

Η

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

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της 9 Μαΐου 2019 με την εξής σύνθεση: Σταυρούλα Κουρή Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Μαρία Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων επί της από 6-5-2019 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 541/6-5-2019 προδικαστικής προσφυγής του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά του αναθέτοντα φορέα «.....» (.....), νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Πρόεδρο και Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, με την προδικαστική προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση - κατά το μέρος που αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των συμμετεχόντων - της με αρ. διακήρυξης της, που αφορά στην ανάθεση της δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών «.....» για ένα έτος και με δικαίωμα προαίρεσης ενός επιπλέον έτους, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, με CPV &, προϋπολογισθείσας αξίας 620.000€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ) και συνολικού προϋπολογισμού, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης 1.240.000€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ), με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 6-5-2019 και ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών την 10-5-2019. Η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 15-4-2019, καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 17-4-2019 με ΑΔΑΜ 2019-04-17 και

Αριθμός απόφασης: Α 207/2019

στο ΕΣΗΔΗΣ την ίδια ημέρα με α/α Περαιτέρω, ο προσφεύγων αιτείται όπως ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της ως άνω προδικαστικής προσφυγής.

2. Επειδή, αναλυτικότερα με την ως άνω προσφυγή ο προσφεύγων επιδιώκει την ακύρωση της προαναφερθείσας διακήρυξης με αρ. της κατά το μέρος που αφορά την ακύρωση του όρου 2.2.5. αυτής, περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, υποστηρίζοντας τα εξής: Κατά τον προσβαλλόμενο όρο 2.2.5 'Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια' ορίζεται ότι: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να καταθέσουν : (1) Δήλωση περί του συνολικού ύψους του κύκλου εργασιών καθώς και του κύκλου εργασιών που αφορά ειδικότερα το αντικείμενο της διακήρυξης κατά τις τρεις προηγούμενες, του έτους του διαγωνισμού, οικονομικές χρήσεις. Ο διαγωνιζόμενος θα πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να έχει μέσο όρο κύκλου εργασιών κατά τις τελευταίες ως άνω τρεις διαχειριστικές χρήσεις μεγαλύτερο από ή ίσο με ποσοστό 50% επί του ετήσιου προϋπολογισμού της δημοπρατούμενης σύμβασης (χωρίς Φ.Π.Α.). Σε περίπτωση Κοινοπραξίας που υποβάλλει κοινή προσφορά, τα ανωτέρω δικαιολογητικά προσκομίζονται για κάθε μέλος της κοινοπραξίας, ελέγχονται όμως για τους συμμετέχοντες σε κοινοπραξία αθροιστικά, επιτρέπεται δηλαδή η μερική κάλυψη των απαιτήσεων οικονομικής επάρκειας από τα μέλη της, αρκεί όμως συνολικά να καλύπτονται στο σύνολο τους. (2). Βεβαίωση τράπεζας για την δανειοληπτική ικανότητα της διαγωνιζόμενης επιχείρησης ή κοινοπραξίας επιχειρήσεων, ημεδαπών ή αλλοδαπών, για την απόδειξη της Οικονομικής - Χρηματοδοτικής Ικανότητας. Επαρκής θεωρείται η δανειοληπτική ικανότητα όταν ανέρχεται σε ποσοστό 10% του προϋπολογισμού της παροχής των υπηρεσιών (χωρίς ΦΠΑ). Σε περίπτωση κοινοπραξίας η απαιτούμενη δανειοληπτική ικανότητα πρέπει να αποδεικνύεται στο πρόσωπο μιας τουλάχιστον από τις επιχειρήσεις ή σωρευτικά σε όλες τις επιχειρήσεις. Σε περίπτωση συμμετοχής ένωσης/σύμπραξης/Κοινοπραξίας στο διαγωνισμό, από τα παραπάνω δικαιολογητικά θα υποβληθούν από κάθε επιχείρηση που συμμετέχει εκείνα που αφορούν την κάθε επιχείρηση. Η ένωση/σύμπραξη/Κοινοπραξία στο σύνολο της πρέπει να καταθέσει όλα τα παραπάνω δικαιολογητικά. Σε

Αριθμός απόφασης: Α 207/2019

περίπτωση ένωσης η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια που απαιτείται κατά τα ανωτέρω, μπορεί να προκύπτει είτε αθροιστικά από μέλη της ένωσης είτε από ένα μόνο μέλος αυτής.». Επίσης κατά τον όρο 2.2.8 της διακήρυξης 'Στήριξη στην ικανότητα τρίτων', ορίζεται ότι: «Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων Φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται.....Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων.». Κατ' επίκληση των άρθρων 19 παρ. 2, 75, 78 και 80 του ν.4412/2016 και της κατευθυντήριας οδηγίας 14 της ΕΑΑΔΗΣΥ, ο προσφεύγων προβάλλει ότι θα λάβει μέρος στον διαγωνισμό ΜΕ ΕΠΙΦΥΛΑΞΗ και ειδικότερα όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 (ειδικότερα όσον αφορά την βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας, παράγραφος 2 όρου 2.2.5 σελ. 14 της διακήρυξης), στηριζόμενος στις ικανότητες της, σύμφωνα και με την δυνατότητα που του δίνεται από τον όρο 2.2.8 της διακήρυξης, η οποία και έχει πιστοληπτική ικανότητα από το ΤΜΕΔΕ. Το ΤΜΕΔΕ, ως δραστηριότητες, πέραν της χορήγησης των εγγυητικών επιστολών, χορηγεί δάνεια υπό την μορφή προεξοφλήσεων πιστοποιημένων λογαριασμών του Δημοσίου Τομέα στα μέλη του. Όπως προκύπτει από την με αρ. πρωτ. ΒΕΒΑΙΩΣΗ προς τη από το ΤΜΕΔΕ, η παραπάνω έχει πτυχίο Α 1, έχει ανώτατο πιστωτικό όριο έκδοσης εγγυητικών επιστολών συμμετοχής 500.000 Ευρώ, Καλής Εκτέλεσης, Προκαταβολής και Ανάληψης Δεκάτων 500.000 Ευρώ. Επίσης βάση του 9ΠΔ 126/81 το δανειοληπτικό της όριο στο Ταμείο για προεξόφληση πιστοποιημένων λογαριασμών από

Αριθμός απόφασης: Α 207/2019

εκτέλεση δημοσίων έργων ανέρχεται σε 300.000 ευρώ, σύμφωνα με τις προϋποθέσεις που ορίζει το Ταμείο. Η, μέλος του ΤΜΕΔΕ, στην πιστοληπτική ικανότητα της οποίας θα βασιστεί ο προσφεύγων, έχει δανειοληπτική ικανότητα της τάξης των 300.000 ευρώ, ποσό που υπερβαίνει κατά πολύ το απαιτούμενο ποσοστό 10% του προϋπολογισμού της παροχής των υπηρεσιών (χωρίς Φ.Π.Α), σύμφωνα με τον όρο 2.2.5 παρ. 2 της Διακήρυξης. Σε σχετικό ερώτημα προς την, εάν για την πλήρωση του κριτηρίου της παραγράφου 2 του όρου 2.2.5 - πιστοληπτική ικανότητα- του συμμετέχοντα οικονομικού φορέα, αν γίνεται αποδεκτή βεβαίωση ασφαλιστικού φορέα (πχ. ΤΜΕΔΕ), η αναθέτουσα προέβαλε, με το με αρ. πρωτ. 9739/30.04.2019 έγγραφο με θέμα: Διευκρινίσεις σε ερωτήσεις οικονομικού φορέα ότι: «Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.5.2 της Διακήρυξης, η βεβαίωση για τη δανειοληπτική ικανότητα υποψηφίου οικονομικού φορέα οφείλει να προέρχεται από τράπεζα.». Ο προσφεύγων υποστηρίζει πως, δοθέντος ότι το αντικείμενο της σύμβασης είναι 620.000 ευρώ και το ποσοστό 10% του προϋπολογισμού της παροχής των υπηρεσιών, η πιστοληπτική ικανότητα που απαιτείται από τη διακήρυξη είναι 62.000 Ευρώ, ενώ το ΤΜΕΔΕ χορηγεί στην, στην πιστοληπτική ικανότητα της οποίας θα στηριχθεί, δάνειο, υπό μορφή προεξοφλήσεων πιστοποιημένων λογαριασμών του Δημοσίου Τομέα στα μέλη του, ποσού 300.000 Ευρώ, οπότε εναργώς προκύπτει η υπερκάλυψη της αναθέτουσας από το ΤΜΕΔΕ.

3. Επειδή για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής κατεβλήθη το κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 άρ. 363 Ν. 4412/2016 απαιτούμενο παράβολο (σχ. το με στοιχεία ειδικό έντυπο παραβόλου), ποσού 3.100 €, όπως και αποδεικτικό περί πληρωμής του.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσία), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του, ως και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτός κατά τούτο ασκείται η υπό κρίση προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

5. Επειδή, η Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως την 6-5-2019, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. γ'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη

Αριθμός απόφασης: Α 207/2019

αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ και γνωστοποιήθηκε στους συμμετέχοντες από το διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ στις 17-4-2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες.

6. Επειδή, ο προσφεύγων οικονομικός φορέας παρίσταται ως έχων άμεσο, προσωπικό και ενεστώς έννομο συμφέρον για την άσκηση της σχετικής προδικαστικής προσφυγής, αφού, όπως δηλώνει, επιθυμεί να συμμετέχει στο διαγωνισμό, πλην όμως ο προσβαλλόμενος όρος της διακήρυξης καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του και για το λόγο τούτο θα συμμετέχει στο διαγωνισμό με επιφύλαξη, λόγω της άσκησης της κρινόμενης προδικαστικής προσφυγής του. Επομένως, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη.

7. Επειδή το συνεδριάζον Κλιμάκιο νομίμως και αρμοδίως κατά τις διατάξεις των αρ. 366 Ν. 4412/2016 και αρ. 15 ΠΔ 39/2017, υπεισέρχεται, βάσει της οικείας υπ' αρ.659/8-5-2019 Πράξης της Προέδρου του σε εξέταση περί τυχόν ανάγκης επιβολής μέτρων του αρ. 15 ΠΔ 39/2017 επί της ως άνω προσφυγής.

8. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων και δη: α) εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας, β) 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, γ) της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες αφενός ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της “καταλληλότητας”, την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και αφετέρου 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”, προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια προσωρινά μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων των προσφευγόντων, συμπεριλαμβανομένων, εξάλλου, των συμφερόντων του αναθέτοντα φορέα, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική

Αριθμός απόφασης: Α 207/2019

διαδικασία ή ενδιαφερόμενων προς συμμετοχή, αφού η εν προκειμένω 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 μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

9. Επομένως, όσον αφορά στην 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 ή της ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης της προσφεύγουσας, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα 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.

10. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως αβάσιμη. Και τούτο, διότι σε κάθε περίπτωση ο προσφεύγων προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία του προσφεύγοντος από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

11. Επειδή, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και οι λόγοι της κριθούν ως νόμιμοι, εκτός του ότι η εκ της αιτίας αυτής μείωση του ανταγωνισμού θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμους όρους 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 λοιπούς συμμετέχοντες, από την όποια

Αριθμός απόφασης: Α 207/2019

εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του σταδίου υποβολής προσφορών.

12. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της ως άνω υπ' αρ.659/2019 Πράξεως της Προέδρου 3ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 3-6-2019, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής για εύλογο χρόνο προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα ή τρίτους.

13. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή της αποσφράγισης των προσφορών έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της συγκεκριμένης προδικαστικής προσφυγής. Η αναστολή αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό του αναθέτοντα φορέα 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 του αναθέτοντα φορέα για ταχεία πρόοδο αυτής.

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

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Διατάσσει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη την αναστολή της αποσφράγισης των προσφορών έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προδικαστικής προσφυγής.

Διατάσσει τον αναθέτοντα φορέα 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: Α 207/2019

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Αγ.Ιωάννη Ρέντη στις 9-5-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΖΕΡΒΟΥ ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ