

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 23-8-2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Σωτηρία Σταματοπούλου και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 25-7-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1038/26-7-2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νόμιμα εκπροσωπούμενου.

Κατά της αναθέτουσας αρχής «....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Και του από 5-8-2022 παρεμβαίνοντος, κατόπιν της από 26-7-2022 κοινοποίησης της προσφυγής, με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 20-7-2022 κοινοποιηθείσας απόφασης της Συγκλήτου της αναθέτουσας με αρ. 458/14- 7-2022/Θέμα 6ο /2022, καθ' ο μέρος και κατόπιν ακύρωσης της απόφασης Συγκλήτου με αρ. 433/23-7-2021/Θέμα 4^ο, αποκλείσθηκε ο προσφεύγων και ορίστηκε προσωρινός ανάδοχος ο παρεμβαίνων, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την παροχή υπηρεσιών 24ωρης φύλαξης των κτιρίων της αναθέτουσας, συνολικής εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 329.032,26 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 14-4-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μον. ΑΔΑΜ ... την 14-4-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 28-7-2022 Απόψεις της περί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ..., ποσού ευρώ 1.646,00.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η προσφυγή του αποκλεισθέντος προσφεύγοντος κατά της εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου οικονομικών προσφορών και αξιολόγησης εξηγήσεων περί ασυνήθιστης χαμηλής οικονομικής προσφοράς εκ μέρους του προσφεύγοντος, καθ' ο μέρος δι' αυτής ο τελευταίος απεκλείσθη και συνεπεία τούτου, αναδείχθηκε προσωρινός ανάδοχος, ο προηγουμένως δεύτερος αποδεκτός μειοδότης, ομοίως εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος, παρεμβαίνων. Άρα, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο προσφεύγων απεκλείσθη, κατ' απόρριψη της κατ' άρ. 88 Ν. 4412/2016 κλήσης του προς δικαιολόγηση ασυνήθιστα χαμηλής οικονομικής προσφοράς του, η οποία έλαβε χώρα, κατ' αναπομπή εκ της Απόφασης ΕΑΔΗΣΥ Σ645/2022, η οποία συναφώς περιέλαβε την εξής αιτιολογία «...αναγκαία προϋπόθεση του παραδεκτού της οικονομικής προσφοράς είναι να περιλαμβάνει όχι απλά θεωρητικό, τεχνικό και απλά αριθμητικά μη μηδενικό, αλλά «εύλογο ποσοστό ... του εργολαβικού τους κέρδους...». Ο παρεμβαίνων για το σύνολο, ήτοι και για τα 2 έτη διάρκειας της υπό ανάθεση σύμβασης, παρέθεσε ως κόστος αναλωσίμων 344,03 ευρώ συνολικά και ως εργολαβικό κέρδος 120 ευρώ συνολικά, επί συνολικής άνευ ΦΠΑ προσφοράς 305.784,00 ευρώ και για τα 2 έτη της σύμβασης αθροιστικά ή 12.741,00 ευρώ μηνιαία. Άρα, ο παρεμβαίνων υπολόγισε κέρδος 0,039243% επί της άνευ ΦΠΑ προσφοράς του ή 5 ευρώ ανά μήνα ή 60 ευρώ μηνιαία [ετησίως]. Το ως άνω κέρδος, τόσο σε απόλυτο μέγεθος, όσο και σε ποσοστό επί της προσφοράς είναι όντως ιδιαίτερος χαμηλό, σε βαθμό που όντως έχει τόσο χαμηλό ύψος, ώστε να συνιστά έρεισμα ευλόγων αμφιβολιών για τη βιωσιμότητά του, το αληθώς μη ζημιογόνο της προσφοράς, τη μη διακινδύνευση της τελευταίας από τυχόν επιμέρους προκύπτοντα μικροέξοδα και διαφορές δαπάνης εκτέλεσης, σε σχέση με όσα ελήφθησαν υπόψη κατά τη σύνταξη της προσφοράς του παρεμβαίνοντος, ω και ώστε να μην είναι όλως μη εύλογο, σε σχέση τη

συμβαση και της δι' αυτής αναλαμβανόμενες δεσμεύσεις, κατά παράβαση του όρου 2.4.4 της διακήρυξης (που κατά τα ανωτέρω, απαιτούν το εργολαβικό κέρδος να είναι εύλογο και όχι ανύπαρκτο ή προσχηματικό). Και ναι μεν, το ποσό αυτό κέρδους είναι ιδιαιτέρως χαμηλό, δεδομένου όμως, ότι δεν είναι μηδενικό ούτε ταυτίζεται με εν τοις πράγμασι μηδενικό (όπως αν αφορούσε ελάχιστα ευρώ στη διετία ή ποσοστό κέρδους κάτω ακόμη και του 0,01%, το οποίο υπερβαίνει μεν, κατ' ολίγο δε), δεν δύναται η προσφορά του παρεμβαίνοντος να κριθεί ως άνευ ετέρου αποκλειστέα, λόγω εξαρχής μη υπολογισμού κανενός κέρδους, σε κάθε περίπτωση, είναι εφαρμοστέα η διάταξη του άρ. 88 Ν. 4412/2016 και του όρου 3.1.2 της διακήρυξης (που ορίζει ότι «Εάν οι προσφορές φαίνονται ασυνήθιστα χαμηλές σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τους οικονομικούς φορείς να εξηγήσουν την τιμή που προτείνουν στην προσφορά τους, εντός αποκλειστικής προθεσμίας, κατά ανώτατο όριο δέκα (10) ημερών από την κοινοποίηση της σχετικής πρόσκλησης. Στην περίπτωση αυτή εφαρμόζονται τα άρθρα 88 και 89 ν. 4412/2016.»), περί ασυνήθιστα και ιδιαιτέρως χαμηλής προσφοράς, όσον αφορά το εργολαβικό κέρδος. Αλυσιτελώς δε ο παρεμβαίνων προβάλλει αιτιολογήσεις περί ειδικών και προσωπικών του συνθηκών και εν γένει δικαιολογήσεις περί του ως άνω κέρδους του, αφού τούτο δεν δύναται το πρώτον να κριθεί αρμοδίως από την ΕΑΔΗΣΥ, χωρίς προηγούμενη εκ της αναθέτουσας άσκηση της αρμοδιότητάς της περί αξιολόγησης εξηγήσεων του άρ. 88 Ν. 4412/2016 και άρα, πρέπει να προβληθούν ενώπιον της και να αξιολογηθούν, δύναται δε να ελεγχθεί εν συνεχεία η κρίση της αναθέτουσας ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ και ακυρωτικά, όχι όμως εξαρχής να υποκατασταθεί η αναθέτουσα από την ΕΑΔΗΣΥ στην οικεία αξιολογική της αρμοδιότητα. Επομένως, τέτοια στοιχεία και δικαιολογήσεις όχι μόνο δεν προβάλλονται αρμοδίως και παραδεκτά εν προκειμένω, αλλά αφορούν και επόμενο στάδιο της διαδικασίας, ήτοι αυτό του άρ. 88 Ν. 4412/2016, ενώ άλλωστε, για να κινηθεί η διαδικασία του άρ. 88 Ν. 4412/2016 δεν απαιτείται να αποδειχθεί το αδικαιολόγητο και άνευ ετέρου μη ευλόγως χαμηλό της προσφοράς και του οικείου υπό κρίση κονδυλίου, ήτοι του κέρδους, αλλά αρκεί να προκύπτει

καταρχήν και ανεξαρτήτως εν τέλει τυχόν δικαιολόγησης από τον οικονομικό φορέα (που δύναται εν συνεχεία να οδηγήσει σε κρίση περί του ευλόγου, παρά το χαμηλό του, του ως άνω κονδυλίου, αλλά κατόπιν κρίσης της αναθέτουσας επί των οικείων εξηγήσεων του οικονομικού φορέα), το ασυνήθιστα ή ιδιαίτερα χαμηλό του κονδυλίου. Ούτε είναι δυνατόν να ενοποιηθούν κατά παράβαση του νόμου και της διακήρυξης, σε ένα τα δύο διακριτά στάδια αξιολόγησης οικονομικής προσφοράς, ήτοι πρώτον, της καταρχήν κρίσης περί ασυνήθιστα και ιδιαίτερα χαμηλής προσφοράς, που άγει όχι σε αποκλεισμό, αλλά σε κλήση του οικονομικού φορέα για εξηγήσεις και δεύτερον και εν συνεχεία και κατόπιν εξηγήσεων, κρίσης της αναθέτουσας περί αποδοχής αυτών και άρα, περί του αν η προσφορά είναι ή όχι, πέρα από ιδιαίτερα χαμηλή, επιπλέον και αδικαιολόγητα χαμηλή, Η δε αναθέτουσα μη νομίμως αποδέχθηκε την προσφορά του παρεμβαίνοντος, χωρίς προηγουμένως, ως όφειλε ενόψει των ανωτέρω, να καλέσει αυτόν να παραθέσει σχετικές εξηγήσεις και να αξιολογήσει αυτές, πριν καταλήξει σε συμπέρασμα περί του αν το όντως ιδιαιτέρως χαμηλό ύψος του ποσού του κέρδους είναι και αδικαιολόγητο, περίπτωση στην οποία οφείλει να τον αποκλείσει....Και ναι μεν όσον αφορά το κέρδος, εκ φύσεώς του, το εύλογο ή το μη ιδιαιτέρως ή ασυνήθιστα χαμηλό του, δύναται να προκύπτει, βλ. ανωτέρω, από την αναλογία του ως προς το κόστος εκτέλεσης και το συμβατικό τίμημα (στοιχεία που προκύπτουν εκ της προσφοράς του παρεμβαίνοντος και αναφέρονται ρητά), κατά τρόπο, ώστε ένα ποσοστό κέρδους μικρότερο του 0,05% επί του τιμήματος ως εν προκειμένω, να προκύπτει ως καταρχήν -και ανεξαρτήτως ειδικών συνθηκών του οικονομικού φορέα, που είναι περαιτέρω εξεταστέες στο πλαίσιο της επόμενης των νυν υπό κρίση ζητημάτων, διαδικασίας του άρ. 88 Ν. 4412/2016- ιδιαιτέρως χαμηλό, με συνέπεια να χρήζει δικαιολόγησης.... Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος έκρινε δεκτό και όρισε προσωρινό ανάδοχο τον παρεμβαίνοντα και δη, καθ' ο μέρος τούτο έλαβε χώρα, κατά προηγούμενη παράλειψη (η οποία ενσωματώνεται και συνιστά αναγκαίο έρεισμα της άνευ ετέρου αποδοχής του παρεμβαίνοντα), όσων αναφέρονται στην ανωτέρω σκ. 3, περί του δεύτερου λόγου της προσφυγής και δη, άνευ προηγούμενης εφαρμογής του άρ. 88 Ν.

4412/2016 και κλήσης του παρεμβαίνοντος για εξηγήσεις περί της οικονομικής προσφοράς του, όσον αφορά το κονδύλι του εργολαβικού κέρδους, να αναπεμφθεί δε η υπόθεση στην αναθέτουσα προκειμένου να προβεί στα ανωτέρω.». Η δε αιτιολογία απόρριψης είναι, κατά το επικυρωθέν δια της προσβαλλομένης, πρακτικό οργάνου αξιολόγησης, η εξής «Η εταιρεία με την επωνυμία «...» υπέβαλε το από 30/05/2022 Υπόμνημά της προς παροχή των διευκρινίσεων που ζητήθηκαν από το ... με την υπ' αρ. πρωτ. 100049/20.5.2022 επιστολή του. Το εν λόγω Υπόμνημα δεν συνοδεύθηκε από κανένα συνημμένο έγγραφο δυνάμενο να αποδείξει τα επικαλούμενα από την εταιρεία. Κατά τούτο, κατά πρώτον, η εταιρεία δεν απέδειξε το εύλογο του εργολαβικού κόστους στην υπό κρίση περίπτωση και εν σχέσει με τον υπό κρίση διαγωνισμό. Ειδικότερα, παρότι η εταιρεία επικαλείται «η Εταιρία μας προσδοκά και άλλα πρόσθετα οικονομικά οφέλη, τα οποία, βεβαίως, δεν μπορούσαμε να απεικονίσουμε στην οικονομική μας προσφορά. Σημειώνουμε ενδεικτικά, το αυτονόητο επιχειρηματικό όφελος που προκύπτει για την Εταιρεία μας από την επιδιωκόμενη συνεργασία μας με το ..., με την συνακόλουθη ενίσχυση του κύκλου εργασιών μας, την διατήρηση του προσωπικού μας, καθώς και την ενίσχυση και βελτίωση εν γένει της επιχειρηματικής εικόνας και της φήμης μας, ως μιας σημαντικής Εταιρίας του κλάδου της, η οποία διαθέτει σχετική εξειδίκευση και μπορεί να αναλαμβάνει και να εκτελεί με επιτυχία συμβάσεις υπηρεσιών ασφάλειας, παρέχοντας ολοκληρωμένες λύσεις υπηρεσιών φύλαξης και δη προς Πανεπιστημιακά Ιδρύματα (Α.Ε.Ι).», δεν αποδεικνύει τα πρόσθετα αυτά οικονομικά οφέλη, προσκομίζοντας σχετικά στοιχεία που εδύνατο να προσκομίσει το πρώτον με την υποβολή των διευκρινίσεων της χωρίς αυτά να αποτυπώνονται αναγκαίως στην οικονομική της προσφορά. Άλλωστε, η απόκτηση ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος που επικαλείται η εταιρεία επίσης δεν αποδεικνύεται, καθώς ούτε η υπ' αρ. ... διακήρυξη προσκομίζεται ούτε αναλύεται με την παροχή πρόσθετων στοιχείων εάν και κατά πόσον η υπό κρίση σύμβαση με το ... Πανεπιστήμιο μπορεί να συνδράμει την εταιρεία στην απόκτηση εμπειρίας απαραίτητης σε άλλους διαγωνισμούς (καθώς μάλιστα φαίνεται από το Υπόμνημά της ότι αναδείχθηκε

ανάδοχος σε σύμβαση ετέρου Πανεπιστημίου όπου επίσης απαιτείτο σχετική εμπειρία). Περαιτέρω, ούτε η φήμη του ... μπορεί να αιτιολογήσει τη δυνατότητα εκτέλεσης της σύμβασης με το προσφερόμενο εργολαβικό κέρδος, καθώς ουδόλως σχετίζεται αιτιωδώς με αυτήν ούτε με το μέγεθος λοιπών συμβάσεων φύλαξης Πανεπιστημίων. Επιπλέον, η επικαλούμενη από την εταιρεία ΔΕΦΠειρ 141/2021 (προφανώς έχει παρεισφρήσει σφάλμα στην αναγραφόμενη στο Υπόμνημα «ΔΕΦΠειραιά 140/2021»), την οποία μάλιστα η εταιρεία δεν προσάγει, δεν κρίνει επί της ουσίας του ζητήματος, αλλά αναπέμπει την απόφαση στην ΑΕΠΠ, προκειμένου η τελευταία να ασκήσει την αρμοδιότητά της, λόγω της σιωπηρής απόρριψης της προδικαστικής προσφυγής. Κατά τούτο, ανεξαρτήτως του ότι δεν αφορά την υπό κρίση σύμβαση, δεν δύναται να αιτιολογήσει το χαμηλό εργολαβικό κέρδος που έχει προσφερθεί. Περαιτέρω, ούτε η επικαλούμενη ΑΕΠΠ 1666/2020 μπορεί να αιτιολογήσει το συγκεκριμένο εργολαβικό κόστος ή τους επικαλούμενους από την εταιρεία λόγους, καθώς και στην απόφαση αυτή τα στοιχεία που επικαλέστηκε με το υπόμνημά της η εκεί παρεμβαίνουσα (βλ. σκέψη 18 ΑΕΠΠ 1666/2020 in fine). Τέλος, η σκέψη 10 της ΔΕΦΑ086/2019 αναπαράγει τους προβαλλόμενους από την εκεί αιτούσα ισχυρισμούς και δεν περιλαμβάνει την κρίση του Δικαστηρίου. Η κρίση του Δικαστηρίου βασίστηκε στην αναιτιολόγητη απόρριψη των ισχυρισμών της εκεί αιτούσας, παρά το γεγονός ότι αυτή είχε προβάλει με συγκεκριμένους ισχυρισμούς ότι παρουσιάζει υψηλή κερδοφορία κατά τα τελευταία έτη και, άρα, η επιχειρηματική της επιλογή να περιορίσει το κόστος στηρίζεται επαρκώς, ώστε να εκτελέσει ένα «μεγάλο έργο φύλαξης» η ανάληψη του οποίου θα εδραιώσει τη θέση της στην αγορά, θα αυξήσει την πελατειακή της βάση, την εμπειρία της καθώς και όλους του δείκτες οικονομικής ευρωστίας. Αντιθέτως, η εταιρεία με το Υπόμνημά της ουδόλως στοιχειοθετεί ότι συντρέχουν στο πρόσωπό της και εξαιρετικές περιστάσεις, οι οποίες καθιστούν δυνατή την υποβολή προσφοράς με τα υπολογισθέντα ποσά, αφού η ίδια δηλώνει ότι έχει κηρυχθεί ανάδοχος σε (κατά τεκμήριο μεγαλύτερη από πλευράς προϋπολογισμού) σύμβαση άλλου Πανεπιστημίου. Σε κάθε δε περίπτωση, η υποβολή προσφοράς που περιλαμβάνει ένα τόσο μικρό εργολαβικό κόστος

δύνатаι να θέσει σε κίνδυνο την εκτέλεση της συγκεκριμένης σύμβασης. Ειδικότερα, σύμφωνα με τα στοιχεία από προηγούμενες συμβάσεις συναφθείσες με το ... και τις οικονομικές προσφορές που είχαν υποβληθεί, τόσο μικρό εργολαβικό κόστος (της τάξης των 120€ για μία διετία) έχει υποβάλει (α) η εταιρεία ... που κηρύχθηκε ανάδοχος του διαγωνισμού ... και η οποία δεν ολοκλήρωσε την εκτέλεση της σύμβασης, αλλά κηρύχθηκε έκπτωτη με την υπ' αρ. 276/10-06-2016 απόφαση του ..., η οποία δεν προσεβλήθη δικαστικώς, (β) η εταιρεία ... (100€ για 20 μήνες), η οποία θα ήταν αποκλειστέα λόγω παράβασης της παρ. 2 της περ. γ' του άρθρου 68 Ν.3863/2010 περί παραβάσεων της εργατικής νομοθεσίας, πλην όμως δεν είχε ρητά περιληφθεί και επαναληφθεί η σχετική διάταξη εντός της υπ' αρ. ... διακήρυξης. Αντίθετα, οι προσφορές των εταιρειών «...» και «...» κυμαίνονται σε πολύ υψηλότερα της προσφοράς της εταιρείας εργολαβικά κέρδη. Ενόψει τούτων, το Πανεπιστήμιο κρίνει ότι, πέραν της έλλειψης απόδειξης των επικαλούμενων από την εταιρεία με το Υπόμνημά της, συντρέχει και κίνδυνος εκτέλεσης της υπό κρίση σύμβασης με βάση, αφ' ενός, το προσφερθέν εργολαβικό κέρδος, αφετέρου δε τη μη συνδρομή εξαιρετικών περιστάσεων οι οποίες θα καθιστούσαν δυνατή την υποβολή προσφοράς με το υπολογισθέν ποσό. Κατά συνέπεια η Επιτροπή εισηγείται αφενός μεν την ακύρωση της απόφασης της Συγκλήτου υπ' αριθμ. 433/23.07.2021/θέμα 4ο ως προς την ανάδειξη της εταιρείας ... ως προσωρινής αναδόχου, αφετέρου δε την ανάδειξη της εταιρείας ... ως προσωρινής αναδόχου του διαγωνισμού.». Σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντα, ο λόγος αποκλεισμού του δεν ήταν ότι δεν απέδειξε τη φήμη της αναθέτουσας ή δεν προσκόμισε τη με αρ. ... διακήρυξη ούτε επειδή, οι αναφερόμενες στις εξηγήσεις του Αποφάσεις δικαστηρίων και της ΑΕΠΠ δεν τεκμηριώνουν όσα επικλήθηκε στις εξηγήσεις του, στοιχεία που αναφέρονται σημειωτικά επί των εξηγήσεών του, χωρίς πάντως να εξαντλούν ή να αποτελούν τη βάση απόρριψης των ανωτέρω εξηγήσεων. Αντιθέτως, η απόρριψη των εξηγήσεων αιτιολογείται επί τη βάση ότι στην ουσία «πέραν της έλλειψης απόδειξης των επικαλούμενων από την εταιρεία με το Υπόμνημά της», «συντρέχει και κίνδυνος εκτέλεσης της υπό κρίση σύμβασης με βάση, αφ' ενός,

το προσφερθέν εργολαβικό κέρδος, αφετέρου δε τη μη συνδρομή εξαιρετικών περιστάσεων οι οποίες θα καθιστούσαν δυνατή την υποβολή προσφοράς με το υπολογισθέν ποσό.». Η δε αναθέτουσα έλαβε για την κρίση αυτήν υπόψη της, τις προσφορές που υποβλήθηκαν στον ίδιο διαγωνισμό, ως και προσφορά, στην οποία κατακυρώθηκε προηγούμενη διαδικασία της, με ίδια διάρκεια (24 και 20 μήνες) και κέρδος (120 ευρώ για 2 έτη και 5 ευρώ/μήνα), στην οποία ο ανάδοχος κηρύχθηκε έκπτωτος. Ασχέτως δε αυτών των στοιχείων από προηγούμενες συμβάσεις και διαδικασίας και ασχέτως ακόμη και των προσφορών που υποβλήθηκαν στη νυν διαδικασία, που αποτελούν ένα καταρχήν συγκριτικό μέτρο, χωρίς να προδιαγράφουν βέβαια, ως αναγκαία απαραίδεκτη και ανεπίδεκτη εξήγησης άνευ ετέρου της νυν προσφοράς, προκύπτουν πάντως τα εξής.

4. Επειδή, καταρχήν, παραδεκτώς στο πλαίσιο των κατ' άρ. 88 Ν. 4412/2016 εξηγήσεων μπορούν να υποβληθούν δικαιολογήσεις, ως προς εξαιρετικές περιστάσεις που συντρέχουν στο πρόσωπο του προσφέροντα και οι οποίες επιτρέπουν την ομαλή και επιτυχή εκτέλεση της σύμβασης με καταρχήν ιδιαίτερα χαμηλό κόστος (όπως επί παραδείγματι, πρόσβαση σε ιδιαιτέρως χαμηλού κόστους αναλώσιμα κ.α., βλ. και ΔΕφΠειρ Ν47/2020 «Στην περίπτωση δε κατά την οποία το αναφερόμενο στην οικονομική προσφορά του διαγωνιζομένου διοικητικό κόστος ή εργολαβικό κέρδος δεν κρίνεται εύλογο, η προσφορά απορρίπτεται, εκτός αν ο διαγωνιζόμενος, αφού κλήθηκε για την παροχή διευκρινίσεων επί των σχετικών κονδυλίων, επικαλεστεί και αποδείξει ενώπιον του αναθέτοντος φορέα ότι συντρέχουν στο πρόσωπο του και εξαιρετικές περιστάσεις, οι οποίες καθιστούν δυνατή την υποβολή προσφοράς με τα υπολογισθέντα ποσά»), τούτο όμως, δεν σημαίνει ότι συνιστούν τέτοιες εξηγήσεις, όσες απλώς εξηγούν γιατί συμφέρει τον ίδιο τον προσφέροντα να αναλάβει τη σύμβαση. Σε αντίθεση δε με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, η κατ' άρ. 68 Ν. 3863/2010 διάταξη με σαφήνεια ζητά η προσφορά να περιλαμβάνει, εκτός της συμπερίληψης των δαπανών εκτέλεσης και «εύλογο κέρδος» και όχι εν γένει «όφελος», η δε έννοια του κέρδους είναι μονοσήμαντη, δεδομένου ότι αναφέρεται σε μια επιχείρηση και την κοστολόγηση και σύνταξη

της οικονομικής προσφοράς της και αντιστοιχεί στο εκ της κοστολόγησης της προσφοράς, εναπομένον χρηματικό κέρδος και όχι σε ηθικά και άυλα οφέλη. Αν οι ως άνω αιτιάσεις ήταν βάσιμες, δεν θα ζητείτο οι προσφέροντες να υπολογίζουν στην οικονομική προσφορά τους τέτοιο συγκεκριμένο κέρδος, όπως η παραπάνω διάταξη και η νυν διακήρυξη απαιτούν, αλλά θα αρκούσε να περιγράφεται στην οικονομική προσφορά, με ποιοτικούς όρους και χαρακτηρισμούς, η ωφέλεια που αναμένει ο προσφέρων να απολαύσει και να επιτύχει δια της προσφοράς του. Και ναι μεν, η εκτέλεση αντικειμένων που τυχόν προσπορίζουν στον πάροχο ιδιαίτερη προβολή, η οποία με τη σειρά της άγει σε σαφή βελτίωση της επιχειρηματικής και οικονομικής του επιτυχίας, δύναται να συγκροτήσει μια παράμετρο δικαιολόγησης έμμεσου οικονομικού οφέλους για την επιχείρηση, πλην όμως τέτοιο όφελος δεν δύναται να προκύπτει από την ανάληψη κάθε είδους συμβάσεων (παρά μόνο αν χαρακτηρίζονται από διασφαλίζοντα τέτοια ιδιαίτερη προβολή, χαρακτηριστικά), αφού ούτως η κανονική δραστηριοποίηση μιας επιχείρησης θα ισοδυναμούσε με «διαφήμιση» και θα υποκαθιστούσε τον κερδοσκοπικό σκοπό κάθε εμπορικής επιχείρησης, η οποία δεν λειτουργεί για τον σκοπό απλώς της προβολής του ονόματος της, αλλά για την αποκομιδή κέρδους υπέρ των ιδιοκτητών. Η δε διαφήμιση και προβολή εμμέσως δύνανται υπό προϋποθέσεις να άγουν σε τέτοιο κέρδος, πλην όμως, μια εμπορική επιχείρηση δεν δύναται ούτε ευλόγως αναμένεται, ότι δραστηριοποιείται, αναλαμβάνοντας πολυετή ως εν προκειμένω, επιχειρηματικό κίνδυνο και δαπάνη, προκειμένου απλώς να αποκτήσει μια διαφημιστική προβολή και να αναμείνει μακροπρόθεσμα αόριστα οφέλη. Επομένως, η προβολή και η φήμη της επιχείρησης δύνανται καταρχήν να προβληθούν όχι ως η καταρχήν μορφή του κέρδους της προσφοράς, αλλά ως εξαιρετικές περιστάσεις που στη συγκεκριμένη περίπτωση και όχι γενικά και αόριστα στην εν γένει δραστηριοποίησή του, δύνανται να δικαιολογήσουν τη βιωσιμότητα της προσφοράς του, παρά το ασυνήθιστα χαμηλό χρηματικό της κέρδος. Στη δε περίπτωση της παρουσιαζόμενης ιδιαίτερα χαμηλής κερδοφορίας σε σχέση με το οικονομικό και φυσικό αντικείμενο, ως και τη διάρκεια της υπό ανάθεση σύμβασης, τέτοιες εξαιρετικές περιστάσεις δύνανται

να συντρέχουν, όταν εκ της ανάληψης της συμβάσεως, προκύπτουν άλλα, ήτοι πέραν του συγκεκριμένου κέρδους, πλην απτά και συγκεκριμένα οικονομικά οφέλη, τα οποία αντισταθμίζουν το ιδιαίτερα χαμηλό του νυν κέρδους και επί της ουσίας προστίθενται σε αυτό, στο πλαίσιο της επιχειρηματικής κρίσης προς ανάληψη της νυν σύμβασης. Δεδομένου δε, ότι ο προσφεύγων ήδη κλήθηκε να αιτιολογήσει ειδικώς το ιδιαίτερα χαμηλό κέρδος του, ήταν εξ αρχής σαφές ότι αντικείμενο των αναγκαίων εξηγήσεων, προκειμένου να δικαιολογηθεί τέτοιο κριθέν ως καταρχήν μη εύλογο κέρδος, ήταν η κατ' ορισμένο τρόπο επίκληση και απόδειξη περιστάσεων, που συνεπάγονται σύνδεση της ανάληψης της νυν σύμβασης με συγκεκριμένο οικονομικό όφελος που θα απορρεύσει από την ανάληψη αυτήν, έστω και εμμέσως. Τέτοιες όμως εξηγήσεις, δεν θεωρούνται όσες επικαλούνται αορίστως βελτίωση φήμης και αύξηση κύκλου εργασιών, αφού υπό αυτή τη λογική, κάθε ανάληψη κάθε σύμβασης εδραιώνει αυτονόητα μεγαλύτερη πελατεία και αυξάνει τον κύκλο εργασιών. Ούτε μόνη της η επίκληση προηγούμενης κερδοφορίας αρκεί για τη στοιχειοθέτηση δικαιολόγησης μη ευλόγου κέρδους. Και τούτο, διότι οι επιχειρήσεις είναι εξ ορισμού κερδοσκοπικές και σκοπούν στην παραγωγή κέρδους εκ της λειτουργίας τους, χωρίς το κέρδος αυτό να αποκομίζεται ειδικώς, προκειμένου να αναλωθεί σε περαιτέρω μη κερδοφόρες δραστηριότητες (όπως στην περίπτωση ενός μη κερδοσκοπικού οργανισμού, που επιμέρους ασκεί κάποια κερδοσκοπική δραστηριότητα, για να χρηματοδοτεί μη κερδοσκοπικούς σκοπούς). Αλλά η τυχόν προηγούμενη κερδοφορία συνιστά ένα τεκμήριο της επιμέρους δυνατότητας μιας επιχείρησης να υποστηρίξει την εκτέλεση μιας σύμβασης, τυχόν με ιδιαίτερα χαμηλό ή και κατά την εκτέλεση, προκύπτον αρνητικό κέρδος, χωρίς όμως τούτο να εξαντλεί τον εύλογο σκοπό της επιδίωξης ανάληψης μιας τέτοιας σύμβασης και της παραδεκτής περί τούτου εξήγησης, αφού επιπλέον των ανωτέρω θα πρέπει να αποδειχθεί, ότι το προσωρινώς και επιμέρους αυτό ζημιογόνο ή μη κερδοφορία εκ της νυν συμβάσεως, θα αντισταθμιστεί από εξ αυτής προκύπτοντα έμμεσα, πλην σαφή και απτά οφέλη. Αποδοχή δε εξηγήσεων που αναφέρονται στη βελτίωση φήμης, πελατείας και εμπειρίας της επιχείρησης, ως αιτιολόγηση της μη εύλογης

κερδοφορίας από την ανάληψη της νυν σύμβασης, επί της ουσίας καταστρατηγεί και ματαιώνει το νομοθετικό σκοπό του άρ. 68 Ν. 3863/2010, το οποίο εξάλλου, εκτός της απαίτησης συμμόρφωσης των προσφορών με το εργατικό και ασφαλιστικό κόστος, επιπλέον απαιτεί να καταλείπεται και εύλογο κέρδος (ήτοι υπόλοιπο, πέραν των εργοδοτικών υποχρεώσεων και του διοικητικού κόστους), όχι προς προστασία των συμφερόντων των αναδόχων επιχειρήσεων (που οι ίδιες καταρτίζουν την προσφορά τους), αλλά προς έμμεση διασφάλιση τήρησης των εργοδοτικών τους υποχρεώσεων, δια της διασφάλισης αποφυγής προσφορών που προσχηματικά μεν τηρούν το εργοδοτικό κόστος, πλην όμως, υποκρύπτουν σκοπό μη τηρήσεώς του. Επιπλέον των ανωτέρω, το γεγονός πως η συνεργασία με τη νυν αναθέτουσα άγει σε βελτίωση της φήμης του προσφεύγοντα ουδόλως δύναται να ληφθεί υπόψη ως τέτοια ορισμένη εξήγηση δικαιολόγησης του νυν ιδιαιτέρως χαμηλού και όλως οριακού κέρδους, αφού πρώτον, ουδόλως συσχετίζεται η ανάθεση της νυν σύμβασης με συγκεκριμένη περαιτέρω αναμενόμενη ανάληψη συγκεκριμένης σύμβασης ή αποκομιδής συγκεκριμένου έμμεσου κέρδους και δη, σε ορίζοντα εύλογο να τύχει σοβαρής εκτίμησης. Δεύτερον, κάθε δημόσια σύμβαση συνάπτεται με μια αναθέτουσα αρχή ή αναθέτοντα φορέα, οι οποίοι εξ ορισμού επιτελούν κάποιο δημόσιο σκοπό και λειτουργούν υπέρ του δημοσίου συμφέροντος, χωρίς τούτο να σημαίνει, ότι η παροχή υπηρεσιών φύλαξης σε αυτούς αναγκαία προσπορίζει στον πάροχο τέτοια φήμη, ώστε να δικαιολογεί την εκτέλεση της δημόσιας σύμβασης με οριακό κέρδος. Υπό τέτοια ερμηνεία άλλωστε, θα καθίστατο άνευ αντικειμένου η εξαρχής, θεσπιζόμενη ακριβώς για τις δημόσιες συμβάσεις, υποχρέωση συμπερίληψης ευλόγου κέρδους κατ' άρ. 68 Ν. 3863/2010, πολλώ δε μάλλον, ενώ η προκείμενη σύμβαση αφορά την παροχή συμβατικού και συνηθισμένου χαρακτήρα υπηρεσιών διетуός φύλαξης και όχι την εκτέλεση ενός αντικειμένου που τυγχάνει σπανιότητας ή ιδιαίτερα σημαντικής προβολής (όπως επί παραδείγματι η φύλαξη ενός παγκοσμίας εμβλείας γεγονότος), ώστε να θεωρηθεί ότι ο πάροχος φύλαξης θα επαυξήσει τόσο δραστικά τη φήμη του. Ούτε η ακαδημαϊκή επάρκεια του πανεπιστημίου και οι διακρίσεις του ως πανεπιστήμιο, δικαιολογεί την αναγνώριση κάποιας

ιδιαίτερης φήμης ειδικώς για τον πάροχο υπηρεσιών φύλαξης προς αυτό. Άλλωστε, σε αντίθεση με τις αόριστες αιτιάσεις του προσφεύγοντα περί δυσχερούς οικονομικού περιόδου πανδημίας (επικαλούμενη νομολογία του 2020, έτος έναρξης της πανδημίας και επιμέρους τριμήνων παροδικής ύφεσης), στον χρόνο που η προσφορά του υποβλήθηκε και αναμένεται να εκτελεσθεί η υπό ανάθεση σύμβαση, ήτοι μετά τον Απρίλιο 2021, η χώρα ευρίσκεται σε περίοδο ιδιαίτερα υψηλής ανάπτυξης και μάλιστα ιδιαίτερα ισχυρής ανάκαμψης μετά τα πρώτα έτη της πανδημίας (κατά τα στοιχεία της ..., το ΑΕΠ, με εποχική και ημερολογιακή διόρθωση, κατά το 2^ο τρίμηνο 2021 αυξήθηκε κατά 17,20%, σε σχέση με το 2^ο τρίμηνο του 2020 και 4,2% σε σχέση με το 1^ο τρίμηνο 2021), με αυξημένες δημόσιες δαπάνες στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων και στοιχεία που δεν καθιστούν ως εύλογο τον ισχυρισμό, ότι η εκτέλεση της νυν σύμβασης με οριακό κέρδος, δικαιολογείται τυχόν επί τω τέλει επιβίωσης και διατήρησης της επιχείρησης ή διατήρησης θέσεων εργασίας. Επιπλέον, η διετής διάρκεια της νυν σύμβασης υποχρεώνει τον προσφέροντα σε προϋπολογισμό προσφοράς του, με βάση την εκτίμηση μακροπρόθεσμης διασφάλισης της σύμβασης από γεγονότα του μακροοικονομικού περιβάλλοντος και σε σχέση με τον εν γένει χρηματοοικονομικό κίνδυνο, αλλά και το πλήθος απροόπτων και εκτελεστικών κινδύνων, που ευλόγως αυξάνονται όσο μεγαλώνει το διάστημα της εκτέλεσης, με συνέπεια τη χαμηλή σχετικά προβλεψιμότητα του κινδύνου (όπως επιβεβαιώνεται εν τέλει, από την αύξηση του, πέραν ακόμη εργοδοτικών δαπανών, κόστους ζωής και επιχειρηματικής λειτουργίας, ως και τιμαρίθμου, μετά την υποβολή της προσφοράς και ενδιάμεσως, συνθήκη που δεν λαμβάνεται προφανώς υπόψη ως προς την αξιολόγηση της νυν προσφοράς, αλλά πάντως τεκμηριώνει ότι η δικαιολόγηση οριακού κέρδους δεν δύναται να τεκμηριώνεται επί μη απτών ή όλως αισιόδοξων θεωρήσεων του προσφέροντα περί αορίστου μελλοντικού οφέλους που θα επιφέρει σε αυτόν η σύμβαση) και άρα, την ανάγκη μεγαλύτερης σχετικής εξασφάλισης έναντι τυχόν κινδύνων. Ούτως, καθιστά μη εύλογη τη χρήση επιχειρημάτων περί παροδικών γεγονότων που αφορούσαν την περίοδο σύνταξης προσφοράς (και δη, ασχέτως, ότι η χώρα τελούσε σε περίοδο ανάπτυξης και επαναφοράς σε κανονικότητα κατά το

διάστημα υποβολής της νυν προσφοράς), αλλά και περί δικαιολόγησης του οριακού νυν κέρδους, με βάση θεωρητικές εκτιμήσεις περί συνεισφοράς της σύμβασης σε μελλοντική αύξηση της φήμης και της οικονομικής πορείας της επιχείρησης. Επιπλέον, στις εξηγήσεις του ο προσφεύγων αορίστως αναφέρθηκε σε ωφέλεια μέσω της απόκτησης μεγαλύτερης εμπειρίας, κατά τρόπο, που επιτρέπει την πλήρωση κριτηρίων επιλογής σε άλλες διαδικασίες ανάθεσης δημόσιας σύμβασης. Τούτο, ενώ ο προσφεύγων ούτε νεοσύστατη επιχείρηση συνιστά ούτε εκκινεί δια της παρούσας διαδικασίας τη συμμετοχή του σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, συνιστά δε, επί σειρά ετών εντόνως δραστηριοποιούμενο στην αγορά δημοσίων συμβάσεων φύλαξης. Σημειωτέον δε, ότι ο ίδιος στις εξηγήσεις του επικαλείται αποδοχή του σε διαγωνισμό άλλης αναθέτουσας, με κριτήριο αντίστοιχης εμπειρίας, πράγμα που σημαίνει, πως χωρίς χρήση της νυν σύμβασης που δεν του έχει εισέτι ανατεθεί, διαθέτει επαρκή εμπειρία για την κάλυψη αντιστοίχων κριτηρίων και πάντως, εκ των εξηγήσεών του, δεν προκύπτει η ανάγκη του ως επιχειρήσεως, να αποκτήσει εμπειρία σε συμβάσεις φύλαξης πανεπιστημίων, προκειμένου να εδραιώσει τη δραστηριοποίησή του στην αγορά, σε τέτοιο βαθμό ειδικότερα, ώστε να δικαιολογεί την εκτέλεση της νυν σύμβασης με κέρδος 5 ευρώ μηνιαίως και κόστος 12.741 ευρώ μηνιαία, για διάστημα δύο ετών και αναλαμβάνοντας ούτως σημαντικό κίνδυνο, σε περίπτωση οιασδήποτε έστω και ελάχιστης απόκλισης επί των προϋπολογισμών του και σε περίπτωση οιασδήποτε απροόπτου, ένεκα και του όλως οριακού του ανωτέρω κέρδους, να εκτελέσει επιζήμια για τον ίδιο τη νυν σύμβαση. Εξάλλου, η κερδοφορία του προσφεύγοντα δεν δύναται να σχηματίζεται δια εκτελέσεως συμβάσεων επιζημίως ούτε προκύπτει ότι η νυν συγκεκριμένη σύμβαση έχει τέτοια ειδικότερη και έντονη επιρροή στη μελλοντική του ανάπτυξη και στην επίτευξη εκ μέρους του τέτοιου ειδικότερου έμμεσου οφέλους, η κτήση του οποίου εξαρτάται εκ της νυν συμβάσεως, ώστε να δικαιολογηθεί το νυν μη εύλογο καταρχήν και ιδιαιτέρως χαμηλό, κέρδος του, σε σχέση με τη διάρκεια, τον κίνδυνο και το κόστος εκτέλεσης της νυν υπό ανάθεση σύμβασης. Κατ' αποτέλεσμα των ανωτέρω, οι εξηγήσεις του προσφεύγοντα δεν αναφέρονται

ούτε σε εκ μέρους του και δια της ανάληψης της νυν συμβάσεως κτήσης συγκεκριμένου ανταγωνιστικού πλεονεκτήματος που θα του επιφέρει ή θα συμβάλει να επιτύχει κάποιο συγκεκριμενοποιησιμο όφελος ούτε ο ίδιος συνιστά νεοσύστατη ή νεοεισερχόμενη στο νυν κλάδο ή άνευ εμπειρίας, επιχείρηση, ώστε να δικαιολογηθεί η εκ μέρους του αφιλοκερδής ανάληψη διетуός μάλιστα, διαρκείας σύμβασης, ώστε τυχόν να διευκολυνθεί να αποκτήσει παρουσία στη νυν αφορά ούτε η ανάληψη της νυν σύμβασης προκύπτει πως συνδέεται ή είναι αναγκαία και χρήσιμη για την επιχειρηματική του διατήρηση, συνέχεια, τυχόν διασφάλιση χρηματοδότησης, διατήρηση παγίων ή προσωπικού και άρα, οι εξηγήσεις του προσφεύγοντα δεν προβάλλουν ορισμένες εξαιρετικές περιστάσεις που δύνανται να δικαιολογήσουν το ασυνήθιστα χαμηλό του κονδυλίου του κέρδους του. Περαιτέρω, το γεγονός πως η κατ' άρ. 88 Ν. 4412/2016 καθιερώνει τη διαδικασία των εξηγήσεων οικονομικής προσφοράς, ως τελούσα σε συνεργασία μεταξύ αναθέτουσας και οικονομικού φορέα, σημαίνει πως η αναθέτουσα μέσω αυτής μπορεί να συγκεντρώνει τα περισσότερα δυνατά για την αξιολόγηση στοιχεία, αντί να αναλώνεται η αξιολόγησή της στα άπαξ υποβληθέντα εκ του προσφέροντα, αλλά δεν συνεπάγεται, ότι η αναθέτουσα οφείλει να εκμαιεύει εκ του οικονομικού φορέα παραδεκτές εξηγήσεις, όταν μάλιστα δεν τυγχάνει επίκλησης ορισμένη εξήγηση, που δύνανται να συγκροτήσει μια παραδεκτή βάση δικαιολόγησης του ασυνήθιστα χαμηλού της προσφοράς. Επομένως, οι εν προκειμένω παρατεθείσες εξηγήσεις του προσφεύγοντα, καίτοι αυτός δηλώνει ένα όλως οριακό και όχι απλώς χαμηλό, κέρδος, σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης και το κόστος που συνεπάγεται για τον ίδιο η προσφορά του, δεν κατατείνουν και δεν αναφέρονται σε ένα συγκεκριμένο αναμενόμενο, έστω και έμμεσο, πλην σαφές και ορατό, κέρδος εκ της ανάληψης της νυν συμβάσεως και ούτως, ουδόλως αναιρούν τον σαφή κίνδυνο για την επιτυχή εκτέλεση της σύμβασης και τήρηση των εργοδοτικών υποχρεώσεων, που παράγεται από το ιδιαιτέρως χαμηλό κέρδος του, όπως βάσιμα δέχθηκε η αναθέτουσα. Συνεπώς, κατ' απόρριψη των ισχυρισμών του προσφεύγοντος, δεν προκύπτει ως μη νόμιμη και δη, στο σύνολο και επί όλων των βάσεων της,

η αιτιολογία απόρριψης των εξηγήσεων του προσφεύγοντος και άρα, η προσβαλλομένη.

5. Επειδή, επομένως, πρέπει να απορριφθεί η Προδικαστική Προσφυγή. Να γίνει δε δεκτή η Παρέμβαση.

6. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται την Παρέμβαση.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 23-8-2022 και εκδόθηκε στις 9-9-2022.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ