

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

5^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 26.11.2020 με την εξής σύνθεση:
Μιχαήλ Οικονόμου - Πρόεδρος, Σταυρούλα Κουρή - Εισηγήτρια και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από 23-11-2020 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1708/23-11-2020 της εταιρίας με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «...», νόμιμα εκπροσωπούμενης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση ακυρωθεί η από 3.11.2020 και υπ' αριθ. ... διακήρυξη του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου με την επωνυμία ... για την ανάθεση της σύμβασης «Παροχή Υπηρεσιών Εστίασης [Διανομή Γευμάτων (72 Τραπεζοκόμοι) - (9 Βοηθοί Μαγείρων) (9 Μεταφορείς) & (5 Λαντζέρηδες)] της Οργανωτικής Μονάδας 'Ευαγγελισμός'», άλλως, και σε περίπτωση που ήθελε κριθεί ότι η ακυρότητα των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης δεν επάγεται ακυρότητα του συνόλου της διακήρυξης να ακυρωθούν κατά σειρά οι προσβαλλόμενοι επί μέρους όροι της διακήρυξης. Ταυτόχρονα η προσφεύγουσα σωρεύει αίτημα αναστολής της προόδου του διενεργούμενου διαγωνισμού.

Αριθμός απόφασης: Α 264/2020

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή «...» με την υπ' αρ. πρωτ. ... διακήρυξη προκήρυξε διεθνή διαγωνισμό για την ανάθεση με ανοικτή ηλεκτρονική διαδικασία της δημόσιας σύμβασης «Παροχή Υπηρεσιών Εστίασης [Διανομή Γευμάτων (72 Τραπεζοκόμοι) - (9 Βοηθοί Μαγείρων) (9 Μεταφορείς) & (5 Λαντζέρηδες)] της Οργανωτικής Μονάδας 'Ευαγγελισμός', CPV 55320000-9, διάρκειας δώδεκα (12) μηνών. Η εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται στο ποσό των 1.109.042,26€ (μη συμπ/νου του αναλογούντος ΦΠΑ), πλέον δικαιώματος προαίρεσης για επιπλέον δώδεκα (12) μήνες). Η σύμβαση θα ανατεθεί με το κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής. Η εν λόγω διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ στις 23-10-2020, καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 3-11-2020 και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με συστημικό αριθμό α/α ... και με καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στις 27-11-2020. Η προσφεύγουσα στις 11-11-2020 ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού αίτημα παροχής διευκρινίσεων επί συγκεκριμένων όρων της διακήρυξης. Η αναθέτουσα αρχή στις 25-11-2020 ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού απόσπασμα της 42ης Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου του ..., με την οποία αποφάσισε i) την παροχή των διευκρινίσεων στην εταιρεία «...» και στην εταιρεία «...», ii) τη μετάθεση α) της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ για τον προκείμενο διαγωνισμό, β) της ημερομηνίας της ηλεκτρονικής αποσφράγισης αυτών και γ) της προθεσμίας για την υποβολή διευκρινίσεων επί των όρων της διακήρυξης κατά δέκα ημέρες, iii) την τροποποίηση της αριθμ. ... διακήρυξης και κατά το σκέλος που αφορά στο διέπον αυτή νομοθετικό πλαίσιο ώστε να αναφερθεί ότι συμπεριλαμβάνεται σε αυτό και ο Ν. 4727/2020 «Ψηφιακή Διακυβέρνηση-Ηλεκτρονικές Υπηρεσίες» και δη τα άρθρα 12-16 αυτού περί ηλεκτρονικών δημοσίων και ιδιωτικών εγγράφων, διότι οι ρυθμίσεις του ασκούν επίδραση στα υποβαλλόμενα από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς δικαιολογητικά συμμετοχής και κατακύρωσης και iv) την ανάρτηση της απόφασης στο διαδίκτυο. Σημειώνεται δε ότι, καίτοι με την ανωτέρω απόφαση παροχής διευκρινίσεων αποφασίστηκε, μεταξύ άλλων, η μετάθεση της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ για τον προκείμενο

Αριθμός απόφασης: Α 264/2020

διαγωνισμό, ως και η μετάθεση της ημερομηνίας της ηλεκτρονικής αποσφράγισης αυτών, εντούτοις δεν προσδιορίστηκε με την απόφαση αυτή η νέα καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών στην πλατφόρμα του ΕΣΗΔΗΣ και κατ' ακολουθία ούτε η νέα ημερομηνία της ηλεκτρονικής αποσφράγισης αυτών. Ωστόσο, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού αναφέρεται πλέον ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 7^η-12-2020 και ώρα 15.00.

3. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η οποία ασκήθηκε προ της έκδοσης από την αναθέτουσα αρχή των ανωτέρω διευκρινίσεων, η προσφεύγουσα εταιρία βάλλει κατά της ανωτέρω διακήρυξης και δη α) κατά του όρου 2.4.4. της διακήρυξης υπό τον τίτλο «Περιεχόμενα Φακέλου «Οικονομική Προσφορά»/Τρόπος σύνταξης και υποβολής οικονομικών προσφορών» προβάλλοντας ότι ο προϋπολογισμός της προς σύναψη Συμβάσεως υπολείπεται του ελάχιστου οριζόμενου στο νόμο εργατικού κόστους, β) κατά του όρου 2.2.5. υπό τον τίτλο 'Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια' και 2.2.10.2. υπό τον τίτλο 'Αποδεικτικά Μέσα' -και- γ) κατά του όρου 2.2.7. υπό τον τίτλο 'Πρότυπα Διασφάλισης Ποιότητας'. Οι αναλυτικοί ισχυρισμοί με τους οποίους επιχειρείται η στοιχειοθέτηση των προαναφερόμενων λόγων θα αναπτυχθούν κατά την εξέταση της υπό κρίση προσφυγής.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή δεν κατέθεσε απόψεις επί του αιτήματος του προσφεύγοντος, περί λήψης προσωρινών μέτρων, έως την ημέρα εξέτασης αυτού.

5. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ...), ποσού 5.545,21€.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικείμενου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

7. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, 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 264/2020

πράξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 3-11-2020, η δε εξεταζόμενη προσφυγή ασκήθηκε στις 23-11-2020.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 5^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017 και τη με αρ. 2008/23-11-2020 Πράξη του Προέδρου του 5^{ου} Κλιμακίου.

9. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας καταρχήν στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι, ως δηλώνει, λόγω των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης αποκλείεται, άλλως δυσχεραίνεται ουσιωδώς η συμμετοχή της στο διαγωνισμό. Σε κάθε δε περίπτωση κατά την περαιτέρω εξέταση της υπόψη προδικαστικής προσφυγής θα διαληφθεί ειδική κρίση περί του εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας επί εκάστου των προβαλλόμενων λόγων.

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

11. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων της σκέψης 8 της παρούσας και δη: α) εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας και της δυνατότητας υποβολής σχετικού αιτήματος από τον προσφεύγοντα, 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”*,

Αριθμός απόφασης: Α 264/2020

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 του προσφεύγοντος, συμπεριλαμβανομένων, εξάλλου, των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία, 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.

12. Επειδή, 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 του προσφεύγοντος, 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.

13. 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 νόμιμη απόφαση 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 συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του συγκεκριμένου σταδίου της προκηρυχθείσας διαδικασίας.

14. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της υπ' αρ. 2008/2020 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου, λίαν

Αριθμός απόφασης: Α 264/2020

συντόμως και δη για τις 29-12-2020, η όποια επίπτωση από τυχόν αναστολή για εύλογο χρόνο της προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή ή τρίτους.

15. 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 καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής προσφορών έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής. Η αναστολή αυτή, προς το σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής 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 αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την έκδοση απόφασης επί της εν προκειμένω προσφυγής, κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής, που σωρεύεται στην συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, πρέπει να γίνει δεκτό.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αναστέλλει την διαγωνιστική διαδικασία που προκηρύχθηκε από την αναθέτουσα αρχή με την υπ' αρ. ... διακήρυξη και δη αναστέλλει την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της ασκηθείσας προδικαστικής προσφυγής.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω

Αριθμός απόφασης: Α 264/2020

αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 26-11-2020 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΟΙΚΟΝΟΜΟΥ ΜΙΧΑΛΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΚΑΤΣΑΡΟΥ ΜΑΡΙΑ