

Αριθμός απόφασης: Α 99 / 2020

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 5 Μαρτίου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αρ. 307/2020 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων, το οποίο σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 235/25-02-2020 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....» και το διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην, επί της οδού αριθ., νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά της, που εδρεύει στο, επί του όπως νόμιμα εκπροσωπείται

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί, άλλως οίκοθεν ανακληθεί ή τροποποιηθεί, η απόφαση με αριθμό πρωτ. Κ.Γ./Δ11/Ε/6328/14-02-2020 του Διοικητή της καθ' ης Υπηρεσίας, με την οποία, εγκρίθηκαν α) το από 27/01/2020 Πρακτικό Νο 1 (Δ11/Ε/1369/28-01-2020) και β) το από 03/02/2020 Πρακτικό Νο 2 (Δ11/Ε/1797/03-02-2020) της Επιτροπής Αξιολόγησης Προσφορών του διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου καθαρισμού χώρων και επιφανειών των εγκαταστάσεων της στο Νομό, για χρονικό διάστημα από 01/01/2020 μέχρι 30/04/2020, κατά το μέρος της κατά το οποίο αποφασίσθηκε η αποδοχή των προσφορών των εταιρειών «.....» και «.....» και ο διαγωνισμός κατακυρώθηκε στην εταιρεία «.....».

Αριθμός απόφασης: Α 99 / 2020

Με την ως άνω προσφυγή, επιπλέον, ζητείται και η αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ιδίως δε η υποβολή δικαιολογητικών κατακύρωσης της εταιρείας «.....», η αποσφράγιση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, η αξιολόγηση αυτών, η ανάδειξη οριστικού αναδόχου και η υπογραφή σχετικής σύμβασης με την εταιρεία «.....» μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, η (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «...»), με τη με αριθμό διακήρυξή της προκήρυξε ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), για την ανάδειξη αναδόχου καθαρισμού χώρων και επιφανειών των εγκαταστάσεων της στο Νομό....., για το χρονικό διάστημα από 01/01/2020 μέχρι 30/04/2020 και με δικαίωμα παράτασης δύο (2) μηνών, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 251.612,90€ πλέον Φ.Π.Α. 24% (εφεξής «διαγωνισμός»). Ο διαγωνισμός διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, υπό τον συστημικό αριθμό Στο διαγωνισμό υποβλήθηκαν τέσσερις (4) προσφορές προερχόμενες από τις εταιρείες: «.....», «.....», την προσφεύγουσα και τη «.....» Μετά την αποσφράγισή τους, τον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων, η επιτροπή του διαγωνισμού, με το με αριθμό Δ11/Ε/1369/28-01-2020 1^ο πρακτικό της, εισηγήθηκε να γίνουν δεκτές οι προσφορές όλων των συμμετεχόντων, μετά δε και την αποσφράγιση, τον έλεγχο και την αξιολόγηση και των οικονομικών τους προσφορών, με το με αριθμό Δ11/Ε/1797/03-02-2020 2^ο πρακτικό της εισηγήθηκε ομοίως να γίνουν δεκτές οι οικονομικές προσφορές όλων των συμμετεχόντων, κατέταξε δε κατά σειρά μειοδοσίας, πρώτη την, δεύτερη την, τρίτη την προσφεύγουσα

Αριθμός απόφασης: Α 99 / 2020

και τέταρτη τη «.....». Ακολούθως, ο Διοικητής της με τη με αριθμό με αριθμό πρωτ. Κ.Γ./Δ11/Ε/6328/14-02-2020 Απόφασή του (εφεξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη Πράξη») ενέκρινε τα 1^ο και 2^ο πρακτικά της επιτροπής του διαγωνισμού, έκανε αποδεκτές τις προσφορές όλων των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό και, αφού ενέκρινε και τον πίνακα μειοδοσίας, ανακήρυξε προσωρινή ανάδοχο της σύμβασης την πρώτη μειοδότη εταιρεία Κατά της απόφασης αυτής του Διοικητή της στρέφεται η προσφεύγουσα, κατά το μέρος της με το οποίο, μετ' αποδοχή των 1^{ου} και 2^{ου} πρακτικών της επιτροπής του διαγωνισμού, αποφασίζεται να γίνουν δεκτές οι προσφορές στο διαγωνισμό των εταιρειών «.....» (εφεξής καλούμενη «.....») και «.....» (εφεξής καλούμενη «.....») και να κατακυρωθεί ο διαγωνισμός στην εταιρεία «.....», για τους λόγους και κατά τα ειδικά αιτήματα που αναπτύσσονται στην κρινόμενη προσφυγή.

2. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 1.260,00€, 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 αναλογούν ποσοστό (0,5%) επί της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης κατά ποσό 1,94€, το οποίο (υπερβάλλον ποσό) και καταβλήθηκε αχρεώστητα.

3. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με την χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του Π.Δ. 39/2017, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016, είναι και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 14-02-2020 και η προσφυγή ασκήθηκε στις 24-02-2020.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης (345 παρ. 1 ν. 4412/2016, 6 παρ.1 ν. 4412/2016) που

Αριθμός απόφασης: Α 99 / 2020

ανέρχεται σε ποσό χωρίς ΦΠΑ 251.612,90€, του αντικειμένου της (υπηρεσίες καθαριότητας) και της νομικής φύσης της που διενεργεί το διαγωνισμό, ως αυτοτελούς δημόσιας υπηρεσίας με διοικητική και οικονομική αυτοτέλεια, που υπάγεται στον Υπουργό, κύρια δραστηριότητα της οποίας είναι η οργάνωση και η ανάπτυξη των υπηρεσιών αεροναυτιλίας και η διαχείριση και λειτουργία αεροδρομίων και υδατοδρομίων, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται όμως και στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και πιο συγκεκριμένα του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, και λαμβανομένου υπόψη και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (αποστολή προκήρυξης της σύμβασης για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 16-12-2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι η προσφεύγουσα συμμετείχε στο διαγωνισμό και υπέβαλε προσφορά που έγινε δεκτή, μετά δε την προσωρινή ανάδοχο της σύμβασης και την εταιρεία, η προσφορά της κατετάγη τρίτη κατά τη σειρά μειοδοσίας. Θα έπρεπε επομένως να αναδειχθεί αυτή προσωρινή ανάδοχος της σύμβασης, αν σύμφωνα με τους ισχυρισμούς της είχαν απορριφθεί οι προσφορές της πρώτης και δεύτερης κατά την ως άνω σειρά εταιρειών, και Κατά συνέπεια, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει κατά της με αριθμό πρωτ. Κ.Γ./Δ11/Ε/6328/14-02-2020 Απόφασης του Διοικητή της, με την οποία μη νόμιμα κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή της δεν απορρίφθηκαν οι προσφορές των εταιρειών αυτών. Συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα προβάλλει τα εξής: α) Ως προς την προσφορά της: 1) Με την οικονομική της προσφορά υπολόγισε και δήλωσε το ύψος των εργοδοτικών ασφαλιστικών εισφορών των εργαζομένων

Αριθμός απόφασης: Α 99 / 2020

της επί των πάσης φύσεως νομίμων αποδοχών των εργαζομένων αυτών στο ποσό των 6.982,06€ μηνιαίως, το οποίο υπολείπεται και δεν αντιστοιχεί στο ποσοστό 26,96% επί των πάσης φύσεως νομίμων αποδοχών των εργαζομένων της, αν και τούτο ρητά απαιτείται τόσο από τη διακήρυξη με αριθμό 30/2019 όσο και από την εργατική νομοθεσία (άρθρο 68 του Ν. 3863/2010, όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013 και ισχύει σήμερα και 2) Δεν συνυπολόγισε εύλογο κόστος αναλωσίμων υλικών – μηχανολογικού εξοπλισμού, καθώς το ποσό των 10,00€ μηνιαίως δεν δύναται να καλύψει το εύλογο κόστος αναλωσίμων – μηχανολογικού εξοπλισμού εκτέλεσης του εν λόγω έργου με συνέπεια να καθίσταται η οικονομική της προσφορά ζημιογόνος, επιπλέον το δηλωθέν εργολαβικό κέρδος της προσφοράς της δεν μπορεί να θεωρηθεί ως εύλογο καθώς τούτο είναι μόλις 5,00€ και για τον επιπλέον αυτό λόγο αυτό η οικονομική της προσφορά καθίσταται ζημιογόνος, άλλως θα έπρεπε να ελεγχθεί ως ασυνήθιστα χαμηλή.

β) Ως προς την προσφορά της εταιρείας: 1) Δεν προσέφερε υλικό καθαρισμού για ξύλινες επιφάνειες, στην τεχνική της προσφορά, αν και τούτο απαιτείται από τη διακήρυξη του διαγωνισμού, επί ποινή απόρριψης προσφοράς, συνεπώς δεν πληροί τις υποχρεωτικές τεχνικές προδιαγραφές της διακηρύξεως για την εκτέλεση του υπό κρίση έργου καθαριότητας και 2) Με την οικονομική της προσφορά και η υπολόγισε και δήλωσε το ύψος των εργοδοτικών ασφαλιστικών εισφορών των εργαζομένων της επί των πάσης φύσεως νομίμων αποδοχών των εργαζομένων αυτών μηνιαίως σε ποσό το οποίο υπολείπεται και δεν αντιστοιχεί στο ποσοστό 26,96% επί των πάσης φύσεως νομίμων αποδοχών των εργαζομένων της, αν και τούτο ρητά απαιτείται τόσο από τη διακήρυξη με αριθμό 30/2019 όσο και από την εργατική νομοθεσία (άρθρο 68 του Ν. 3863/2010), όπως τροποποιήθηκε με το άρθρο 22 του Ν. 4144/2013 και ισχύει σήμερα. Για τους παραπάνω λόγους, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι τόνον η προσφορά της όσο και αυτή της θα έπρεπε να έχουν απορριφθεί.

Αριθμός απόφασης: Α 99 / 2020

6. Επειδή, μέχρι σήμερα η αναθέτουσα αρχή δεν έχει κοινοποιήσει τις απόψεις της ούτε επί του παραδεκτού ούτε επί της ουσίας της προσφυγής, ούτε και επί του αιτήματος προσωρινών μέτρων που σωρεύεται σε αυτήν.

7. Επειδή, από μίαν απλή επισκόπηση της προσφυγής και των εγγράφων και στοιχείων που ευρίσκονται αναρτημένα στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, πιθανολογείται ότι η προσφυγή δεν είναι ούτε προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη. Σε κάθε περίπτωση, περιέχει συγκεκριμένους ισχυρισμούς σχετικά με τις πλημμέλειες των προσφορών των συνδιαγωνιζομένων της στο διαγωνισμό, εταιρειών και, οριστική κρίση επί των οποίων όμως δεν μπορεί να συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9, 10, 20, 41, 46/2015), διότι απαιτείται ενδελεχής έρευνα στα έγγραφα των προσφορών των διαγωνιζομένων, τους όρους της διακήρυξης, το νόμο και τη νομολογία, θα διαληφθεί όμως στην οριστική απόφαση του επιληφθέντος Κλιμακίου της ΑΕΠΠ επί της υπό εξέταση προσφυγής.

8. Επειδή, περαιτέρω, από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο ελέγχου και έγκρισης των δικαιολογητικών συμμετοχής - τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων.

9. Επειδή, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στη σκέψη 7 της παρούσας, δεν μπορεί να αποκλειστεί ζημία της προσφεύγουσας από την προσβαλλόμενη απόφαση της αναθέτουσας αρχής, κατά παράβαση διατάξεων ενωσιακού ή εθνικού δικαίου.

10. Επειδή, η ζημία της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής, αλλά ακόμη και του οικονομικού φορέα, ο οποίος έχει ήδη ανακηρυχθεί προσωρινός ανάδοχος της σύμβασης από την πρόοδο του διαγωνισμού, με την υποβολή και αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης, ενώ εκκρεμεί η κρινόμενη προσφυγή, είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα. Και τούτο διότι, μεσούσης της αμφισβήτησης της νομιμότητας της

Αριθμός απόφασης: Α 99 / 2020

κρίσης επί της αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής, των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων, η συνολική νομιμότητα της όλης διαδικασίας τίθεται συνεκδοχικώς εν αμφιβόλω. Τυχόν ακύρωση, μάλιστα, της προσβαλλόμενης πράξης έγκρισης των πρακτικών περί τη συμμετοχή και την πληρότητα και νομιμότητα των τεχνικών και των οικονομικών προσφορών των διαγωνιζομένων θα καταστήσει αυτοτελώς μη νόμιμη και την τυχόν εκδοθησόμενη πράξη έγκρισης πρακτικού αξιολόγησης των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου, εκτός των τυχόν άλλων πλημμελειών αυτής της πράξης, ένεκα των οποίων θα μπορούσε να προσβληθεί, στα πλαίσια της καθιερούμενης στο βιβλίο IV του ν. 4412/2016 διαδικασίας παροχής έννομης προστασίας, οδηγώντας τοιουτοτρόπως, πιθανόν, σε επόμενο στάδιο προσφυγών και υποχρεώνοντας τον αναθέτοντα φορέα να ακυρώνει πράξεις, με συνέπεια περαιτέρω χρονοτριβή εις βάρος της ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης. Οι παραπάνω κίνδυνοι, ωστόσο, δύνανται να αποφευχθούν δια της αναστολής της διαδικασίας. Εξάλλου, βάσει και των ανωτέρω, ασχέτως του περιεχομένου του ειδικότερου αιτήματος του προσφεύγοντος, η ΑΕΠΠ έχει αυτεπάγγελτη αρμοδιότητα τόσο επί της το πρώτον διαταγής όσο και επί του ειδικότερου περιεχομένου των προσωρινών μέτρων.

11. Επειδή, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η διαδικασία και να μην υποβληθούν δικαιολογητικά κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου της σύμβασης και, αν αυτά έχουν υποβληθεί, η αναθέτουσα αρχή να μην προβεί στην αποσφράγιση και αξιολόγησή τους. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

Αριθμός απόφασης: Α 99 / 2020

12. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του με α/α ΕΣΗΔΗΣ ... ανοιχτού διεθνή ηλεκτρονικού διαγωνισμού, τον οποίο η διενεργεί με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή), για την ανάδειξη αναδόχου παροχής της υπηρεσίας καθαρισμού χώρων και επιφανειών των εγκαταστάσεων της στο Νομό, για χρονικό διάστημα από 01/01/2020 μέχρι 30/04/2020, εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 251.612,90€, χωρίς ΦΠΑ και ιδίως αναστέλλει την υποβολή και, αν έχουν υποβληθεί, την αποσφράγιση και αξιολόγηση των δικαιολογητικών κατακύρωσης του προσωρινού αναδόχου της σύμβασης, μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της κρινόμενης προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 5 Μαρτίου 2020, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 6 Μαρτίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Γιάννακα