

Η
ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ
3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ
ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 31 Ιουλίου 2019 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή, Πρόεδρος, Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Εισηγήτρια και Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου, Μέλη.

Για να εξετάσει τα αιτήματα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνονται:

α) στην από 19.07.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/920/22.07.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης [εφεξής πρώτη προσφεύγουσα] και

β) στην από 19.07.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/921/22.07.2019 της προσφεύγουσας με την επωνυμία «.....», νομίμως εκπροσωπούμενης [εφεξής δεύτερη προσφεύγουσα]

Κατά του ΜΟΥΣΕΙΟΥ ΑΚΡΟΠΟΛΗΣ (Ν.Π.Δ.Δ.) [εφεξής αναθέτουσα αρχή].

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Μαρία-Ελένη Σιδέρη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Με τις ως άνω Προδικαστικές Προσφυγές οι προσφεύγουσες επιδιώκουν όπως ακυρωθούν οι υπ' αριθμ. 5935/09.07.2019 και 6126/12.07.2019 αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας

αρχής, οι οποίες εκδόθηκαν στο πλαίσιο της υπ' αριθμ. 4373/24.05.2019 διακήρυξης, με αντικείμενο την «Παραχώρηση υπηρεσιών λειτουργίας και διαχείρισης χώρων εστίασης και αναψυχής (αναψυκτήριο και εστιατόριο) του Μουσείου». Με τα αιτήματα αναστολής οι προσφεύγουσες επιδιώκουν την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση οριστικής απόφασης επί των Προσφυγών.

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. 4373/24.05.2019 διακήρυξη προκηρύχθηκε κλειστός, δημόσιος διαγωνισμός, με αντικείμενο την «Παραχώρηση υπηρεσιών λειτουργίας και διαχείρισης χώρων εστίασης και αναψυχής (αναψυκτήριο και εστιατόριο) του Μουσείου» και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει (υψηλότερης) τιμής. Η εν λόγω διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 24.05.2019 με ΑΔΑΜ:19PROC005004203 και διενεργείται εκτός Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.). Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 21.06.2019 και ώρα 10.00 μ.μ., ενώ ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών ορίστηκε η 21.06.2018 και ώρα 10.30 π.μ.. Στην εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν συνολικά 9 οικονομικοί φορείς και συγκεκριμένα: 1) «.....», 2) «.....», 3) «.....» (.....), 4) «.....», 5) «.....», 6) «.....», 7) «.....» (....), 8) «.....» (.....), 9) «.....». Το Διοικητικό Συμβούλιο της αναθέτουσας αρχής με την υπ' αριθμ. 5935/09.07.2019 απόφασή του απέρριψε τις προσφορές των οικονομικών φορέων «.....», «.....» και «.....» (.....) και έκρινε αποδεκτές τις προσφορές των οικονομικών φορέων «.....», «.....», «.....», «.....» (.....), «.....» (.....) και «.....». Με την υπ' αριθμ. 5936/09.07.2019 Πρόσκληση υποβολής οικονομικών προσφορών στον κλειστό διαγωνισμό – β' φάση, κλήθηκαν να υποβάλουν οικονομικές προσφορές οι 6 οικονομικοί φορείς, των οποίων οι προσφορές είχαν κριθεί αποδεκτές στην α' φάση. Με την υπ' αριθμ. 6126/12.07.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής

κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα της β' φάσης στον πλειοδότη με την επωνυμία «.....».

3. Επειδή, για την άσκηση των ανωτέρω Προδικαστικών Προσφυγών προκύπτει πως έχουν προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί αντίστοιχα, τα ηλεκτρονικά παράβολα υπέρ Ελληνικού Δημοσίου με κωδικούς: α) 288153381959 0917 0053, ποσού ευρώ εξακοσίων (€600,00) από την πρώτη προσφεύγουσα και β) 288108441959 0917 0002, ποσού ευρώ εξακοσίων (€600,00) από τη δεύτερη προσφεύγουσα, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), καθώς από τα έγγραφα της σύμβασης δεν προκύπτει η προϋπολογισθείσα αξία της.

4. Επειδή, η καθ' ύλην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ (άρθρα 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017 και 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016), λόγω του αντικειμένου της διακήρυξης του διαγωνισμού καθώς και του γεγονότος ότι δεν υπάρχει προϋπολογισθείσα αξία, δεδομένου ότι ο διαγωνισμός είναι πλειοδοτικός, δεν είναι δυνατό να διαπιστωθεί με ασφάλεια στο σύντομο χρονικό διάστημα της δεκαήμερης προθεσμίας για την έκδοση απόφασης επί των αιτημάτων αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας. Όσον αφορά δε την κατά χρόνο αρμοδιότητά της (υπό την αυτονόητη προϋπόθεση ότι η ΑΕΠΠ κρίνεται τελικώς καθ' ύλην αρμόδια), προκύπτει 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 (ΦΕΚ Α' 116).

5. Επειδή, οι Προδικαστικές Προσφυγές έχουν ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον κατατέθηκαν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου προς την ΑΕΠΠ εντός 10 ημερών από την έκδοσή τους (5935/09.07.2019 και 6126/12.07.2019), άρα σε κάθε περίπτωση εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) και (β) του Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) και (β) του Π.Δ. 39/2017, δεδομένου ότι από τα προσκομισθέντα στοιχεία δεν προκύπτει η ακριβής ημερομηνία, ούτε ο τρόπος κοινοποίησης (με ηλεκτρονικά ή άλλα μέσα) των προσβαλλόμενων πράξεων στις προσφεύγουσες.

6. Επειδή, οι προσφεύγουσες θεμελιώνουν, κατ' αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση των υπό κρίση Προσφυγών με, περαιτέρω, αιτήματα και για την λήψη προσωρινών μέτρων, καθώς δραστηριοποιούνται στον τομέα που αποτελεί το αντικείμενο της υπό παραχώρηση υπηρεσίας και έχουν υποβάλει προσφορά, με αποτέλεσμα να υφίστανται βλάβη: α) η μεν πρώτη προσφεύγουσα, η οποία έχει υποβάλει την 3^η στη σειρά κατάταξης προσφορά, από την αποδοχή των προσφορών της οριστικής αναδόχου αλλά και της 2^{ης} στη σειρά κατάταξης προσφέρουσας, οι οποίες κατά τους ισχυρισμούς της παραβιάζουν όρους της διακήρυξης και έπρεπε να έχουν απορριφθεί και β) η δε δεύτερη προσφεύγουσα, η οποία έχει υποβάλει τη 2η στη σειρά κατάταξης προσφορά, από την αποδοχή της προσφοράς της οριστικής αναδόχου, η οποία κατά τους ισχυρισμούς της παραβιάζει όρους της διακήρυξης και έπρεπε να έχει απορριφθεί. Σημειώνεται ότι το έννομο συμφέρον της δεύτερης προσφεύγουσας να προβάλλει λόγους κατά όρων της διακήρυξης καθώς και κατά των προσφορών άλλων διαγωνιζομένων, πλην της οριστικής αναδόχου, θα εξεταστούν αναλυτικά κατά την οριστική κρίση επί της Προδικαστικής Προσφυγής της.

7. Επειδή, επομένως, οι υπό κρίση Προδικαστικές Προσφυγές μετά των σχετικών ως άνω αιτημάτων για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρονται προς εξέταση ενώπιον του 3ου 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.

8. Επειδή, η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενες πράξεις πρέπει να ακυρωθούν κατά το μέρος που έκριναν αποδεκτές τις προσφορές των οικονομικών φορέων «.....» (ήτοι της οριστικής αναδόχου) και «.....», για τους εξής λόγους: (1) Για τη μεν οριστική ανάδοχο, επειδή κατά τους ισχυρισμούς της πρώτης προσφεύγουσας, η προσφορά της δεν συμμορφώνεται με τους όρους των άρθρων 9 παρ. 1 περ. ΣΤ (ήτοι δεν απέδειξε ότι έχει στη διάθεσή της τη συνεργασία αναγνωρισμένου Chef), 9 παρ. 1 περ. Δ (ήτοι δεν απέδειξε ότι έχει τεχνογνωσία, οργάνωση και υφιστάμενες υποδομές για το συγκεκριμένο είδος επιχείρησης) και 9 παρ. 1

περ. Ε (ήτοι δεν απέδειξε ότι έχει αξιόλογο επιχειρηματικό πλάνο ανάπτυξης και λειτουργίας των χώρων εστίασης) της διακήρυξης, για τους λόγους που αναλυτικά εκθέτει στην υπό κρίση Προσφυγή της. (2) Για την προσφορά της εταιρείας «.....», η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι δεν συμμορφώνεται με τους όρους των άρθρων 9 παρ. 1 περ. Γ (ήτοι δεν απέδειξε ότι κατά την τελευταία τριετία έχει κατά μέσο όρο θετικά οικονομικά αποτελέσματα), 9 παρ. 1 περ. Α (ήτοι δεν απέδειξε ότι έχει εμπειρία σε λειτουργία αντίστοιχων εστιατορίων σε τουλάχιστον 200 καθημένους, και που έτυχαν απήχησης από το κοινό), 9 παρ. 1 περ. ΣΤ (ήτοι δεν απέδειξε ότι έχει στη διάθεσή της τη συνεργασία αναγνωρισμένου Chef) και 9 παρ. 1 περ. Ε (ήτοι δεν απέδειξε ότι έχει αξιόλογο επιχειρηματικό πλάνο ανάπτυξης και λειτουργίας των χώρων εστίασης) της διακήρυξης καθώς και ότι έχει υποβάλει υπεύθυνες δηλώσεις, οι οποίες δεν φέρουν ημερομηνία, πλην της ημερομηνία που τέθηκε κατά τη θεώρηση του γνησίου της υπογραφής.

9. Επειδή, η δεύτερη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι οι προσβαλλόμενες πράξεις πρέπει να ακυρωθούν για τους εξής λόγους: (1) Αμφισβητεί τη νομιμότητα της διακήρυξης (θεσμικό πλαίσιο και παράλειψη δημοσίευσης στην ΕΕΕΕ), της διαγωνιστικής διαδικασίας και του τελικού της αποτελέσματος και προβάλλει την αδυναμία της να τα προσβάλει επίκαιρα και αυτοτελώς. (2) Επικαλείται παράβαση των διατάξεων του άρθρου 88 του Ν. 4412/2016, ισχυριζόμενη ότι η έκπτωση που προσφέρθηκε τόσο από την οριστική ανάδοχο όσο και από την εταιρεία «.....», λαμβάνοντας υπόψη το μέγεθος και τα οικονομικά τους στοιχεία, συνιστούν ασυνήθιστα χαμηλές προσφορές. (3) Προβάλλει πλημμέλειες στις τεχνικές προσφορές και τα δικαιολογητικά συμμετοχής άλλων διαγωνιζομένων και συγκεκριμένα ισχυρίζεται ότι: α) Η οριστική ανάδοχος δεν απέδειξε ότι πληροί την απαίτηση του άρθρου 9 παρ. 1 περ. ΣΤ της Διακήρυξης (ήτοι ότι έχει στη διάθεσή της τη συνεργασία αναγνωρισμένου Chef), β) Η εταιρεία «.....» δεν απέδειξε την πλήρωση του όρου του άρθρου 9 παρ. 1 Γ περί θετικών οικονομικών αποτελεσμάτων κατά την τελευταία τριετία, ενώ επιπροσθέτως προσκόμισε και πιστοποιητικά ISO 22000:2005 και 9001:2000, τα οποία δεν πιστοποιούν το

απαιτούμενο από τη διακήρυξη πεδίο. γ) Η εταιρεία «.....» (.....) υπέβαλε φορολογική ενημερότητα, η οποία είχε λήξει πριν την υποβολή της προσφοράς. δ) Η δεύτερη προσφεύγουσα προβάλλει επίσης ότι όλοι οι διαγωνιζόμενοι, πλην της ίδιας, παρέλειψαν να υποβάλουν το απαιτούμενο από το άρθρο 9 παρ. 1 περ. ΙΕ πιστοποιητικό περί μη υποβολής αίτησης διορισμού εκκαθαριστή/ συνεκκαθαριστή. Η δεύτερη προσφεύγουσα, συνοψίζοντας τις επικαλούμενες από εκείνη πλημμέλειες των επιμέρους σταδίων της διαγωνιστικής διαδικασίας (συμπεριλαμβανομένης της διακήρυξης), καταλήγει στο συμπέρασμα ότι η σύμβαση που θα προκύψει θα είναι ακυρωτέα και μετά την υπογραφή της, δυνάμει του άρθρου 368 του Ν. 4412/2016.

10. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή στις υπ' αριθμ. 6455/25.07.2019 και 6456/25.07.2019 Απόψεις της επί των αιτημάτων αναστολής των προσβαλλόμενων πράξεων αιτείται την απόρριψή τους ως απαράδεκτων και αλυσιτελώς προβαλλόμενων. Συγκεκριμένα, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι η υπ' αριθμ. 5935/09.07.2019 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της έχει ήδη εκτελεστεί και ότι, όσον αφορά τη δεύτερη προσβαλλόμενη, υπ' αριθμ. 6126/12.07.2019 απόφαση οριστικής κατακύρωσης, δεδομένου ότι έχουν ήδη υποβληθεί και τα δικαιολογητικά για την υπογραφή της σύμβασης, ισχύει η εκ του νόμου αναστολή σύναψης της σύμβασης, δυνάμει του άρθρου 364 παρ. 1 του Ν. 4412/2016.

11. 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».

12. Επειδή, για την οριστική κρίση επί του παραδεκτού αλλά και της βασιμότητας των ισχυρισμών των προσφευγουσών κατά των προσβαλλομένων πράξεων, απαιτείται ενδελεχής εξέταση των σχηματισθέντων φακέλων σε σχέση με την κείμενη νομοθεσία και νομολογία καθώς και ενδεχόμενη περαιτέρω αναζήτηση διευκρινίσεων ή/και εγγράφων. Ωστόσο, η διαγωνιστική διαδικασία έχει ήδη προχωρήσει στο στάδιο της οριστικής κατακύρωσης, ενώ έχουν υποβληθεί και τα αναγκαία δικαιολογητικά για την υπογραφή της σύμβασης.

13. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 364 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, η προθεσμία για την άσκηση της Προδικαστικής Προσφυγής και η άσκησή της κωλύουν τη σύναψη της σύμβασης επί ποινή ακυρότητας.

14. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, τα κρινόμενα αιτήματα αναστολής πρέπει να απορριφθούν, ως αλυσιτελώς προβαλλόμενα, δεδομένου ότι έχει αναδειχθεί οριστικός ανάδοχος και το επόμενο και τελευταίο στάδιο της συγκεκριμένης διαγωνιστικής διαδικασίας είναι η σύναψη της υπόψη δημόσιας σύμβασης, η οποία, όμως, κατ' εφαρμογή του προαναφερόμενου άρθρου 364 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και ενόψει της άσκησης των εξεταζόμενων Προδικαστικών Προσφυγών, δεν μπορεί να λάβει χώρα, επί ποινή ακυρότητας, έως την έκδοση απόφασης από την ΑΕΠΠ επί των Προδικαστικών Προσφυγών.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει τα αιτήματα παροχής προσωρινής προστασίας των προσφευγουσών.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 31.07.2019 και εκδόθηκε την 01.08.2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κουρή Σταυρούλα

Τσουλούφα Αργυρώ