

Αριθμός απόφασης: Α 56 / 2020

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 6 Φεβρουαρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη Εισηγήτρια και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην από 27.1.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 86/27.1.2020 Προδικαστική Προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», η οποία εδρεύει στην, επί της οδού, αρ. ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του Νοσοκομείου και δη κατά της απόφασης της 145^{ης} Τακτικής Συνεδρίασης του Δ.Σ. της ως άνω αναθέτουσας αρχής της 15.1.2020 (Θέμα 6^ο), με την οποία κατ' αποδοχήν του με αρ. πρωτ. 16313/31.12.2019 Πρακτικού Αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών της Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης του διαγωνισμού που προκηρύχθηκε με την με αρ. Διακήρυξη του Νοσοκομείου απεφασίσθη η απόρριψη της προσφοράς της συμμετέχουσας και νυν προσφεύγουσας εταιρείας και η ανάδειξη ως προσωρινής αναδόχου του υπό κρίση διαγωνισμού της εταιρείας

Κατά της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία και τον διακριτικό τίτλο «.....», η οποία εδρεύει στη, επί της οδού, αρ. ..., νομίμως εκπροσωπούμενης, η οποία άσκησε την από 4.2.2020 (ημερομηνία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) Παρέμβαση της.

Αριθμός απόφασης: Α 56 / 2020

Διά της προσφυγής της επιδιώκει η προσφεύγουσα να ακυρωθεί η ως άνω προσβαλλόμενη απόφαση του Νοσοκομείου καθ' ο μέρος απορρίπτει τη προσφορά της και την αποκλείει από την οικεία διαγωνιστική διαδικασία. Ετέρωθεν διά της ασκηθείσας Παρέμβασης η παρεμβαίνουσα αιτείται όπως απορριφθεί η υπό κρίση Προσφυγή και διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης απόφασης.

Με την προσφυγή, επιπλέον ζητείται και η αναστολή προόδου του διαγωνισμού και ιδίως η αναστολή της οριστικής κατακύρωσης του διαγωνισμού και της υπογραφής της σύμβασης, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, το Νοσοκομείο με τη με αριθμ. πρωτ. οικ..... διακήρυξή του, προκήρυξε διεθνή ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για την ανάθεση Υπηρεσιών Καθαριότητας των εσωτερικών και εξωτερικών χώρων του Νοσοκομείου, διάρκειας δώδεκα (12) μηνών, με CPV:, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 450.819,68€ άνευ ΦΠΑ (και 559.016,40€ συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ 24%). Ο διαγωνισμός διεξάγεται ηλεκτρονικά μέσω της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ) υπό το συστημικό αριθμό Στη προσβαλλόμενη δε απόφαση της 145ης Τακτικής Συνεδρίασης του Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής διατυπώνονται, μεταξύ άλλων, τα εξής, εκ των συμπεριλαμβανομένων και εγκριθέντων Πρακτικών της Επιτροπής διαγωνισμού: «Κατά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής διαπιστώθηκαν τα εξής: 1. Η εταιρεία κατέθεσε ορθώς όλα τα απαιτούμενα δικαιολογητικά συμμετοχής και συνεπώς έγιναν αποδεκτά από την επιτροπή. 2. Η εταιρεία στηρίζεται, για το κριτήριο της τεχνικής και

Αριθμός απόφασης: Α 56 / 2020

επαγγελματικής ικανότητας, στην εταιρεία με δ.τ. Το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ)/ Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) της τελευταίας εταιρείας, αναφέρει ότι της έχουν επιβληθεί, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, ήτοι 07/10/2019: αα) τρεις (3) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που χαρακτηρίζονται, σύμφωνα με την υπουργική απόφαση 2063/Δ1632/2011 (Β' 266), όπως εκάστοτε ισχύει, ως «υψηλής» ή «πολύ υψηλής» σοβαρότητας, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από τρεις (3) διενεργηθέντες ελέγχους. Στη συνέχεια, με τα υπ' αριθμ. 12800/25-10-2019 και 14695/29-11-2019 έγγραφά μας ζητήθηκε από το Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ) να μας γνωστοποιήσει εάν στις εταιρείες και έχουν επιβληθεί πράξεις επιβολής προστίμου, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από την ημερομηνία λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, ήτοι 07/10/2019. Το Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας (ΣΕΠΕ) με τα υπ' αριθμ. 13480/08-11-2019 και 15693/16-12-2019 έγγραφά του (με το δεύτερο συμπληρώνει το πρώτο) μας γνωστοποίησε ότι από 1.1.2017 και μέχρι τις 06.12.2019: [...] διαπιστώνει ότι στην εταιρεία με ΑΦΜ έχουν επιβληθεί κατά το κρίσιμο ως άνω χρονικό διάστημα της διετίας (από 07/10/2017 έως 07/10/2019), πριν από την λήξη της προθεσμίας υποβολής προσφοράς, τρεις πράξεις επιβολής προστίμου, που εκάστη χαρακτηρίζεται από τον αρμόδιο φορέα (ΣΕΠΕ) ως υψηλής έως πολύ υψηλής σοβαρότητας. Δεδομένου ότι η εν λόγω εταιρεία στηρίζει την υποψηφιότητα της διαγωνιζόμενης εταιρείας για το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, ως προελέχθη, η υποψηφιότητα της τελευταίας εταιρείας θα πρέπει να αποκλεισθεί σύμφωνα με την προμνημονειθείσα ως άνω υπό (α) σαφή διάταξη, η οποία ως προς την παροχή υπηρεσιών καθαρισμού ή/ και φύλαξης την οποίαν και ρυθμίζει, δεν επιτρέπει την άρση του αποκλεισμού των οικονομικών φορέων με τυχόν μέτρα που αυτοί έλαβαν για να αποδείξουν την αξιοπιστία τους, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού, ούτε προϋποθέτει για τον εν λόγω

Αριθμός απόφασης: Α 56 / 2020

αποκλεισμό τυχόν επιβληθείσες κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Σε κάθε περίπτωση τα στοιχεία που προσκομίστηκαν από την εταιρεία κρίνονται ανεπαρκή για τους εξής λόγους: [...] Σύμφωνα με τα ανωτέρω, η επιτροπή απορρίπτει την εταιρεία κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής. Κατά τον έλεγχο της τεχνικής προσφοράς της εταιρείας κρίθηκε τεχνικά αποδεκτή. Κατόπιν των ανωτέρω η επιτροπή του διαγωνισμού γνωμοδοτεί υπέρ του αποκλεισμού από τη συνέχιση της διαδικασίας του Διαγωνισμού της εταιρείας Η επιτροπή προτείνει να γίνει αποδεκτό το πρακτικό της και να συνεχιστεί η διαδικασία με το άνοιγμα της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας, η οποία προκρίθηκε στο επόμενο στάδιο». Κατά της απόφασης αυτής του ΔΣ της αναθέτουσας αρχής στρέφεται η προσφεύγουσα με την από 27.1.2020 προδικαστική της προσφυγή, για τους σε αυτήν περιεχόμενους λόγους και με τα ειδικά αιτήματά της.

2. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (άρθρα 345 παρ. 1 και 6 παρ. 1 του Ν. 4412/2016), του αντικειμένου της προκηρυχθείσας σύμβασης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του Ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, εν όψει και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής της Προκήρυξης της σχετικής σύμβασης για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης η 30^η.8.2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε ΑΕΠΠ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

3. Επειδή, από τα αναρτηθέντα στοιχεία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α) προκύπτει ότι η κρινόμενη 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

Αριθμός απόφασης: Α 56 / 2020

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), ποσού 2.254,10€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017.

4. Επειδή, εξάλλου, η προσφεύγουσα που συμμετείχε στον υπόψη διαγωνισμό, η προσφορά της οποίας απερρίφθη κατά την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του Ν.4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ.39/2017, στρέφεται κατά της απόφασης που ανέδειξε προσωρινή ανάδοχο την έτερη συνδιαγωνιζόμενη και ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία. Και τούτο, διότι κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή, αποφασίσθηκε μη νόμιμα και κατά παράβαση της διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν η απόρριψη της απόλυτα νόμιμης προσφοράς της και μάλιστα με μη νόμιμη αιτιολογία, δεδομένου ότι, ως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα, η προσφορά της συμμορφώνεται πλήρως με τους όρους της διακήρυξης και της νομοθεσίας που διέπει αυτήν,

5. Επειδή, συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: Η στήριξη της συμμετέχουσας και ήδη προσφεύγουσας εταιρείας στην ικανότητα του τρίτου οικονομικού φορέα «.....» κατ' άρθρον 78 του Ν. 4412/2016 και 2.2.8 της διακήρυξης είναι απολύτως νόμιμη, καθώς παρά το γεγονός ότι έχουν επιβληθεί στην ανωτέρω δανείζουσα εταιρεία την τελευταία διετία μέχρι σήμερα δύο πράξεις επιβολής προστίμου ΣΕΠΕ υψηλής σοβαρότητας και μία πράξη επιβολής προστίμου πολύ υψηλής σοβαρότητας, οι εν λόγω κυρώσεις δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Η επίμαχη διακήρυξη δε οδηγεί σε αμφισημία που δεν μπορεί να ερμηνευθεί σε βάρος διαγωνιζομένων ως προς τους λόγους αποκλεισμού στον υπό κρίση διαγωνισμό, δεδομένου ότι περιλαμβάνει αφενός τον όρο του άρθρου 2.2.3.2 περί λόγου αποκλεισμού από επιβληθείσες κυρώσεις ΣΕΠΕ την τελευταία διετία που να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ και αφετέρου τη διάταξη του άρθρου

Αριθμός απόφασης: Α 56 / 2020

68 του Ν. 3863/2010 που εντάσσεται στο θεσμικό πλαίσιο του διαγωνισμού και συνεπάγεται τον υποχρεωτικό αποκλεισμό συμμετέχοντος που του έχουν επιβληθεί οι προβλεπόμενες πράξεις επιβολής προστίμου ΣΕΠΕ την τελευταία διετία χωρίς να απαιτείται για τον αποκλεισμό οι εν λόγω κυρώσεις να έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ. Ως εκ τούτου, κατά τη προσφεύγουσα, η δανείζουσα εμπειρία εταιρεία δεν εμπίπτει σε λόγο αποκλεισμού και για το λόγο αυτό η αναθέτουσα αρχή και η επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού όφειλαν κατά δέσμια αρμοδιότητα να αποδεχθούν τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικής προσφοράς της εταιρείας «.....». Άλλωστε, όπως παγίως έχει κριθεί η τήρηση της αρχής της ίσης μεταχειρίσεως και της υποχρέωσης διαφάνειας απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να απορρίψει προσφορά στηριζόμενη σε λόγους οι οποίοι δεν προβλέπονται στην οικεία προκήρυξη. Υπό αυτό το πρίσμα συνάγεται ότι η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεων του. Επέκεινα οι ανωτέρω πράξεις επιβολής προστίμου του ΣΕΠΕ στην δανείζουσα στη συμμετέχουσα στον υπόψη διαγωνισμό εμπειρία εταιρεία «.....» δεν έχουν αποκτήσει τελεσίδικη και δεσμευτική ισχύ και για το λόγο αυτό η επιβολή τους και μόνο δεν μπορεί να αποτελέσουν λόγο αποκλεισμού της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας και κατ' επέκτασιν της εταιρείας «.....».

6. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

7. Επειδή, εξάλλου, η αναθέτουσα αρχή με το με αριθμ. πρωτ. 1302/5.2.2020 έγγραφο της αποστέλλει τις απόψεις της επί του αιτήματος αναστολής επικαλούμενη λόγους δημοσίου συμφέροντος προκειμένου για την απόρριψη του αιτήματος αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας, ενώ με το με αρ. πρωτ. 1303/5.2.2020 έγγραφο συμπληρωματικής αιτιολογίας της,

Αριθμός απόφασης: Α 56 / 2020

αποστέλλει τις απόψεις της επί των λόγων που προβάλλονται στη προκείμενη Προσφυγή.

8. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, η υπό εξέταση προσφυγή δεν πιθανολογείται ούτε ως προδήλως απαράδεκτη, ούτε ως προδήλως αβάσιμη, σε κάθε περίπτωση περιέχει συγκεκριμένους λόγους που πρέπει να εξετασθούν. Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσον επί του παραδεκτού της προσφυγής όσο και επί της ουσίας των ισχυρισμών της προσφεύγουσας δεν είναι δυνατόν να συναχθεί στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9, 10, 20, 41, 46/2015), θα διαλαμβάνεται, ωστόσο, στην οριστική απόφαση επί της προσφυγής.

9. 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 αποφασίζει τη λήψη προσωρινών μέτρων 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 ελέγχου και αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου. Δεν υπάρχει, επομένως, επόμενο στάδιο, καθώς μετά την οριστική κατακύρωση της σύμβασης, 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. 4412/2106 και 6 του Π.Δ. 39/2017. Κατά συνέπεια, στο παρόν στάδιο δεν υφίσταται βλάβη η προσφεύγουσα, ούτε πρέπει να τύχει

Αριθμός απόφασης: Α 56 / 2020

προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού από τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας ούτε επικείμενο κίνδυνο διατρέχει, ούτε ζημία υφίσταται (πρβλ ΣτΕ ΕΑ 86/2018, ΣτΕ ΟΛ 12-15/2018, πρβλ. ΣτΕ ΕΑ ΟΛ 146-148/2016, ΔΕφΑΘ 26/2019). Η από την προσβαλλόμενη πράξη της αναθέτουσας αρχής επικαλούμενη ζημία της, εξάλλου, από τη μη κατακύρωση σε αυτήν της επίμαχης σύμβασης, 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. προσφεύγουσα ούτε επικείμενο κίνδυνο διατρέχει, ούτε άμεση βλάβη υφίσταται, ούτε υφίστανται οι περιστάσεις εκείνες που μπορεί να καθιστούν αλυσιτελή τυχόν αποδοχή της προσφυγής της, ώστε να αιτιολογείται η χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας και από την ΑΕΠΠ.

10. 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 6 Φεβρουαρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο αυθημερόν.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Αριθμός απόφασης: Α 56 / 2020

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Ελ. Γιάννακα