

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

7^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στις 17 Σεπτεμβρίου 2021 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 6.09.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1724/7-09-2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «.....», με τον διακριτικό τίτλο «.....», εφεξής «ο προσφεύγων», που εδρεύει στο

Κατά του και κατά της με αριθμ. διακήρυξης, εφεξής «η προσβαλλομένη».

Με την προδικαστική προσφυγή του στην οποία σώρευσε και αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 846,80 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό, την από 6-09-2021 πληρωμή στην και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης

δέσμευσης) που υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης ποσού 169.354,84€.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη διακήρυξή της προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό για την παροχή της υπηρεσίας φύλαξης των χώρων του Νοσοκομείου με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η οποία προσδιορίζεται αποκλειστικά βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή) για το σύνολο των χώρων που περιγράφονται στη διακήρυξη.

3. Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 24-08-2021 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 6.09.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι, ως ισχυρίζεται ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 27-08-2021 μετά την καταχώρησή της στο ΕΣΗΔΗΣ και σε κάθε περίπτωση η διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 24-08-2021. Περαιτέρω, η υπό κρίση προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6.Επειδή, ο προσφεύγων, ο οποίος, ως ισχυρίζεται, δραστηριοποιείται στο χώρο της παροχής υπηρεσιών φύλαξης και, καταρχήν, διαθέτει τα απαιτούμενα προσόντα για τη συμμετοχή του στο διαγωνισμό, αδυνατεί να συμμετάσχει στο διαγωνισμό εξαιτίας των όρων 2.2.6 η και 2.4.3.2 της διακήρυξης, οι οποίοι, κατά τους ισχυρισμούς του τυγχάνουν παράνομοι και ακυρωτέοι. Συνεπώς, καταρχήν μετ' εννόμου συμφέροντος αιτείται να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επισημαίνεται ότι ο

προσφεύγων κατέθεσε προσφορά στον εν λόγω διαγωνισμό με την επιφύλαξη αναφορικά με τη νομιμότητα των όρων 2.2.6.η και 2.4.3.2..... της διακήρυξης, που, κατά τους ισχυρισμούς του, προκαλούν βλάβη στην εταιρεία του και την εμποδίζουν να συμμετάσχει στο διαγωνισμό.

7. Επειδή στις 8-09-2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς τους έτερους ενδιαφερόμενους στη διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 2306/2021 Πράξη της Προέδρου του 7ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ απόψεις της επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων και επί της προσφυγής.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 7ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

11. Επειδή, με την προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι τυγχάνουν παράνομοι και θα πρέπει να ακυρωθούν οι όροι 2.2.6 και 2.2.4.3.2..... της διακήρυξης καθώς ως έχουν τεθεί δεν επιτρέπουν τη συμμετοχή στο διαγωνισμό σε υποψηφίους που διαθέτουν υπαλλήλους με άδειες εργασίας προσωπικού ασφαλείας των ιδιωτικών επιχειρήσεων παροχής υπηρεσιών ασφαλείας επιπέδου Α, ανεξαρτήτως τίτλων επαγγελματικής κατάρτισης όπως αναφέρονται στο άρθρο 1 της ΚΥΑ 4892/1/76-γ'.

12. Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής: *«[...]Σύμφωνα με την πάγια νομολογία των διοικητικών δικαστηρίων, η Διοίκηση είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης ως προς τις υπό ανάθεση υπηρεσίες, καθορίζοντας τα ειδικότερα τεχνικά χαρακτηριστικά τους και τις ανάγκες της υπηρεσίας από ποσοτική και ποιοτική άποψη (ΕΑ ΣτΕ 676/2011, 1025/2010, 691/2009, 1049/2007). Η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών, που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι*

Αριθμός Απόφασης: Α426/2021

συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων.

Η Αναθέτουσα Αρχή έχοντας συμπεριλάβει στον εν λόγω όρο της διακήρυξης ως απαίτηση, το προσωπικό που θα εργασθεί για την εκτέλεση του έργου, να κατέχει άδεια εργασίας ως προσωπικό ασφαλείας, σε ισχύ, πιστοποιητικό επαγγελματικής κατάρτισης επιπέδου 1, και να πληροί τις προϋποθέσεις των κείμενων διατάξεων ήτοι :

- Αρ.6, παρ. 1α και 4β του Ν.2009/1992 (ΦΕΚ 18/Α/14.02.1992)
- ΚΥΑ 1016/109/183/2012 (ΦΕΚ 606/Β/05.03.2012)
- ΚΥΑ 4892/1/76-γ/2010 (ΦΕΚ-Β'664/17.05.2010), όπως

τροποποιήθηκε με την ΚΥΑ 1016/109/183/2012

και δεδομένου ότι με βάσει τα όσα αναφέρονται στο Άρθρο 1 της ΚΥΑ 4892/1/76-γ/2010 «Άρθρο 1 Καθορισμός τίτλων επαγγελματικής κατάρτισης που απαιτούνται για την έκδοση άδειας εργασίας κατηγορίας Α' της παρ. 2 του άρθρου 3 του ν. 2518/1997 Για την έκδοση αδειας εργασίας προσωπικού ασφαλείας των Ιδιωτικών Επιχειρήσεων Παροχής Υπηρεσιών Ασφαλείας κατηγορίας Α', απαιτείται ο ενδιαφερόμενος να κατέχει έναν εκ των κατωτέρω τίτλων επαγγελματικής κατάρτισης: α. δίπλωμα επαγγελματικής κατάρτισης επιπέδου μεταδευτεροβάθμιας επαγγελματικής κατάρτισης της ειδικότητας «Στέλεχος Υπηρεσιών Ασφαλείας», β. πιστοποιητικό επαγγελματικής κατάρτισης επιπέδου 1 της ειδικότητας «Προσωπικό Ασφαλείας» του Οργανισμού Επαγγελματικής Εκπαίδευσης και Κατάρτισης (Ο.Ε.Ε.Κ.) ή του Εθνικού Κέντρου Πιστοποίησης Συνεχιζόμενης Επαγγελματικής Κατάρτισης (Ε.ΚΕ.ΠΙΣ.) ή του Κέντρου Μελετών Ασφάλειας (ΚΕ.ΜΕ.Α.)» στην ουσία δεν αποκλείει την προσφορά συμμετέχοντος που απασχολεί προσωπικό που διαθέτει άδεια εργασίας διαθέτοντας έναν από τους ανωτέρω τίτλους σπουδών. Συμπερασματικά, θεωρούμε ότι η Αναθέτουσα Αρχή ουδέποτε προσπάθησε να περιορίσει τον ανταγωνισμό, δεδομένου ότι μέχρι και σήμερα, δύο μέρες πριν την εκπνοή της προθεσμίας υποβολής ηλεκτρονικών προσφορών δεν έχει κατατεθεί κανένα άλλο έγγραφο αίτημα από εταιρίες που έχουν εκδηλώσει το ενδιαφέρον τους μέσω του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού για τροποποίηση του συγκεκριμένου όρου. Επίσης, ενώ έχουν κατατεθεί πλείστα έγγραφα παροχής διευκρινίσεων ουδεμία από τις

ενδιαφερόμενες εταιρίες έχει εκφράσει οποιονδήποτε προβληματισμό με τον συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης. Δια όλους τους παραπάνω λόγους αιτούμαστε να απορριφθεί στο σύνολο της η προσφυγή της εταιρείας «..... με Δ.Τ.» ως απαράδεκτη».

13. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (σελ. 15)

Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν :

α) [.....]

β) [.....]

γ) [.....]

δ) [.....]

ε) [.....]

ζ) [...]

η) Να διαθέτουν το απαιτούμενο προσωπικό φύλαξης το οποίο θα πρέπει να κατέχει άδεια εργασίας ως προσωπικό ασφάλειας, σε ισχύ, πιστοποιητικό επαγγελματικής κατάρτισης επιπέδου 1, και να πληροί τις προϋποθέσεις των κείμενων διατάξεων:

Αρ.6, παρ. 1α και 4β του Ν.2009/1992 (ΦΕΚ 18/Α/14.02.1992)

ΚΥΑ 1016/109/183/2012 (ΦΕΚ 606/Β/05.03.2012)

ΚΥΑ 4892/1/76-γ/2010 (ΦΕΚ-Β´664/17.05.2010), όπως τροποποιήθηκε με την ΚΥΑ 1016/109/183/2012.»

14. 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».

15.Επειδή σύμφωνα με την παρ. 1 του άρθρου 360 «Δικαίωμα άσκησης προσφυγής» του ν. 4412/2016 ορίζεται ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

16.Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 366 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 προβλέπεται ότι : «1. 1. Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3) ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της[...].».

17.Επειδή, 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». Επομένως, η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής -λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των, κατ' ελάχιστον, αμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και, ειδικότερα, η ρύθμιση μέχρι τότε μιας

κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

18. Επειδή, προϋπόθεση της παροχής προσωρινών μέτρων υπέρ του αιτούντος είναι: α) η παραδεκτή άσκηση της προσφυγής, β) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του και κριτήριο επιλογής του κατάλληλου ασφαλιστικού μέτρου, γ) η πιθανολόγηση βασιμότητας έστω κι ενός εκ των προβαλλόμενων λόγων, καθώς καθίσταται σαφές ότι προδήλως αβάσιμη – ως και προδήλως απαράδεκτη – προσφυγή δεν δύναται να θεμελιώσει αίτημα αναστολής και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη (άρθρο 15 του ΠΔ 39/2017 και 366 του Ν. 4412/2017).

19. Επειδή για την οριστική κρίση επί των ισχυρισμών του προσφεύγοντος περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη, απαιτείται ενδελεχής έρευνα που δεν 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), αλλά απαιτείται η λεπτομερής επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού, των προβαλλόμενων ισχυρισμών αλλά και των απόψεων της αναθέτουσας αρχής, σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και την σχετική νομολογία, καθώς και, ενδεχομένως, περαιτέρω αναζήτηση διευκρινήσεων ή/και εγγράφων, προκειμένου το παρόν Κλιμάκιο να αχθεί σε σχετική οριστική κρίση.

20. Επειδή, α) η υπό κρίση Προσφυγή δεν παρίσταται προδήλως απαράδεκτη, β) ενδέχεται να υφίσταται βλάβη του αιτούντος από την προσβαλλόμενη πράξη, γ) οι λόγοι της υπό κρίση προσφυγής δεν παρίστανται καταρχήν προδήλως αβάσιμοι, δεδομένου ότι η οριστική απόφαση περί της βασιμότητας της προσφυγής χρήζει περαιτέρω εξέτασης και δ) δεν υφίσταται, από την πλευρά της αναθέτουσας αρχής επίκληση συγκεκριμένης ζημίας, που ανάγεται στο πεδίο του υπέρτερου δημοσίου

συμφέροντος ως προς την ανάγκη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

21. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, η οποία (αναστολή) δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά βεβαία και εύλογη διάρκεια, δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της Προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαγωνιστική διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της Αναθέτουσας Αρχής για ταχεία πρόοδο και ολοκλήρωση αυτής. Περαιτέρω, πέραν του γεγονότος ότι - ως προελέχθη - δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από την αναθέτουσα αρχή, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων της, δηλαδή, σε σχέση με τη χορήγηση προσωρινών μέτρων, δεν υπάρχει επίκληση ζημίας από κάποιον τρίτο που να αποδεικνύει έννομο συμφέρον, ως προς την ad hoc προξενούμενη βλάβη των συμφερόντων του σε περίπτωση χορήγησης προσωρινών μέτρων. Σε κάθε δε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων δεν είναι περισσότερες από τα οφέλη. Επομένως παρίσταται αναγκαιότητα αναστολής της εξέλιξης της διαγωνιστικής διαδικασίας.

22. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να δίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας.

Διατάσσει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

Αριθμός Απόφασης: Α426/2021

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 17-09-2021.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΥΣΑΝΘΗ ΖΑΡΑΡΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΜΙΧΑΛΑΚΟΥΔΗ