

Αριθμός απόφασης: Α 479 / 2018

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 29.10.2018, με την εξής σύνθεση: Νεκταρία – Πηγελόπη Ταμανίδη, Πρόεδρος, Μέλη Κωνσταντίνος Κορομπέλης, και Κυριακή Σιδηροπούλου Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην από 18.10.2018 (ημερομηνία καταχώρησης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξετασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΒΗ) 1076/18-10-2018 και χρέωσης στο 4ο Κλιμακίο στις 19.10.2018, της εισιτορίας με την επωνυμία:

„ γ „, με δ.τ. «
(εφεξής «προσφεύγουσα») που εδρεύει στην
., ως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά της Αναθέτουσας Αρχής με την επωνυμία «
., που εδρεύει στην Αθήνα όπως
εκπροσωπείται νόμιμα (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή»).

Η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. Φ 800/69/8408/Σ.2205/5.10.2018 απόφασης του Διευθυντή Συντονιστή του
. που εδρεύει στην με την οποία κατ αποδοχή του υπ. Αριθ. Πρωτ. 8262/1.10.2018 Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού για την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης του Διαγωνισμού η εταιρεία «.» έναντι ποσού ευρώ 115.640,34, ενώ η προσφεύγουσα αναδείχθηκε δεύτερη μειοδότρια έναντι ποσού ευρώ

Αριθμός απόφασης: Α 479 / 2018

116.400,00, αναφορικά με τον ανοικτό, δημόσιο ηλεκτρονικό διαγωνισμό που προκηρύχτηκε με την υπ. Αριθ. Διακήρυξη για την ανάθεση

..... συνολικού προϋπολογισμού 150.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 21.05.2018 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 21.05.2018, όπου έλαβε Συστηματικό Αριθμό: α/κ

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτήν έγινε δεκτή η οικονομική προσφορά της εταιρείας:

~~και κατακύρωθηκε ο υπό κρίση διαγωνισμός στην εταιρεία αυτή~~

Επέρωθεν, 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, ιδίως δε η υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης της εταιρείας

, η αποσφράγιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η αξιολόγηση αυτών, η ανάδειξη οριστικού αναδόχου και η υπογραφή σχετικής σύμβασης με την εταιρεία «.....» μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας προδικαστικής προσφυγής ή, άλλως, να οριστούν όποια μέτρα κρίνει κατάλληλα η Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών..

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Κυριακή Σιδηροπούλου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την υπ' αριθμόν Διακήρυξη του .. προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού, δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάθεση

Αριθμός απόφασης: Α 479 / 2018

συνολικού προϋπολογισμού 150.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συιτισμάτων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 21.05.2018 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 21.05.2018, όπου έλαβε Συστηματικό Αριθμό: α/α

2. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 750,00 € (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α. και εν προκειμένω ανέρχεται σε 750,00 € (150.000,00X 0,5%)

3. Επειδη, έχει γίνει χρήση του τυποποιημένου εντοπου σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ύψους 150.000,00 € χωρίς Φ.Π.Α., σύμφωνα με το άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και του χρόνου δημοσίευσης της Προκήρυξης στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ. (21.05.2018), σύμφωνα με τα άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 - όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν - 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.

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, διθέντος ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς στις 08.10.2018 και η Προδικαστική Προσφυγή ασκήθηκε στις 18.10.2018, ήτοι εντός της δεκαήμερης προβλεπόμενης προθεσμίας.

6. 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. 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 ζημιώθουν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη ...». Θυμίως, δε, ορίζεται και στις διατάξεις του άρθρου 15 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64/04.05.2017).

7. 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 πρόδοsu της διαγωνιστικής διαδικασίας».

8. Επειδή, οίκοθεν προκύπτει ότι η απόφαση επί του αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων, σκοπεί να αποτρέψει τη δημιουργία ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της πρόδοsu του διαγωνισμού. Ετέρωθεν, δεν 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 κατά τούτο την απόφαση επί της προδικαστικής προσφυγής. Στο πλαίσιο αυτό, σκοπός της απόφασης επί αιτήματος αναστολής – λήψης προσωρινών μέτρων είναι η διασφάλιση των αιμφισβητούμενων δικαιωμάτων των προσφευγόντων

Αριθμός απόφασης: Α 479 / 2018

μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς και ειδικότερα η ρύθμιση μέχρι τότε μιας κατάστασης προς αποτροπή επικείμενου κινδύνου ή ανεπανόρθωτης βλάβης ή ζημίας.

9. Επειδή, τα ανωτέρω, άλλωστε, στοιχούν, κατά τα παγίως νομολογιακώς γενόμενα δεκτά και υπό το πρίσμα του προϊσχύσαντος νομοθετικού πλαισίου (Ν. 3886/2010), που δεν διαφοροποιείται εν προκειμένω από το ισχύον πλαισίο του Ν. 4412/16, 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.

10. Επειδή παρέπεται ότι προϋποθέσεις προστασίας είναι τα πλρούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορίσμοι προσωρινών μέτρων αποτελούν α) ως προς το παραδεκτό του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, το προδήλως παραδεκτό της υπό κρίση πραδικαστικής προσφυγής, β) ως προς το βάσιμο του αιτήματος αναστολής – προσωρινών μέτρων, η πιθανολόγηση παραβίασης κανόνα του ενωσιακού ή εθνικού δικαίου για τις δημόσιες συμβάσεις και την ανάγκη λήψης προσωρινών μέτρων για την άρση δυσμενών από την παράβαση αυτή αποτελεσμάτων ή για την αποτροπή της ζημίας των συμφερόντων του αιτούντος (βλ. Ράικο, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, 2014, σελ. 766 επομ.), γ) η ύπαρξη βλάβης του προσφεύγοντος ως στοιχείο του παραδεκτού της αίτησης, θεμελιώνοντας το έννομο συμφέρον του— τεκμαιρόμενη από την ιδιότητα του αιτούντος ως διαγωνιζομένου ή προτιθέμενου βάσει αντικειμένου δραστηριότητας και ρητής δήλωσής του να διαγωνισθεί και δ) να μην προκύπτει από τη στάθμιση όλων των συμφερόντων των εμπλεκομένων μερών που ενδέχεται να ζημιώθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

11. Επειδή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της υπ' αριθ. Φ 800/69/8408/Σ.2205/5.10.2018 απόφασης του Διευθυντή Συντονιστή του Π., με την οποία, κατ αποδοχή του υπ. Αριθ. Πρωτ. 8262/1.10.2018 Πρακτικού της Επιπροπής Διενέργειας του Διαγωνισμού για την αξιολόγηση των οικονομικών προσφορών αναδείχθηκε προσωρινός μειοδότης του Διαγωνισμού η εταιρεία «» έναντι ποσού ευρώ 115.640,34, ενώ η προσφεύγουσα αναδείχθηκε δεύτερη μειοδότρια έναντι ποσού ευρώ 116.400,00, επιδιώκοντας την ακύρωση της ανωτέρω προσβαλλόμενης πράξης κατά το μέρος που με αυτήν μη συννόμως επικυρώθηκαν τα πρακτικά αξιολόγησης με τα οποία προκρίθηκε η προσφορά της εταιρείας » ως αποδεκτής, σωρεύοντας παράλληλα στην

Προσφυγή της αίτημα αναστολής – ορισμού κατάλληλων μέτρων έως ότου κριθεί αυτή. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα με τους λόγους της Προσφυγής της υποστηρίζει ότι, η πρθεφθερά της συνδιαγωνιζόμενης εταιρίας είναι όλως μη νόμιμη και παραβιάζει την εργατική νομοθεσία, η τήρηση της οποίας έχει τεθεί ως όρος επί ποινή απόρριψης προσφοράς καθώς και τους όρους της διακήρυξης επί ποινή αποκλεισμού. Πιο συγκεκριμένα 1..H. παραδοχή και η ρητή δήλωση στο κελί 5 του Πίνακα της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας

ότι δεν θα απολυθούν οι εργαζόμενοι της αλλά θα απασχοληθούν σε άλλα έργα έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τη δήλωση του κόστους αποζημίωσης αδείας στο κελί 7 του Πίνακα της οικονομικής της προσφοράς. Επίσης η ρητή παραδοχή ότι οι εργαζόμενοι της δεν θα απολυθούν συνεπάγεται την υποχρεωτική κάλυψη των ημερών λήψης κανονικής αδείας των εν λόγω εργαζομένων με αντικαταστάτες, με αντίστοιχη απαίτηση για υπολογισμό του εργατικού κόστους των αντικαταστατών. Οποιαδήποτε συμφωνία μεταξύ εργοδότη και εργαζομένου για μη λήψη κανονικής αδείας και παραίτηση εργαζομένου για μη λήψη κανονικής αδείας και παραίτηση εργαζομένου εκ του δικαιώματος αυτού θεωρείται ανυπόστατη. Μη νόμιμη και εσφαλμένη είναι η οικονομική προσφορά που παραβιάζει κατάφωρα τις απαρέγκλιτες διατάξεις της εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας. 2. Υπάρχει πρόδηλη και αδιαμφισβήτητη παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας.

Αριθμός απόφασης: Α 479 / 2018

Ακόμα και στην περίπτωση που το δηλωθέν ποσό 53,22 ευρώ μηνιαίως κατά άτομο στο κελί 5 της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας “

~~ΟΕΡΗ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΗΣ~~ αφορούσε κόστος αντικαταστατών εργαζομένων σε κανονική άδεια, το εν λόγω ποσό δεν επαρκεί και υπολείπεται του ελαχίστου νομίμου κόστους αντικαταστατών εργαζομένων σε κανονική άδεια. Η οικονομική προσφορά της εταιρείας περιλαμβάνει μη νόμιμο και ανεπαρκές κόστος αντικαταστατών εργαζομένων λόγω κανονικής αδείας του προσωπικού που θα απασχοληθεί στην εκτέλεση του έργου.

12. Επειδή, εν προκειμένω, η προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον ασκεί την υπό κρίση Προσφυγή της, αφού - ως ισχυρίζεται - έχει υποβάλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της για την υπόψη σύμβαση, η οποία έγινε αποδεκτή - κατά το στάδιο αξιολόγησης των υποφακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά», και για το λόγο αυτό ευλογά προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, προσδοκία εντούτοις η οποία απομειώνεται εκ του γεγονότος ότι στο αυτό στάδιο του διαγωνισμού έγινε, κατ' εσφαλμένη κρίση της αναθέτουσας αρχής, αποδεκτή η προσφορά των συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας «...»;

13. 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, μη συννόμως έγινε αποδεκτή προσφορά της έτερης συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας καίτοι δεν πληροί τους όρους της Διακήρυξης. Επέκεινα οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της περί παραβίασης του δικαίου των δημοσίων συμβάσεων, ενωσιακού και εθνικού, που συνετελέσθη με την προσβαλλόμενη και με την κρίση αυτής περί παραδεκτής προσφοράς της ανωτέρω συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας, χρήζει ενδελεχούς έρευνας, εμπεριέχει δε τεχνική 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).

14. 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.

15. 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.

16. Επειδή, κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πληρούται η *ratio* της διέπτεξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων-κατά τα προλεχθέντα (βλ. σκέψεις 8 και 9), η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού.

17. Επειδή, επέκεινα νομίμως εικάζεται ότι πληρούνται οι προϋποθέσεις που απαιτούνται για την ικανοποίηση του αιτήματος αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, κατά τα προλεχθέντα (βλ. σκέψη 10), ενώ η υπό εξέταση Προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως απαράδεκτη ή αβάσιμη.

18. Επειδή, σε κάθε περίπτωση κατά την κρίση του παρόντος Κλιμακίου υφίστανται εκείνες οι περιστάσεις, σύμφωνα με τα προαναφερόμενα, προκειμένου να χορηγηθεί αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την περαιτέρω πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. αριθμόν Διακήρυξη του Ι..... δηλ. τη διενέργεια ανοικτού, δημόσιου ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την

Αριθμός απόφασης: Α 479 / 2018

ανάθεση

τυνολικού

προϋπολογισμού 150.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής, η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Λ.Η.Σ) στις 21.05.2018 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) στις 21.05.2018, όπου έλαβε Συστηματικό Αριθμό: α/α

Κρίθηκε, αποφασίστηκε και εκδόθηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 29 Οκτωβρίου 2018.

Η Πρόεδρος

Νεκταρία-Πανελόπη Γαρανίδη

Η Γραμματέας

Γεωργία Παν. Ντεμερούκα

