

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΑΠΟΦΑΣΗ Α23/2017

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 30 Οκτωβρίου 2017, δυνάμει της Πράξης 15/2017 (αρ. πρωτ. οικ. 516/19.10.2017) του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη - Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής που σωρεύεται στην από 17.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/159/17.10.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης IV/27/17.10.2017 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενου,

Κατά του υπ' αριθμ. 37/07.10.2017 αποσπάσματος Πρακτικού του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής «.....», με το οποίο εγκρίθηκε το Πρακτικό 1 της Επιτροπής Αξιολόγησης προσφορών, στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ) Διακήρυξης με αντικείμενο την «.....», με προϋπολογισμό €617.745,13 μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (πλέον δικαιώματος προαίρεσης €308.872,57 μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ) και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής.

Με την Προσφυγή της η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί το υπ' αριθμ. 37/07.10.2017 απόσπασμα Πρακτικού του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής, με το οποίο αποφασίστηκε ο αποκλεισμός της προσφοράς της από τη συνέχεια της διαγωνιστικής διαδικασίας, και να επιτραπεί η συμμετοχή της σε αυτήν.

Με το αίτημα αναστολής η προσφεύγουσα επιδιώκει να ανασταλούν: α) η εκτέλεση του υπ' αριθμ. 37/07.10.2017 αποσπάσματος Πρακτικού του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής και β) η συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, προκειμένου να μη δημιουργηθούν τετελεσμένες καταστάσεις.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης της Εισηγήτριας Μαρίας-Ελένης Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει, δυνάμει των σχετικών από 16.10.2017 και 20.10.2017 Βεβαιώσεων της ΑΕΠΠ, πως έχουν προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, τα ηλεκτρονικά παράβολα υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικούς και, συνολικού ποσού ευρώ τεσσάρων χιλιάδων εξακοσίων τριάντα πέντε (€4.635,00), σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (Α' 64).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία άσκησε την από 16.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή της με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/159/17.10.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης IV/27/17.10.2017, κάνοντας 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 ΑΕΠΠ είναι καθ' ύλην αρμόδια βάσει του συνολικού ποσού της Διακήρυξης του Διαγωνισμού (εκ ποσού €617.745,13 μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%, πλέον δικαιώματος προαίρεσης 308.872,57 μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%), σύμφωνα με το άρθρο 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και του άρθρου 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, ενώ επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016 τροποποιηθείσας της διάταξης δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 Ν. 4487/2016 (ΦΑΚ Α' 116) δεδομένου πως η έναρξη της αντίστοιχης διαγωνιστικής διαδικασίας ξεκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα εταιρία προσέβαλε το υπ' αριθμ. 37/07.10.2017 απόσπασμα Πρακτικού του ΔΣ της, το οποίο αναρτήθηκε στο ΕΣΗΔΗΣ την 13.10.2017, καθώς η Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί την 17.10.2017, ήτοι εντός της προθεσμίας που ορίζει το άρθρο 361 παρ. 1 περ. (α) του Ν. 4412/2016 σε συνδυασμό με το άρθρο 4 παρ. 1 περ. (α) του Π.Δ. 39/2017.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα έχει έννομο συμφέρον, αφού έχει ήδη συμμετάσχει στον εν λόγω Διαγωνισμό καταθέτοντας προσφορά, και με υφιστάμενη βλάβη, όπως απαιτείται από το άρθρο 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016, αμφισβητώντας την νομιμότητα του αποκλεισμού της προσφοράς της δυνάμει του υπ' αριθμ. 37/07.10.2017 αποσπάσματος Πρακτικού του ΔΣ της

6. Επειδή η προσφορά της προσφεύγουσας αποκλείστηκε με το προσβαλλόμενο Πρακτικό με την εξής αιτιολογία: «Α) Η εταιρία δεν προσκόμισε σύμφωνα με την παρ. 2.2.5 β) της Διακήρυξης, Τραπεζική Βεβαίωση περί δανειοληπτικής ικανότητας, αξίας τουλάχιστον εκατό χιλιάδων ευρώ (100.000,00 ευρώ). Β) Δεν προσκόμισε φορολογική και ασφαλιστική ενημερότητα σύμφωνα με την παρ. 2.2.3.2 της Διακήρυξης. Γ) Σύμφωνα με τον όρο 2.2.6 (II) ΣΤ της Διακήρυξης υπέβαλε την υπ' αριθμ. 16.463 Ένορκη Βεβαίωση του Συμβολαιογράφου με την οποία δηλώνει ότι δεν έχει επιβληθεί σε βάρος της εταιρίας Πράξη Επιβολής Προστίμου για παραβιάσεις της Εργατικής Νομοθεσίας (Υψηλής) ή (Πολύ υψηλής) σοβαρότητας. Επίσης, στο Ε.Ε.Ε.Π. στην ερώτηση αν ο οικονομικός φορέας έχει εν γνώσει του παραβιάσει τις υποχρεώσεις του στον τομέα του εργατικού δικαίου, έχει απαντήσει «ΟΧΙ». Σύμφωνα όμως με το απαντητικό έγγραφο του Σ.Ε.Π.Ε., έχουν επιβληθεί τα εξής πρόστιμα στην εν λόγω εταιρία: στις 19-06-2015 ποσό 3.050,00 ευρώ (πολύ υψηλής σοβαρότητας), στις 19-8-2015 ποσό 1.550,00 ευρώ (πολύ υψηλής σοβαρότητας), στις 14-07-2017 ποσό 1.500,00 ευρώ (υψηλής σοβαρότητας), στις 14-07-2017 ποσό 1.500,00 ευρώ (πολύ υψηλής σοβαρότητας), στις 14-07-2017 ποσό 2.250,00 ευρώ (πολύ υψηλής σοβαρότητας). Ως εκ τούτου, η συμμετέχουσα σύμφωνα με την παρ. 2.2.3.3 (ζ') της Διακήρυξης κρίνεται ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων. Συνεπώς, η συμμετέχουσα για όλους τους ανωτέρω λόγους, πρέπει να αποκλειστεί».

7. Επειδή η προσφεύγουσα επικαλείται τους εξής λόγους: 1) Ως προς την κατηγορία της υποβολής σοβαρών ψευδών δηλώσεων σχετικά με την τέλεση ή μη παραβάσεων «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι: α. πρόκειται για δυνητικό λόγο αποκλεισμού που προϋποθέτει τη διατύπωση κρίσης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής περί της σοβαρότητας της ψευδούς δήλωσης και ως προς το πώς επηρεάζει τη φερεγγυότητα του υποψηφίου, β. ότι ομοίως η διαβάθμιση αλλά και ο χρόνος και ο τρόπος διαπίστωσης της σοβαρότητας του επαγγελματικού

παραπτώματος εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής δεν είναι σαφώς ορισμένα, γ. ότι κατά παράβαση του ουσιώδους τύπου της διαδικασίας και του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016, ουδέποτε κλήθηκε να παράσχει διευκρινίσεις επί της ένορκης βεβαίωσής της και δ. ότι οι πράξεις επιβολής προστίμου της 14.07.2017, οι οποίες ανακλήθηκαν δυνάμει της από 10.10.2017 απόφασης του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας, δεν ήταν σε γνώση της νομίμου εκπροσώπου της εταιρίας κατά τη σύνταξη της ένορκης βεβαίωσης. 2) Ως προς τη μη προσκόμιση της Τραπεζικής Βεβαίωσης περί δανειοληπτικής ικανότητας, της ασφαλιστικής και της φορολογικής ενημερότητας, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι πρόκειται για δικαιολογητικά κατακύρωσης, τα οποία υποβάλλονται από τον προσωρινό ανάδοχο σε άλλο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας.

8. Επειδή η προσφεύγουσα μετά ταύτα αιτείται να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας και ειδικότερα η αποσφράγιση και αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών του ηλεκτρονικού δημόσιου διαγωνισμού με Α/Α ΕΣΗΔΗΣ και αρ. πρωτ., με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου παροχής υπηρεσιών «..... (CPV)» έως την έκδοση απόφασης επί της ασκηθείσας Προσφυγής.

9. 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».

10. 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».

11. 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.

12. 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.

13. 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), που δεν διαφοροποιείται

εν προκειμένω από το ισχύον πλαίσιο του Ν. 4412/2016, 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.

14. Επειδή η υπό κρίση Προσφυγή σύμφωνα με τις ανωτέρω σκέψεις έχει ασκηθεί παραδεκτά και το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας πρέπει να γίνει δεκτό, καθώς πιθανολογείται παραβίαση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις, και για να αποτραπεί η ζημία των συμφερόντων της προσφεύγουσας.

15. Επειδή έχουν ασκηθεί άλλες δύο προσφυγές στο πλαίσιο της ίδιας διαγωνιστικής διαδικασίας, αμφότερες στρεφόμενες κατά της υπ' αριθμ. 37/07.10.2017 απόφασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, και ειδικότερα: α) η υπό ΓΑΚ 166/20.10.2017 και ΕΑΚ IV/29/20.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα «.....» και β) η υπό ΓΑΚ 180/23.10.2017 και ΕΑΚ IV/32/23.10.2017 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα «.....». Η εξέταση και των τριών Προσφυγών έχει ορισθεί για την 20.11.2017, δυνάμει της υπ' αριθμ. 19/2017 Πράξης του Προέδρου του 4^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

Δια ταύτα

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας εταιρίας.

Διατάσσει την αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ήτοι της αποσφράγισης των οικονομικών προσφορών, της αξιολόγησης αυτών και της ανάδειξης αναδόχου μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 30.10.2017 και δημοσιεύθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος του 4ου Κλιμακίου

Η Γραμματέας του 4ου Κλιμακίου

Ιωάννης Κίτσος

Μελπομένη Τσιαλαφούτα