

Αριθμός απόφασης: Α 254 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 10.06.2019, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης και Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 31.05.2019 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 657/31.05.2019, της εταιρείας με την επωνυμία «.....» και με δ.τ. «.....» η οποία εδρεύει στην,, αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του, που εδρεύει στην, οδός, αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αριθ. (αρ. πρωτ) διακήρυξης (εφεξής «η προσβαλλόμενη») ή όρων αυτής, αναφορικά με τον ανοικτό, δημόσιο, ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για την «.....», κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της. Ετέρωθεν, η προσφεύγουσα αιτείται όπως ανασταλεί η περαιτέρω πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

Αριθμός απόφασης: Α 254 / 2019

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 4,250€ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. διακήρυξη του, προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου διαγωνισμού, για την ανάδειξη αναδόχου για την «..... για είκοσι τέσσερις (24) μήνες», προϋπολογισμού 850.000,00€ πλέον Φ.Π.Α., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνο τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 07.05.2019 με ΑΔΑΜ καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό: α/α

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (παροχή υπηρεσίας), της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου αποστολής (06.05.2019) της Προκήρυξης στην Ε.Ε.Ε.Ε. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017).

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

Αριθμός απόφασης: Α 254 / 2019

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 ...». Ομοίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017). Περαιτέρω, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν.4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού, αναφέρεται ότι: «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».

5. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή, σύμφωνα με την παρ. 1 (γ) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (γ) του Π.Δ. 39/2017, έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη αναρτήθηκε στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ στις 07.05.2019 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 31.05.2019, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας από την πλήρη γνώση αυτής, που ως η προσφεύγουσα δηλώνει (σελ. 4, σημείο Δ της Προσφυγής) έλαβε χώρα στις 21.05.2019, ήτοι εντός της δεκαπενθήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας από τη δημοσίευση της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.

6. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι δραστηριοποιείται στο χώρο του αντικειμένου του υπό εξέταση διαγωνισμού και προτίθεται να συμμετάσχει σε αυτόν, έχει άμεσο, ενεστώς και προσωπικό έννομο συμφέρον, όπως ακυρωθεί η προσβαλλόμενη πράξη και οι προαναφερόμενοι όροι της Διακήρυξης, αφού υφίσταται ζημία και πλήττεται η συμμετοχής της στον διαγωνισμό αυτόν για

Αριθμός απόφασης: Α 254 / 2019

τους αναφερόμενους στην Προσφυγής της λόγους. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά όρων της προσβαλλόμενης διακήρυξης με τους οποίους ορίζεται ως ενδεικτικός προϋπολογισμός αυτής το ποσό των 850.000,00€, ισχυριζόμενη ότι η ταυτόχρονη τήρηση της νομοθεσίας για το ελάχιστο εργατικό κόστος και η σύνταξη νόμιμης και σαφούς οικονομικής προσφοράς κατώτερης ή ίσης με τον προϋπολογισμό των υπό ανάθεση υπηρεσιών, ως το άρθρο 10 παρ. 7 της διακήρυξης ορίζει, καθίσταται ανέφικτη. Και τούτο διότι ο υπόψη προϋπολογισμός είναι υπερβολικά χαμηλός, αφού ετησίως ανέρχεται στο ποσό των 425.000,00€, ενώ το σύνολο του απαιτούμενου νόμιμου ελάχιστου εργατικού κόστους, στην απαρέγκλιτη τήρηση του οποίου υποχρεούται ο ανάδοχος, ανέρχεται ετησίως στο ποσό των 454.744,26€, ήτοι ο προϋπολογισμός της υπόψη διαγωνιστικής διαδικασίας δεν επαρκεί για την κάλυψη του απαιτούμενου νόμιμου ελάχιστου εργατικού κόστους, ενώ, συνακόλουθα, δεν επαρκεί ούτε για τον υπολογισμό κόστους αναλωσίμων υλικών, κόστους ειδών ατομικής υγιεινής, κόστους εργαλείων και μηχανημάτων καθαρισμού, κόστους για τον ειδικό λογαριασμό Παιδικών Κατασκηνώσεων (Ε.Λ.Π.Κ.), εργολαβικού κέρδους και νομίμων κρατήσεων επί της αξίας τιμολογίου.

7. Επειδή, όπως έχει κριθεί κατά πάγια νομολογία, στο στάδιο εξέτασης του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η επικαλούμενη εκ μέρους του προσφεύγοντος βλάβη, δέον να συνίσταται όχι απλώς στην επίκληση παρανομίας ή στη κατά γενικό τρόπο επίκληση παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου αλλά σε μία νομική και πραγματική κατάσταση, η οποία ανάγεται σε πραγματικά περιστατικά, συγκεκριμένα και αρκούντως εξειδικευμένα, βάσει των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή στο διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται άμεσα ή έμμεσα το αποτέλεσμα λόγω αδυναμίας του προσφεύγοντος να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις, με αποτέλεσμα να δημιουργείται μια προσωρινά προστατευτέα κατάσταση που να δικαιολογεί τη χορήγηση προσωρινού μέτρου (ΣΤΕ ΕΑ 86/2018, ΣΤΕ Ολ 12-15/2018, πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ Ολ 146-148/2016, ΔΕφΑθ 26/2019).

Αριθμός απόφασης: Α 254 / 2019

8. Επειδή, κατά τα προλεχθέντα η υπό κρίση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε δε περίπτωση η προσφεύγουσα επικαλείται συγκεκριμένους λόγους για τους οποίους η Προσφυγή της θα πρέπει να γίνει δεκτή, αφού, ως ισχυρίζεται, οι υπόψη όροι της διακήρυξης είναι παράνομοι και υφίσταται άμεση βλάβη στα συμφέροντά της εξ αυτών, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή η (λυσιτελής) συμμετοχής της στον διαγωνισμό (ΔΕφ.Αθ. 26/2019), αναφέροντας τα συγκεκριμένα πραγματικά εκείνα στοιχεία που χρειάζονται, ώστε να μπορεί να κριθεί εάν οι πλημμέλειες των όρων που προσβάλλονται καθιστούν ανέφικτη ή πάντως ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή της (ΣΤΕ ΕΑ 86/2018). Τούτων δοθέντων, οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με τους προσβαλλόμενους όρους της υπό εξέταση διακήρυξης, χρήζουν ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχουν, δε, κρίση που δε 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).

9. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αλλά και των υπολοίπων συμμετεχόντων εκ της συνέχισης του διαγωνισμού και σε περίπτωση τυχόν ακύρωσης της προσβαλλόμενης είναι πρόδηλη, αφού θα έχει ως αποτέλεσμα την ακύρωση των επόμενων πράξεων της αναθέτουσας αρχής για τον υπό κρίση διαγωνισμό και τελικώς την ματαίωση αυτού, οδηγώντας σε καθυστέρηση της υπόψη υπηρεσίας.

10. Επειδή, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή εννοία αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων, διασφαλιστικό μέτρο είναι η, έως και την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

11. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων κατά τα

Αριθμός απόφασης: Α 254 / 2019

προλεχθέντα (βλ. σκέψη 4), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας της υπ' αριθ. (αρ. πρωτ) διακήρυξης, αναφορικά με τον διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για την «.....», μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προδικαστικής Προσφυγής και ορίζει ως κατάλληλο μέτρο τη μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών μετά είκοσι (20) ημερών από την ημερομηνία ορισμού εξέτασης (25.06.2019) της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 10 Ιουνίου 2019, συντάχθηκε αυθημερόν από τον Εισηγητή και εκδόθηκε.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Μαρία Κων. Μανδράκη

Αθηνά Μπουζιούρη