλλόμενων δια της προσφυγής του όρων, θα οδηγήσει αναπόφευκτα είτε σε αποκλεισμό του από τον διαγωνισμό, είτε η ίδια η εκ μέρους του υποβολή προσφοράς θα είναι δυσχερής, λόγω της εύλογης μη γνώσης του περί του αν συμμορφώνεται με τους όρους της υπό κρίση διακήρυξης (όπως αναφέρει ως τίτλο της η προσβαλλομένη, καίτοι συνιστά προκήρυξη του αρ. 29 παρ. 1 Ν. 4412/2016, υπέχουσα πάντως ίδιο ρόλο με αυτόν της διακήρυξης ανοικτού διαγωνισμού, σύμφωνα και με τα αναφερθέντα στη σκ. 1) ή τον νόμο και του τρόπου με τον οποίο θα αξιολογηθεί. Ούτως, ακόμη και αν υποβάλει προσφορά και ακόμη και αν αυτή είναι σύμφωνη με τους όρους της διακήρυξης περί προϋπολογισμού και επομένως ανώτατου ορίου οικονομικής προσφοράς, δεν είναι σαφές αν η προσφορά του θα συμμορφώνεται με τον νόμο ή τους λοιπούς όρους της διακήρυξης και πως θα αξιολογηθεί και η υποβολή αυτή θα είναι δυνατό να πιθανολογηθεί ως δυσχερής ή και άσκοπη, με πρόδηλη οικονομική ζημία για τον προσφεύγοντα. Εξάλλου, οι προσβαλλόμενοι όροι δύνανται να θίγουν περισσότερους τυχόν ενδιαφερόμενους προς συμμετοχή στον διαγωνισμό οικονομικούς φορείς, οι οποίοι ομοίως τεθούν σε δυσχερή θέση λόγω ασάφειας του επίμαχου ως άνω όρου που προσβάλλεται ή αποκλείονται από αυτόν, ως αναγκαζόμενοι να υποβάλουν παράνομη προσφορά. Επιπλέον, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και οι επίμαχοι όροι κριθούν ως μη νόμιμοι, πλην όμως μετά την περάτωση του σταδίου υποβολής ή και αξιολόγησης προσφορών, εκτός του ότι η ως άνω μείωση ή νόθευση του ανταγωνισμού βάσει μη νόμιμου όρου θα

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμους όρους, τιθέμενους επί ποινή αποκλεισμού, διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής μετά από περαιτέρω πρόοδο της και προώθηση σε επόμενα στάδια, θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την αναθέτουσα αρχή όσο και για τους τυχόν συμμετέχοντες, ακόμη δε και για αυτούς που τυχόν πληρούν τους επίμαχους όρους, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του σταδίου υποβολής προσφορών-αιτήσεων συμμετοχής. Συγχρόνως, η αμφιβολία περί της νομιμότητας της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, ενδέχεται να δημιουργήσει προβλήματα και αμφιβολίες τόσο στους μετέχοντες ως προς τη σύνταξη των ίδιων των προσφορών τους, όσο και στα όργανα αξιολόγησης της αναθέτουσας, τα συμφέροντα των οποίων θα εξασφαλιστούν με την αποσαφήνιση της νομιμότητας ή μη των όρων του διαγωνισμού. Περαιτέρω, εν προκειμένω, διακινδυνεύεται επιπλέον το συμφέρον της αναθέτουσας από την τυχόν σύναψη μιας σύμβασης που θα παραβιάζει το άρ. 18 Ν. 4412/2016 ως και την εργατική και κοινωνικοασφαλιστική νομοθεσία, με αποτέλεσμα να διακινδυνεύεται και το ευρύτερο δημόσιο συμφέρον, ως συνεχόμενο μετά της τηρήσεως των ως άνω νομοθετικών διατάξεων και της προστασίας των εννόμων αγαθών που αυτές εξυπηρετούν. Εξάλλου, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 3/8-1-2018 Πράξεως του Προέδρου του Κλιμακίου, για την 19-1-2018, ήτοι εντός λίαν συντόμου χρονικού διαστήματος και δη μόλις 10 ημέρες κατόπιν του αρχικώς ορισθέντος καταληκτικού χρόνου υποβολής αιτήσεων συμμετοχής (9-1-2018 κατά τη διακήρυξη), η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής προόδου της διαδικασίας για διάστημα που θα επαρκεί για την εκ μέρους του Κλιμακίου, μετά την εξέταση της υπόθεσης, έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα, τον παρεμβαίνοντα ή τρίτους. Αντίθετα, η πρόοδος της διαδικασίας υποβολής αιτήσεων συμμετοχής, η οποία πρόκειται να περατωθεί την 9-1-2018 ήτοι δέκα ημέρες πριν τον χρόνο εξέτασης της προσφυγής, θα στερήσει πρακτικά και προκαταβολικά τον προσφεύγοντα από την ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. αιτούμενη προστασία, θα καταστήσει αλυστιτελή και

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

άνευ αντικειμένου την κρίση της τελευταίας επί της προσφυγής και εν γένει κατά τα ως άνω θα ζημιώσει σημαντικά τόσο τον προσφεύγοντα, όσο και την αναθέτουσα αρχή, αλλά και τους έτερους τυχόν μετέχοντες και ευρύ κύκλο ενδιαφερόμενων τρίτων.

7. Επειδή, εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως δε του ειδικότερου αιτήματος αναστολής του προσφεύγοντος, το οποίο εν προκειμένω δεν δεσμεύει το Κλιμάκιο και την αυτεπάγγελτη προς διαμόρφωση του καταλλήλου προσωρινού μέτρου αρμοδιότητα κατά τα αναφερθέντα παραπάνω στη σκ. 2, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφέροντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και συγκεκριμένα της περάτωσης της διαδικασίας υποβολή αιτήσεων συμμετοχής. Το μέτρο αυτό ειδικότερα υλοποιείται με τη χορήγηση παράτασης στο στάδιο αυτό και δη του καταληκτικού χρόνου υποβολής αιτήσεων συμμετοχής. Η παράταση αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας για τους τρίτους ενδιαφερόμενους, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά 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 για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την ενδιάμεση και εντός του χρόνου της χορηγούμενης παρατάσεως, έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής κατ' άρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επειδή, με δεδομένο ότι ήδη δια της υπ' αρ. 3/8-1-2018 Πράξης Προέδρου 6ου Κλιμακίου ορίστηκε ως χρόνος εξέτασης της Προσφυγής η 19-1-2018, ήτοι η δέκατη ημέρα του καταρχήν χρόνου καταληκτικής υποβολής αιτήσεων συμμετοχής σύμφωνα με τη Διακήρυξη, προκύπτει ότι το διάστημα των δέκα (10) ημερών από την εξέταση της προσφυγής, ήτοι έως και την 29-1-2018, συνιστά κατά τα ως άνω εύλογο διάστημα παράτασης του καταληκτικού χρόνου υποβολής αιτήσεων συμμετοχής, ενώ παράλληλα θα εξασφαλίσει στο Κλιμάκιο επαρκή χρόνο για την έκδοση επί της προσφυγής απόφασης και δη σε χρόνο κατά πολύ μικρότερο του αποκλειστικού

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

εικοσαήμερου του άρ. 18 παρ. 3 ΠΔ 39/2017. Εξυπακούεται πως αφενός η παρούσα Απόφαση δεν επιβάλλει ρητή ημερομηνία καθορισμού του καταληκτικού χρόνου, αλλά αυτή μπορεί να τεθεί κατ' ελεύθερη κρίση και εκτίμηση της αναθέτουσας από την 30-1-2018 και έπειτα οποτεδήποτε, αφετέρου πως το διατασσόμενο δια της παρούσας προσωρινό μέτρο θα παύσει αυτοδίκαια κατ' άρ. 15 παρ. 1 ΠΔ 39/2017 δια της εκδόσεως αποφάσεως επί της προσφυγής οποτεδήποτε προ της ως άνω ορισθείσας δια της παρούσας ημερομηνίας. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα τότε, εφόσον η προσφυγή γίνει έστω και εν μέρει δεκτή, οπότε και θα επιφέρει τροποποίηση της διακήρυξης θα οφείλει να χορηγήσει εύλογη (συνεκτιμώμενου τυχόν του υπολοίπου χρόνου που απομένει μεταξύ της εκδόσεως της απόφασης επί της προσφυγής και της παράτασης που θα έχει ήδη κατόπιν της παρούσας) παράταση, κατ' άρ. 60 παρ. 3 εδ. β' Ν. 4412/2016 προκειμένου να ενημερωθεί το σύνολο του κοινού των ενδιαφερομένων το οποίο είναι ευρύτερο του προσφεύγοντος.

8. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη παρατείνει την κατάληξη του σταδίου υποβολής αιτήσεων συμμετοχής για το διάστημα έως και το πέρας της 29ης Ιανουαρίου 2018.

Διατάσσει την αναθέτουσα όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: Α17/2018

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 8-1-2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ ΜΙΧΑΗΛ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΠΑΚΟΥ ΒΑΣΙΛΙΚΗ