

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 2 Ιανουαρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Κίτσος, Πρόεδρος, Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Εισηγήτρια και Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης προσωρινών μέτρων που ενσωματώνεται στην από 21.12.2017 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 397 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης (ΕΑΚ) IV/67/22.12.2017 της προσφεύγουσας εταιρίας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Κατά του Δήμου Νέας Σμύρνης (εφεξής αναθέτουσα αρχή).

Της παρεμβαίνουσας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο: «...» νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με την Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα εταιρία επιδιώκει, όπως ακυρωθεί, άλλως τροποποιηθεί/ανακληθεί η με αριθ. πρωτ. 515/2017 (30^η/28.11.2017 συνεδρίαση) Απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, κατ' αποδοχή του υπ' αριθμ. 3/22.11.2017 Πρακτικού αξιολόγησης οικονομικών προσφορών της αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας & Αξιολόγησης του Διαγωνισμού. Η προσβαλλόμενη πράξη εκδόθηκε στο πλαίσιο του δημόσιου, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού για την επιλογή αναδόχου για το έργο με τίτλο: «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΦΥΛΑΞΗΣ» του Δήμου Νέας Σμύρνης για το έτος 2017-2018 (υπ' αριθμ. 27242/13.09.2017 Διακήρυξη, που έλαβε ΑΔΑΜ: 17PROC001945408 2017-09-14, κατόπιν της αριθμ. 33/2017 Μελέτης του Τμήματος Προμηθειών), προϋπολογισμού € 161.290,32 μη

συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνο βάσει τιμής, (Συστημικός Αριθμός Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ: 46089).

Με την Παρέμβαση, η παρεμβαίνουσα επιδιώκει, όπως απορριφθεί καθ' ολοκληρία η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή και διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης πράξης, με την οποία κατακυρώθηκε σε αυτήν το αποτέλεσμα του υπόψη Διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της ανωτέρω Προδικαστικής Προσφυγής προκύπτει, δυνάμει της από 22.12.2017 Βεβαίωσης της Α.Ε.Π.Π, πως έχει προσκομιστεί, ελεγχθεί και δεσμευτεί το υπ' αριθμ. 181369837958 0220 0053, ποσού € 810,00 €, αναλογούν Παράβολο υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (Α' 64) (εφεξής Κανονισμός).

2. Επειδή, η προσφεύγουσα εταιρία άσκησε την από 21.12.2017 Προδικαστική Προσφυγή της, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ/397/22.12.2017 και Ειδικό Αριθμό Κατάθεσης IV/67/22.12.2017, με χρήση του τυποποιημένου εντύπου της Α.Ε.Π.Π, όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 του Κανονισμού.

3. Επειδή, η ως άνω Προδικαστική Προσφυγή στρέφεται κατά πράξης που εκδόθηκε στο πλαίσιο δημόσιου, διεθνούς, ανοικτού, ηλεκτρονικού Διαγωνισμού, συνολικού προϋπολογισμού €161.290,32 μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α 24%, ανώτερου του ορίου που θεσπίζεται στο άρθρο 345 του Ν. 4412/2016 για την καθ' ύλη αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π, ενώ

επιπλέον θεμελιώνεται και η κατά χρόνο αρμοδιότητά της, όπως απαιτείται από τις μεταβατικές διατάξεις του άρθρου 379 παρ. 7 του Ν. 4412/2016, τροποποιηθείσας της διάταξης, δυνάμει του άρθρου 43 παρ. 4 του Ν. 4487/2017 (Α' 116), δεδομένου ότι η αντίστοιχη διαγωνιστική διαδικασία εκκίνησε μετά τις 26.06.2017.

4. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα εταιρία προσβάλλει την ως άνω πράξη, καθόσον η κατ' αυτής Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) του Κανονισμού, ήτοι εντός προθεσμίας δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της προσβαλλόμενης πράξης στον ενδιαφερόμενο οικονομικό φορέα.

5. Επειδή η προσφεύγουσα έχει προφανές έννομο συμφέρον για την άσκηση της Προσφυγής, στην οποία ενσωματώνει και το υπό εξέταση αίτημα αναστολής της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και ίδια αίτημα αναστολής της υποβολής των δικαιολογητικών κατακύρωσης, της αποσφράγισης και αξιολόγησης αυτών, της ανάδειξης οριστικού αναδόχου και της υπογραφής σχετικής σύμβασης, καθώς έχει υποβάλει στον Διαγωνισμό την υπ' αριθ. 77885 προσφορά της και επομένως εύλογα επιδιώκει την ακύρωση της προσβαλλόμενης Απόφασης, κατά το μέρος που κατακύρωσε το αποτέλεσμα του υπόψη Διαγωνισμού στην εταιρία με τον διακριτικό τίτλο «STARGUARD Ε.Π.Ε.».

6. Επειδή η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή με το υπό εξέταση αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων, νόμιμα και παραδεκτά εισάγεται ενώπιον της Α.Ε.Π.Π, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και των άρθρων 3 παρ. 1 και 15 του ΠΔ 39/2017.

7. Επειδή, σύμφωνα με την αιτιολογική έκθεση του Ν. 4412/2016, επί του άρθρου 366 αυτού: «Δίδεται η δυνατότητα στην Α.Ε.Π.Π να διατάξει προσωρινά μέτρα προκειμένου να μην καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας». Συνεπώς, 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.

8. Επειδή, στην κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή η προσφεύγουσα προσδιορίζει επακριβώς και με πλήρη σαφήνεια τους λόγους εκείνους που δικαιολογούν την επίκληση βλάβης εκ μέρους της και συνεπακόλουθα θεμελιώνει βάσιμα το πως στοιχειοθετείται εκ μέρους της η ύπαρξη εννόμου συμφέροντος για την προσβολή της με αρ. πρωτ. 515/2017 (30^η/28.11.2017 συνεδρίαση) Απόφασης της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία κατακυρώθηκε ο υπόψη Διαγωνισμός στην εταιρία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο: «...». Πιο συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα στοιχειοθετεί το άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον της, αφού έχει υποβάλει προσφορά που έγινε αποδεκτή από την αναθέτουσα αρχή και εύλογα προσδοκά να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση, ισχυριζόμενη ότι έχει υποστεί ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου Νέας Σμύρνης, κατά παράβαση της νομοθεσίας περί ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Περαιτέρω, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι με την ανωτέρω προσβαλλόμενη Απόφασή της, η αναθέτουσα αρχή, κατ' αποδοχή του υπ' αριθμ. 3/22.11.2017 Πρακτικού αξιολόγησης οικονομικών προσφορών της αρμόδιας Επιτροπής Διενέργειας & Αξιολόγησης του Διαγωνισμού, έκανε δεκτή την προσφορά της εταιρίας με τον διακριτικό τίτλο «...», αντί της οριστικής απόρριψής της και εν συνεχεία, κατακύρωσε στην ως άνω εταιρία το αποτέλεσμα του υπόψη Διαγωνισμού, μολοντί η με αριθμό 75784 προσφορά της, παρουσιάζει αποκλίσεις από τις -

επί ποινή απόρριψης της προσφοράς- απαιτήσεις της υπ' αριθμ. 27242/2017 Διακήρυξης (παράβαση διατάξεων εργατικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας).

9. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 362 παρ. 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του ΠΔ 39/2017, η ασκηθείσα παρέμβαση κατατέθηκε εμπρόθεσμα στις 29.12.2017 στον διαδικτυακό τόπο του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.) και κοινοποιήθηκε αυθημερόν στην Α.Ε.Π.Π με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου (λαβούσα ΓΑΚ ΠΑΡ/122, ΕΑΚ/67), σκοπεί δε στην απόρριψη της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής και στη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλομένης, η παρεμβαίνουσα δε έχει προφανές έννομο συμφέρον από την απόρριψη της Προδικαστικής Προσφυγής, αφού προδήλως ευνοείται από την επιβεβαίωση της αποδοχής της προσφοράς της και την κατακύρωση του αποτελέσματος του υπόψη Διαγωνισμού σε αυτήν.

10. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣΤΕ 3703/2010, ΣΤΕ 53/2011, ΕΣ Πράξεις Τμήματος VI 78/2007, 19/2005, 31/2003 κλπ), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣΤΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Άλλωστε, η αρχή της δεσμευτικότητας της Διακήρυξης κατοχυρώνεται και στο ενωσιακό δίκαιο, αφού κάθε απόκλιση από τους όρους αυτής, αποτελεί παραβίαση της αρχής της ισότητας των διαγωνιζομένων (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.10.2001, Υπόθεση C-19/00 Siac Construcction Ltd, σκέψεις 34 και 44, ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54 κλπ).

11. Επειδή, στο άρθρο 8 («Δικαιολογητικά συμμετοχής-Περιεχόμενο προσφορών»), Ενότητα Β («Οικονομική Προσφορά») παρ. 2 της οικείας

Διακήρυξης, ορίζεται ότι: «Τα περιεχόμενα του ηλεκτρονικού φακέλου της προσφοράς ορίζονται ως εξής:[...] Β.2. οι εταιρείες παροχής υπηρεσιών φύλαξης, πρέπει με ποινή αποκλεισμού να εξειδικεύουν, εκτός των άλλων, σε χωριστό κεφάλαιο της προσφοράς τους (Ν. 3863/2010, άρθρο 68, παρ 1, όπως τροποποιήθηκε με την παρ. 1 του άρθρου 22 του Ν. 4144/2013) τα εξής: α) Τη συλλογική σύμβαση εργασίας στην οποία τυχόν υπάγονται οι εργαζόμενοι. β) Το ύψος του προϋπολογισμένου ποσού που αφορά τις πάσης φύσεως νόμιμες αποδοχές αυτών των εργαζομένων. γ) Το ύψος των ασφαλιστικών εισφορών με βάση τα προϋπολογισθέντα ποσά».

12. Επειδή, στο άρθρο 17 («Αξιολόγηση προσφορών»), παρ. 22 της οικείας Διακήρυξης, ορίζεται ότι: «Προσφορές που παρουσιάζουν, κατά την κρίση του αρμοδίου για την αξιολόγηση των αποτελεσμάτων του διαγωνισμού οργάνου, ουσιώδεις αποκλίσεις από τους όρους της διακήρυξης και τις τεχνικές προδιαγραφές απορρίπτονται ως απαράδεκτες».

13. Επειδή, ενόψει των όσων εκτέθηκαν αναλυτικά στις σκέψεις 10-12, πιθανολογείται βάσιμα η ευδοκίμηση των προβαλλόμενων λόγων της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής, με συνέπεια, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή να θεωρηθεί ότι είναι προδήλως βάσιμη.

14. Επειδή, προφανείς λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (ΕΑ ΣΤΕ 840/2008).

15. Επειδή, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της Προδικαστικής Προσφυγής λόγω της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της Προσφεύγουσας σε περίπτωση που κριθεί με την Απόφαση επί της Προδικαστικής Προσφυγής ότι μη νόμιμα έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρίας με την επωνυμία «...».

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα παροχής προσωρινής προστασίας της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση Απόφασης επί της κρινόμενης Προδικαστικής Προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 2 Ιανουαρίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ιωάννης Κίτσος

Μελπομένη Τσιαλαφούτα