

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

ΕΠΤΑΜΕΛΗΣ ΣΥΝΘΕΣΗ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της Αρχής στις 10 Δεκεμβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Φώτιος Κατσιγιαννης, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Σταυρούλα Κουρή, Μιχαήλ Οικονόμου, Νικόλαος Σαββίδης και Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σώρευσε στη με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1472/02-12-2019 Προδικαστική Προσφυγή της η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ..., επί της οδού ... αρ....., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «...»).

Κατά της ..., που εδρεύει στην ..., επί της οδού ... αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής «αναθέτουσα αρχή» ή «...») και κατά του από 13-11-2019 (Θέμα 4^ο) Πρακτικού Συνεδρίασης της Συγκλήτου της (εφεξής «προσβαλλόμενη πράξη»), με το οποίο αποφασίστηκε η ανάδειξη της εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής «...») ως προσωρινής αναδόχου του ανοικτού, ηλεκτρονικού, δημόσιου διαγωνισμού που η ... διενεργεί με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για την ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης των κτηριακών της εγκαταστάσεων για τα οικονομικά έτη 2019 και 2020, συνολικού προϋπολογισμού 435.483,87€, πλέον Φ.Π.Α.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αριθμός Απόφασης Α 568 / 2019

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η ..., με τη με αριθμό ... διακήρυξη, την οποία στις 5-11-2019 απέστειλε προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης και ανήρτησε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.), προκήρυξε τον επίμαχο διαγωνισμό. Ο διαγωνισμός διενεργείται ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), με συστημικό αριθμό. Σε αυτόν υπέβαλαν προσφορά πέντε εταιρίες, μεταξύ των οποίων η προσφεύγουσα «...» και η προσωρινή ανάδοχος «...». Κατά το στάδιο αποσφράγισης - αξιολόγησης των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής και τεχνικών προσφορών, με την από 12-03-2019 απόφαση της Συγκλήτου της Σχολής (4ο Θέμα της Συνεδρίασης) αποφασίστηκε η απόρριψη των προσφορών, μεταξύ άλλων, της προσφεύγουσας και της προσωρινής αναδόχου, απόφαση όμως που προσβλήθηκε με προσφυγές ενώπιον της ΑΕΠΠ από αμφότερες τις ως άνω εταιρίες. Με τη με αριθ. 501, 502/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ έγιναν δεκτές αμφότερες οι προσφυγές και ακυρώθηκε η ως άνω απόφαση της αναθέτουσας αρχής κατά το μέρος που απέκλειε τη συμμετοχή των ως άνω εταιρειών από τη συνέχεια του διαγωνισμού. Ακολούθως, και αφού αποσφραγίστηκαν και αξιολογήθηκαν οι οικονομικές προσφορές των διαγωνιζομένων, μεταξύ των οποίων και των δύο ως άνω εταιρειών, με την από 21-06-2019 απόφαση της Συγκλήτου, κατ' έγκριση του με αριθ. 2 Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού, αναδείχθηκε ως προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης η εταιρεία «...». Την απόφαση αυτή προσέβαλε με προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ η εταιρεία «...», η οποία έγινε δεκτή και με τη με αριθμό 947/2019 Απόφασή της η ΑΕΠΠ την ακύρωσε. Το Διοικητικό Εφετείο Αθηνών, όμως, με τη με αριθμό 329/2019 Απόφαση του ΙΔ' Ακυρωτικού Σχηματισμού του ανέστειλε την εκτέλεσή της ως άνω Απόφασης της ΑΕΠΠ,

Αριθμός Απόφασης Α 568 / 2019

δεχόμενο αίτηση αναστολής που είχε ασκήσει σε βάρος της η εταιρεία «...». Μετά ταύτα, το Πρυτανικό Συμβούλιο της ..., κατά την από 13-11-2019 συνεδρίασή του (θέμα 4^ο), κατ' αποδοχή του 3^{ου} πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού σε συμμόρφωση με τη με αριθμό 329/2019 Απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, αποφάσισε την κατακύρωση («προσωρινός ανάδοχος») του διαγωνισμού στο μειοδότη, δηλαδή την εταιρεία «...», σημείωσε δε ότι δεύτερη κατατάσσεται η εταιρεία «...» και τρίτη η προσφεύγουσα. Κατά της τελευταίας αυτής απόφασης της ... επί τω τέλει ακύρωσής της άσκησε η προσφεύγουσα την υπό εξέταση προδικαστική της προσφυγή.

2. Επειδή, η εν λόγω προσφυγή, συναφώς και το αίτημα προσωρινής προστασίας που σωρεύεται σε αυτήν, εισήχθη προς εξέταση ενώπιον της Επταμελούς Σύθεσης της Αρχής, δυνάμει της με αρ. 1867/2019 Πράξης του Προέδρου της, με την οποία επιπλέον ορίστηκε Εισηγητής και ημερομηνία εξέτασης αυτής και σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 353, 355, 360, 362-367 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών, προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ» (ΦΕΚ Α' 147/ 08.08.2016), 1, 2-3, 5-9, 12-15 του π.δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 64/4.5.2017) και 1 παρ. 2-3, 6, 8 και 9 του π.δ. 38/2017 «Κανονισμός Λειτουργίας της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών» (ΦΕΚ Α' 63/4.5.2017).

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες φύλαξης), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ (435.483,87€), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής ως Τριτοβάθμιο Εκπαιδευτικό Ίδρυμα με τη μορφή Νομικού Προσώπου Δημοσίου Δικαίου που ανήκει στη Γενική Κυβέρνηση και της δραστηριότητας που ασκεί που είναι η εκπαίδευση των φοιτητών της, όπως αυτή περιγράφεται στο άρθρο 4 του ν. 4485/2017, καίτοι προκηρύχθηκε ως διεθνής, δεν εμπίπτει στο πεδίο

Αριθμός Απόφασης Α 568 / 2019

εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, εν όψει και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ στις 05-11-2018), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν.

4. Επειδή, από τα αναρτημένα στοιχεία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α ...) προκύπτει ότι η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό 310662480950 0128 0037), ποσού 2.180,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, το οποίο μάλιστα υπερβαίνει το προβλεπόμενο αναλογικό ύψος επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης κατά το ποσό των 2,58€, το οποίο (υπερβάλλον ποσό) και καταβλήθηκε αχρεώστητα.

5. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή αποφάσισε την ανάδειξη της εταιρείας «...» ως προσωρινής αναδόχου του διαγωνισμού σε «συμμόρφωση» σε απόφαση αναστολής του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (329/2019), διότι στην υπό κρίση ένδικη διαφορά η αναθέτουσα αρχή δεν ήταν διάδικος, ούτε στην ανοιγείσα δίκη επί της οποίας εξεδόθη η απόφαση αναστολής του δικαστηρίου ήταν συμπροσβαλλόμενη οποιαδήποτε απόφαση της, ούτε με την ανωτέρω δικαστική απόφαση ανεστάλη η εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασής της. Αντίθετα, διατείνεται η προσφεύγουσα, η επιτροπή του διαγωνισμού και το Πρυτανικό Συμβούλιο της Σχολής όφειλαν να αναμένουν την ΑΕΠΠ να αποφασίσει είτε την δική της έκδοση απόφασης συμμόρφωσης προς την απόφαση ΔΕφΑΘ 329/2019 είτε τη

Αριθμός Απόφασης Α 568 / 2019

μη συμμόρφωσή της προς αυτήν μέχρι να εκδοθεί απόφαση επί της αίτησης ακύρωσης της «...», της οποίας και είχε γίνει δεκτή η αίτηση αναστολής με την ΔΕφΑΘ 329/2019, αν και εφόσον έχει τούτη ασκηθεί από την εταιρεία αυτή. Σε κάθε δε περίπτωση, καταλήγει η προσφεύγουσα, μη νομίμως και απαραδέκτως η αναθέτουσα αρχή υποκατέστησε την ΑΕΠΠ και τις κατά νόμο αρμοδιότητές της, κατά παράβαση του άρθρου 372 παρ. 5 Ν. 4412/2016, και μάλιστα αποφάσισε απαραδέκτως και μη νομίμως τη συμμόρφωσή της σε δικαστική απόφαση (ΔΕφΑΘ 329/2019), δοθέντος ότι η μόνη απόφαση που ανεστάλη ήταν η με αριθμό 947/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ. Για τους λόγους αυτούς επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης του Πρυτανικού Συμβουλίου. Επιπλέον, και προκειμένου να μη ζημιωθεί από τη συνέχιση του διαγωνισμού, δεδομένου ότι θα είναι ιδιαίτερα δυσχερής η επαναφορά των πραγμάτων στην προτεραία κατάσταση, αν γίνει καθ' ολοκληρία δεκτή η προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται και να ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας, ιδίως δε η ανάδειξη οριστικού αναδόχου και η υπογραφή σχετικής σύμβασης, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

6. Επειδή, εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή, με το με αριθ. πρωτ. 4720/05-12-2019 έγγραφο του Πρύτανη της Σχολής, κοινοποιεί τις απόψεις της επί της προσφυγής, στις οποίες εκθέτει ότι μετά την έκδοση της με αριθμό 329/2019 Απόφασης του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών ορθά και νόμιμα ανακήρυξε προσωρινή ανάδοχο της σύμβασης την εταιρεία «...», διότι τούτο προκύπτει ευθέως από την εν λόγω δικαστική απόφαση, σε συνδυασμό με το άμεσο έννομο συμφέρον της προς ολοκλήρωση της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επιπλέον, η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι λόγω του ιστορικού του διαγωνισμού η επίμαχη προδικαστική προσφυγή ασκείται καταχρηστικά.

7. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, κατά την κρίση της παρούσας σύνθεσης, η υπό εξέταση προσφυγή δεν πιθανολογείται

Αριθμός Απόφασης Α 568 / 2019

προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη, σε κάθε περίπτωση περιέχει συγκεκριμένους λόγους για τις πλημμέλειες της προσβαλλόμενης πράξης, που αναφέρονται στη γραμματική διατύπωση της διάταξης της παρ. 5 του άρθρου 372 του ν. 4412/2016. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσον επί του παραδεκτού της προσφυγής όσο και επί της ουσίας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας δεν είναι δυνατόν να διαλάβει η παρούσα σύνθεση στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, αλλά θα διαλάβει κατά την διαδικασία για την έκδοση της οριστικής απόφασης επί της προσφυγής.

8. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 366 του ν. 4412/2016 και 15 του π.δ. 39/2017, η Α.Ε.Π.Π. με απόφασή της μπορεί να διατάσσει προσωρινά μέτρα για να επανορθωθεί εικαζόμενη παράβαση ή να αποτραπεί ζημία των θιγόμενων συμφερόντων, κατά τρόπο, ώστε να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, περίπτωση, όμως που δεν συντρέχει εν προκειμένω. Και τούτο, διότι ο διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο υποβολής και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου. Δεν υπάρχει, επομένως, επόμενο στάδιο, καθώς μετά την οριστική κατακύρωση της σύμβασης, θα απομένει η εγκριτική απόφαση του σταδίου αυτού να παράγει τα έννομα αποτελέσματά της, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 105 του ν. 4412/2016 και να υπογραφεί η υπό ανάθεση σύμβαση. Δοθέντος ότι ασκήθηκε η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή, η υπογραφή της σύμβασης δεν δύναται να πραγματοποιηθεί, αφού αντίκειται στο κείμενο νομοθετικό πλαίσιο και σε κάθε περίπτωση θα είναι άκυρη, σύμφωνα με τα άρθρα 364 και 368 του ν. 4412/2016 και 6 του π.δ. 39/2017. Κατά συνέπεια, στο παρόν στάδιο δεν υφίσταται βλάβη η προσφεύγουσα, ούτε πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας ούτε επικείμενο κίνδυνο διατρέχει ούτε ζημία

Αριθμός Απόφασης Α 568 / 2019

υφίσταται. Η από την προσβαλλόμενη πράξη του αναθέτοντος φορέα επικαλούμενη ζημία της, εξάλλου, δεν μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της. Συνακόλουθα, καθώς δεν πληρούται η ratio της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων ή δύσκολα αναστρέψιμων καταστάσεων λόγω της προόδου του διαγωνισμού, το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας θα πρέπει να απορριφθεί.

9. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, με τη ρητή επισήμανση ότι δεν αίρεται η απαγόρευση σύναψης της υπό ανάθεσης σύμβασης, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής, κατά τις διατάξεις των άρθρων 364 και 368 του ν. 4412/2106 και του άρθρου 6 του π.δ. 39/2017, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό κρίση προδικαστική προσφυγή.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη στις 10 Δεκεμβρίου 2019 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 12 Δεκεμβρίου 2019.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

**Φώτιος Θεοδ. Κασιγιαννης
Πρόεδρος Εφετών Δ.Δ. ε.τ.**

Κωνσταντίνος Πουρναράς