

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 19 Αυγούστου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη.

Για να συνεξετάσει α) την από 10.07.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 897/13.07.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και με τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στην ..., ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται (εφεξής «πρώτη Προσφυγή») β) την από 10.07.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 898/13.07.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει στη ..., ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται (εφεξής «δεύτερη Προσφυγή») και γ) την από 13.07.2020 (ημερομηνία κατάθεσης στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ) με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 910/14.07.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «...» και με τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στο ..., οδός ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται (εφεξής «τρίτη Προσφυγή»), οι οποίες στρέφονται κατά της ίδιας αναθέτουσας αρχής και κατά της ίδιας προσβαλλομένης πράξης στα πλαίσια της αυτής διαγωνιστικής διαδικασίας και συνεπώς προσήκει να συνεξετασθούν.

Κατά του αναθέτοντος φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ..., ..., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Της α) παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» η οποία άσκησε την 20.07.2020 Παρέμβασή της επί της πρώτης Προσφυγής (εφεξής «πρώτη Παρέμβαση»), της β) παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

«...», η οποία άσκησε την από 24.07.2020 Παρέμβασή της επί της τρίτης Προσφυγής (εφεξής «δεύτερη Παρέμβαση»).

Με τις ως άνω Προδικαστικές Προσφυγές τους, οι προσφεύγουσες επιδιώκουν την ακύρωση της υπ' αριθ. 1558(δ)/17-6-2020 απόφασης του Δ.Σ. της «...» (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), με την οποία κατ' έγκριση των Πρακτικών αξιολόγησης υπ' αριθ. 1 και 2 αποφασίστηκε μεταξύ άλλων η απόρριψη της προσφοράς της ήδη δεύτερης προσφεύγουσας, εταιρείας «...» από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία, η αποδοχή των προσφορών των εταιρειών «...», «...» και «...» και η κατακύρωση του διαγωνισμού στην ήδη τρίτη προσφεύγουσα, εταιρεία «...» αναφορικά με το διαγωνισμό παροχής υπηρεσιών φύλαξης των 2 κτιρίων γραφείων της «...», επί της ... και επί της οδού ..., καθώς και του υπαίθριου χώρου στάθμευσης «...», επί της ... και πλησίον του ομώνυμου σταθμού του ΜΕΤΡΟ, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στις υπό κρίση Προσφυγές. Ετέρωθεν, οι παρεμβαίνουσες αιτούνται όπως απορριφθούν οι αντίστοιχες, κατά τα προρρηθέντα, Προσφυγές κατά των οποίων αυτές, οι Παρεμβάσεις τους, στρέφονται και διατηρηθεί η προσβαλλόμενη απόφαση, κατά τα αντιστοίχως προβαλλόμενα με τις Παρεμβάσεις μέρη.

Η εξέταση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχουν κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί τα νόμιμα παράβολα, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και το άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 1439,95 ευρώ για την πρώτη Προσφυγή και με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου ..., ποσού 1440,00 ευρώ για τη δεύτερη Προσφυγή και με κωδικό ηλεκτρονικού ... και ποσού 1440,00 ευρώ για τη τρίτη Προσφυγή και με κωδικό ηλεκτρονικού

2. Επειδή, με την υπ' αρ. πρωτ. ..., Α.Σ.: ... Διακήρυξη η εταιρεία «...» προκήρυξε τη διενέργεια ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

άνω των ορίων με αντικείμενο την επιλογή αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών φύλαξης των 2 κτιρίων γραφείων της «...», επί της ... και επί της οδού ..., καθώς και του υπαίθριου χώρου στάθμευσης «...», επί της ... και πλησίον του ομώνυμου σταθμού του ΜΕΤΡΟ, με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή) και συνολικής εκτιμώμενης αξίας 288.000,00 ευρώ χωρίς ΦΠΑ. Η εν λόγω Διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 16.12.2019 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε αύξοντα συστημικό αριθμό Στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν επτά (7) οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και οι τρεις ήδη προσφεύγουσες εταιρείες «...», «...» και «...». Με το Πρακτικό 1^{ης} φάσης της Επιτροπής Διαγωνισμού έγιναν αποδεκτές κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών του (Υπο)φακέλου «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά» οι προσφορές των εταιρειών «...», «...» και «...» και απορρίφθηκε μεταξύ άλλων η προσφορά της ήδη δεύτερης προσφεύγουσας εταιρείας, «...» και με το Πρακτικό 2^{ης} φάσης αξιολογήθηκαν οι οικονομικές προσφορές των εταιρειών που τα δικαιολογητικά τους είχαν κριθεί ως πλήρη κατά την 1η φάση του εν λόγω διαγωνισμού και κατετάγη πρώτη στον σχετικό Πίνακα Κατάταξης η εταιρεία «...», η οποία και ανεδείχθη με την προσβαλλόμενη προσωρινός ανάδοχος, δεύτερος κατετάγη ο οικονομικός φορέας «... - ...» και τρίτη η εταιρεία «...», ενώ με την προσβαλλόμενη απόφαση του αναθέτοντος φορέα εγκρίθηκαν τα υπόψη Πρακτικά, 1^ο και 2^ο.

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσία), της ιδιότητας της «...» ως αναθέτοντος φορέα με αντικείμενο μεταξύ άλλων τη μελέτη, κατασκευή, λειτουργία, εκμετάλλευση και ανάπτυξη του δικτύου αστικού σιδηροδρόμου του ... και ... και γενικά ηλεκτρικών σιδηροδρόμων του ... και ... (εκτός από το σιδηροδρομικό δίκτυο του ...), καθώς και του δικτύου ΤΡΑΜ σε όλη την Επικράτεια, της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ.1 του Ν.4412/2016) και

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

του χρόνου αποστολής (16.12.2019) της Προκήρυξης προς δημοσίευση στην Ε.Ε.Ε.Ε. (άρθρα 61, 120, 290, 376 και 379 του Ν. 4412/2016), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017) στις υπό κρίση Προσφυγές. Περαιτέρω, οι υπό κρίση Προδικαστικές Προσφυγές, σύμφωνα με την παρ. 1 (α) του άρθρου 361 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (α) του Π.Δ.39/2017, έχουν κατατεθεί εμπροθέσμως, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες την 01^η.07.2020, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής και οι Προσφυγές ασκήθηκαν δια της καταθέσεως στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 10.07.2020, η πρώτη και η δεύτερη Προσφυγή και στις 13.07.2020 η Τρίτη Προσφυγή, ήτοι εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας οι δύο πρώτες και η τρίτη, ομοίως εμπροθέσμως, κατά παρέκταση της σχετικής προθεσμίας, η οποία έληγε στις 11.07.2020 ημέρα Σάββατο, κατά Νόμον ημέρα εξαιρετέα, κατατεθείσα την αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα, Δευτέρα 13.07.2020.

4. Επειδή, αναφορικά με την πρώτη Προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον η πρώτη προσφεύγουσα, εταιρεία με την επωνυμία «...» στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, αφού συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά η οποία και έγινε αποδεκτή και κατετάγη τρίτη στο σχετικό πίνακα κατάταξης ισχυριζόμενη ότι μη συννόμως έγιναν αποδεκτές οι προσφορές των εταιρειών που κατετάγησαν στις δύο πρώτες θέσεις του Πίνακα Κατάταξης, «...», η οποία και ανεδείχθη με την προσβαλλόμενη προσωρινός ανάδοχος και «... - ...». Ετέρωθεν, με προφανές έννομο συμφέρον παρεμβαίνει, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017, με την από 20.07.2020 Παρέμβασή της η εταιρεία «...», η οποία και κατετάγη πρώτη στο σχετικό Πίνακα Κατάταξης και ανεδείχθη με την προσβαλλόμενη απόφαση προσωρινός ανάδοχος, αιτούμενη όπως απορριφθεί η πρώτη Προσφυγή και διατηρηθεί η προσβαλλόμενη. Η υπόψη

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

Παρέμβαση δε, ασκείται εμπροθέσμως, αφού η πρώτη Προσφυγή κοινοποιήθηκε στην πρώτη παρεμβαίνουσα μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 10.07.2020 και η υπόψη Παρέμβαση ασκήθηκε δια της κατάθεσής της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 20.07.2020, ήτοι εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας, κατά τις προρρηθείσες διατάξεις. Κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή και η ασκηθείσα επ' αυτής Παρέμβαση, είναι τυπικά παραδεκτές και θα πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους. Περαιτέρω, παραδεκτώς σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52) περ. 42, ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε το από 20.07.2020 μέσω του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού έγγραφο απόψεών του αναφορικά με την πρώτη Προσφυγή, με το οποίο αιτείται την απόρριψη αυτής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασής του, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα σε αυτό, ενώ και η πρώτη προσφεύγουσα παραδεκτώς υπέβαλε στις 30.07.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού το Υπόμνημά της, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52) περ. 42, ήτοι προ πέντε (5) ημερών από την ημερομηνία εξέτασης της παρούσας (19.08.2020), αιτούμενη ό,τι και στην Προσφυγή της. Τέλος, ομοίως παραδεκτώς, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52) περ. 42, ο αναθέτων φορέα κατέθεσε το από 07.08.2020 έγγραφο συμπληρωματικών του απόψεων αναφορικά με την πρώτη Προσφυγή προ δέκα (10) ημερών από την ημερομηνία εξέτασής της (19.08.2020).

5. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής της η ήδη πρώτη προσφεύγουσα, «...» αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας «...», για το λόγο ότι δυνάμει του άρθρου 12.3.9 της Προκήρυξης ο αναθέτων φορέας πρέπει να αποκλείσει υποψήφιο εάν μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι αυτός έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του, αναφέροντας το δελτίο τύπου της Επιτροπής Ανταγωνισμού, σύμφωνα με το οποίο η εν λόγω Επιτροπή πρόκειται να εξετάσει τα αποτελέσματα έρευνας της Γενικής Διεύθυνσης Ανταγωνισμού αλλά και σχετική καταγγελία κατά της εταιρείας «...» για παράβαση της νομοθεσίας περί ανταγωνισμού, αλλά και δημοσίευμα του ηλεκτρονικού τύπου.

6. Επειδή, το άρθρο 73 με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού» του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «[...] 4. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης οποιονδήποτε οικονομικό φορέα σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες καταστάσεις: [...] γ) εάν, η αναθέτουσα αρχή διαθέτει επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο τη στρέβλωση του ανταγωνισμού. 6. [...] Σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να αποκλείουν οικονομικό φορέα, όταν αποδεικνύεται ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας βρίσκεται λόγω πράξεων ή παραλείψεων αυτού είτε πριν είτε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας ανάθεσης, σε μία από τις περιπτώσεις της παρ. 4. 7. Οποιοσδήποτε οικονομικός φορέας εμπίπτει σε μια από τις καταστάσεις που αναφέρονται στις παραγράφους 1, 2γ και 4 μπορεί να προσκομίζει στοιχεία προκειμένου να αποδείξει ότι τα μέτρα που έλαβε επαρκούν για να αποδείξουν την αξιοπιστία του, παρότι συντρέχει ο σχετικός λόγος αποκλεισμού. Εάν τα στοιχεία κριθούν επαρκή, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν αποκλείεται από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης. Για τον σκοπό αυτόν, ο οικονομικός φορέας αποδεικνύει ότι έχει καταβάλει ή έχει δεσμευθεί να καταβάλει αποζημίωση για τυχόν ζημιές που προκλήθηκαν από το ποινικό αδίκημα ή το παράπτωμα, ότι έχει διευκρινίσει τα γεγονότα και τις περιστάσεις με ολοκληρωμένο τρόπο, μέσω ενεργού συνεργασίας με τις ερευνητικές αρχές, και έχει λάβει συγκεκριμένα τεχνικά και οργανωτικά μέτρα, καθώς και μέτρα σε επίπεδο προσωπικού κατάλληλα για την αποφυγή περαιτέρω ποινικών αδικημάτων ή παραπτωμάτων. Τα μέτρα που λαμβάνονται από τους οικονομικούς φορείς

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

αξιολογούνται σε συνάρτηση με τη σοβαρότητα και τις ιδιαίτερες περιστάσεις του ποινικού αδικήματος ή του παραπτώματος. Αν τα μέτρα κριθούν ανεπαρκή, γνωστοποιείται στον οικονομικό φορέα το σκεπτικό της απόφασης αυτής. Οικονομικός φορέας που έχει αποκλειστεί, με τελεσίδικη απόφαση, από τη συμμετοχή σε διαδικασίες σύναψης σύμβασης ή ανάθεσης παραχώρησης δεν μπορεί να κάνει χρήση της δυνατότητας που παρέχεται βάσει της παρούσας παραγράφου κατά την περίοδο του αποκλεισμού που ορίζεται στην εν λόγω απόφαση στο κράτος -μέλος στο οποίο ισχύει η απόφαση. 8. Η απόφαση της αναθέτουσας αρχής για την διαπίστωση της επάρκειας ή μη των επανορθωτικών μέτρων κατά την προηγούμενη παράγραφο εκδίδεται μετά από σύμφωνη γνώμη της επιτροπής της επόμενης παραγράφου, η οποία εκδίδεται εντός προθεσμίας τριάντα (30) ημερών από την περιέλευση του σχεδίου απόφασης της αναθέτουσας αρχής στην εν λόγω επιτροπή συνοδευόμενου από όλα τα σχετικά στοιχεία. Με την άπρακτη παρέλευση της ως άνω προθεσμίας η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη διαδικασία σύναψης σύμβασης τον εν λόγω οικονομικό φορέα. 9. Για τις ανάγκες των παραγράφων 7 και 8 συνιστάται επιτροπή [...] 10. [...]».

7. Επειδή, στον όρο 12.3 της οικείας Διακήρυξης ορίζεται ότι «[...] Επίσης κάθε οικονομικός φορέας αποκλείεται από τη συμμετοχή σε διαδικασία σύναψης σύμβασης σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις: [...] 12.3.9 Εάν η Α.Μ. μπορεί να αποδείξει με τα κατάλληλα μέσα ότι ο οικονομικός φορέας έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, το οποίο θέτει εν αμφιβόλω την ακεραιότητά του [...]».

8. Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 και τις εννοιολογικά ταυτόσημες με αυτές διατάξεις της Διακήρυξης, προκύπτει ότι σύμφωνα με την περίπτωση γ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν.4412/2016 η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αποκλείει από τη συμμετοχή οικονομικό φορέα – και στην προκείμενη περίπτωση υποχρεούται να πράξει τούτο, εφόσον συμπεριέλαβε στους υποχρεωτικούς λόγους αποκλεισμού της διακήρυξης, τις περιπτώσεις του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 - εάν υπάρχουν επαρκώς εύλογες ενδείξεις που οδηγούν στο

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας συνήψε συμφωνίες με άλλους οικονομικούς φορείς με στόχο την στρέβλωση του ανταγωνισμού. Εν προκειμένω, στο διαγωνισμό συμμετείχε η εταιρεία με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο ..., οδός ... και ... και με ΑΦΜ ..., ενώ τα όσα η πρώτη προσφεύγουσα αναφέρει αφορούν την εταιρεία «...» - όπως προκύπτει από την υπ' αριθ. πρωτ. .../04.08.2020 απαντητική επιστολή της Επιτροπής Ανταγωνισμού - η οποία αποτελεί διακριτό νομικό πρόσωπο με ξεχωριστή νομική προσωπικότητα και ουδόλως τη συμμετέχουσα στην οικεία διαγωνιστική διαδικασία, ενώ ουδεμία διαπιστωτική απόφαση υφίσταται περί της ταυτότητας των ανωτέρω νομικών προσώπων, έστω και αν η επωνυμία των ομοιάσει και ως εκ τούτου εις ουδέν υφίσταται παραβίαση του κείμενου νομοθετικού πλαισίου από τον αναθέτοντα φορέα. Επιπροσθέτως, και όπως συνάγεται από τα στοιχεία του φακέλου, ήτοι την υπ' αριθ. πρωτ. .../04.08.2020 απαντητική επιστολή της Επιτροπής Ανταγωνισμού, στην ανωτέρω αναφερόμενη περίπτωση διερεύνησης της καταγγελίας για παραβίαση των αρχών του ανταγωνισμού, υφίσταται απλή Εισήγηση της Επιτροπής Ανταγωνισμού προς την Ολομέλεια αυτής κατά τη συζήτηση της εν λόγω υπόθεσης, η οποία μάλιστα δεν είναι δεσμευτική. Συνεπώς ουδόλως υφίσταται τεκμήριο ή/και επαρκή ένδειξη περί της ύπαρξης συμφωνιών στρέβλωσης του ανταγωνισμού, ως η διάταξη του όρου 12.3 της Διακήρυξης και του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016 απαιτεί προς αποκλεισμό οικονομικού φορέα, καθόσον δεν υφίσταται απόφαση της Επιτροπής Ανταγωνισμού που να διαπιστώνει το συγκεκριμένο λόγο αποκλεισμού (πρβλ. ΑΕΠΠ 638/2020) για την υπόψη συμμετέχουσα στην υπό κρίση διαγωνιστική εταιρεία και να επιβάλλει τις προβλεπόμενες κυρώσεις (Σ.τ.Ε 753/2020), από το οποίο χρονικό σημείο έκδοσης της απόφασης αυτής εκκινεί και το χρονικό σημείο έναρξης της περιόδου των τριών ετών αποκλεισμού Απόφαση ΔΕΕ της 24ης Οκτωβρίου 2018, στην υπόθεση C-124/17, Vossloh Laeis GmbH, σκ. 41). Επομένως, νομίμως ο αναθέτων φορέας και μη εκδοθείσας σχετικής απόφασης που να διαπιστώνει τα ανωτέρω, δε θεώρησε ότι ο λόγος αυτός αποκλεισμού συντρέχει στο πρόσωπο της «...» και δεν απέκλεισε την

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

προσφορά της εν λόγω εταιρείας και ως εκ τούτου ο λόγος αυτός της πρώτης Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος.

9. Επειδή, με το δεύτερο λόγο της Προσφυγής της η ήδη πρώτη προσφεύγουσα, «...» αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που έκρινε ως αποδεκτές τις οικονομικές προσφορές των εταιρειών «...» και «... - ...». Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά της «...» παραβιάζει την εργατική νομοθεσία, αφού στην υπόψη οικονομική προσφορά αναγράφεται ως βασικός μισθός το ποσό των 650 ευρώ και ως ωρομίσθιο το ποσό των 3,90 ευρώ, ενώ έπρεπε να αναγραφεί το ποσό των 830,49 ευρώ μετά των συνυπολογισμό των επιδομάτων. Εντούτοις, ο ισχυρισμός της αυτός τυγχάνει νόμω και ουσία αβάσιμος, αφού από τη θεώρηση της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «...», προκύπτει ότι καίτοι στην οικονομική της προσφορά έχει συμπληρώσει στον Πίνακα (I) αυτής ως «μηνιαίο μισθό (με τα επιδόματα)» το ποσό των 650€, για τον υπολογισμό του Συνολικού Ετήσιου Κόστους Εργαζόμενου του εν λόγω Πίνακα, λαμβάνεται υπόψη ο μηνιαίος μισθός άνευ επιδομάτων, ήτοι 650 ευρώ και εν συνεχεία προστίθενται τα επιδόματα δώρων – αδειών κ.λ.π., καθώς και οι ασφαλιστικές εισφορές, όπως σαφώς φαίνεται και στον Πίνακα (I) της εν λόγω οικονομικής προσφοράς, από τον οποίο προκύπτει ότι έχει ληφθεί ως βάση το νόμιμο ωρομίσθιο εργασίας των 3,90 ευρώ, το οποίο, ομοίως, έχουν λάβει υπόψη και οι υπόλοιποι συμμετέχοντες. Ως εκ τούτου, η υπόψη προσφορά της μειοδότης εταιρείας και ήδη πρώτης παρεμβαίνουσας, «...», εις ουδέν παραβιάζει την εργατική νομοθεσία, καθώς λαμβάνει υπόψη τα προβλεπόμενα επιδόματα και τις ασφαλιστικές εισφορές επί του νόμιμου μηνιαίου μισθού και αυτά υπολογίζονται και αναγράφονται στην οικονομική της προσφορά. Περαιτέρω, η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι υφίσταται λανθασμένος τρόπος υπολογισμού των εργάσιμων ημερών ανά έτος για την κάλυψη 24ωρης βάρδιας, λανθασμένος τρόπος υπολογισμού των συνολικών ωρών εργασίας ανά φρουρό ανά έτος για την κάλυψη 24ωρης βάρδιας, ενώ, ως ισχυρίζεται, συνακόλουθα έχει πλειμμελώς υπολογισθεί ο συνολικός ετήσιος αριθμός ωρών εργασίας για την κάλυψη 24ωρης βάρδιας τις Κυριακές

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

και Αργίες. Από την επισκόπηση της οικονομικής προσφοράς της εταιρείας «...» προκύπτει ότι προς πλήρωση των όρων της Διακήρυξης υποβλήθηκε με αυτήν ο Πίνακας Ι στον οποίο και αναφέρεται ο υπολογισμός του κόστους φύλαξης για κάθε έναν εργαζόμενο της και ως εκ τούτου πληρούνται τα οριζόμενα στο άρθρο 14 της Διακήρυξης, ενώ κατά τα λοιπά τα αναφερόμενα στην Προσφυγή της τυγχάνουν απορριπτέα ως αόριστα. Επέκεινα, η πρώτη προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η οικονομική προσφορά της εταιρείας «...» τυγχάνει απορριπτέα δοθέντος ότι σε αυτήν δεν υπολογίζεται εύλογο εμπορικό κέρδος, αφού το αναφερόμενο εμπορικό κέρδος της είναι 20€/Ετος ή €1,66/Μήνα και ως εκ τούτου υφίσταται ασυνήθιστα χαμηλή οικονομική προσφορά κατά παράβαση των άρθρων 18 και 88 του Ν.4412/2016. Από την επισκόπηση της υπόψη προσφοράς προκύπτει ότι, αυτή, συμμορφούμενη προς τους όρους του άρθρου 14 της Διακήρυξης, αναγράφει ξεχωριστά τα απαιτούμενα στοιχεία του άρθρου 68 του Ν. 3863/2010, όπως ισχύει (αριθμός εργαζομένων, συλλογική σύμβαση εργασίας, ύψος προϋπολογισμένου ποσού αποδοχών και ασφαλιστικών εισφορών, διοικητικό κόστος κ.λπ.), ενώ υπολογίζει διακριτά και τα ποσά που αντιστοιχούν στο διοικητικό κόστος, το κόστος αναλωσίμων, τις νόμιμες υπέρ τρίτων κρατήσεις αλλά και το εργολαβικό όφελος. Συνεπώς και λαμβανομένου υπόψη ότι έχει υπολογισθεί με την εν λόγω οικονομική προσφορά εργολαβικό όφελος, το οποίο αν και είναι χαμηλό, δε δύναται να θεωρηθεί ότι αυτή παραβιάζει συγκεκριμένο όρο της Διακήρυξης ή ότι δεν είναι εύλογο - λαμβανομένου υπόψη του ανταγωνισμού που αναπτύσσεται στις αναθέσεις της εν λόγω κατηγορίας συμβάσεων, ανάθεσης υπηρεσιών φύλαξης, αλλά και των αποφάσεων ενάσκησης της επιχειρηματικής δραστηριότητας εκάστου οικονομικού φορέα - η οικονομική προσφορά της υπόψη εταιρείας εις ουδέν παραβιάζει το κανονιστικό πλαίσιο της Διακήρυξης, αλλά και τα άρθρα 18 και 88 του Ν. 4412/2016 και ως εκ τούτου ο υπόψη ισχυρισμός της προσφεύγουσας τυγχάνει απορριπτέος ως αβάσιμος. Τέλος και αναφορικά με τους ισχυρισμούς της πρώτης προσφεύγουσας ότι και η οικονομική προσφορά της δεύτερης στον Πίνακα Κατάταξης εταιρείας «... - ...» τυγχάνει απορριπτέα,

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

αυτοί αλυσιτελώς προβάλλονται, καθώς σύμφωνα με τα κριθέντα ανωτέρω η προσφορά της πρώτης στον Πίνακα Κατάταξης εταιρείας «...» και προσωρινής αναδόχου τυγχάνει νόμιμη και σύμφωνη με το κείμενο κανονιστικό πλαίσιο της υπό εξέταση διαγωνιστικής διαδικασίας και ως εκ τούτου οι ισχυρισμοί της πρώτης προσφεύγουσας κατά του δεύτερου στον Πίνακα Κατάταξης οικονομικού φορέα τυγχάνουν απορριπτέοι ως απαράδεκτοι, προβαλλόμενοι άνευ εννόμου συμφέροντος. Κατ' ακολουθίαν, η πρώτη Προσφυγή θα πρέπει να απορριφθεί και να γίνει δεκτή η ασκηθείσα επ' αυτής πρώτη Παρέμβαση.

10. Επειδή, αναφορικά με τη δεύτερη Προσφυγή με πρόδηλο έννομο συμφέρον η δεύτερη προσφεύγουσα, εταιρεία με την επωνυμία «...» στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης, αφού συμμετείχε στον υπό κρίση διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά, η οποία δεν έγινε αποδεκτή, παρανόμως ως ισχυρίζεται. Ειδικότερα, αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που απορρίφθηκε η προσφορά της με την αιτιολογία ότι «δεν περιλαμβάνεται στην ηλεκτρονική υποβολή της το πιστοποιητικό ΓΕΜΗ που αφορά στο άρθρο 13.1.1 β, ενώ έχει υποβληθεί σε έντυπη μορφή», ισχυριζόμενη ότι τα υπόψη έγγραφα είχαν εμπροθέσμως κατατεθεί με την προσφορά της σε μορφή συμπιεσμένου αρχείου «.rar» το οποίο και δεν «άνοιξε» με τρόπο που να μπορεί να το διαβάσει η Επιτροπή Διαγωνισμού του αναθέτοντος φορέα. Κατ' ακολουθίαν, η υπό κρίση Προσφυγή είναι τυπικά παραδεκτή και θα πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της. Περαιτέρω, παραδεκτώς σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52) περ. 42, ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε το από 20.07.2020 μέσω του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού έγγραφο απόψεων του αναφορικά με τη δεύτερη Προσφυγή, με το οποίο αιτείται την αποδοχή αυτής, συνομολογώντας τον προβαλλόμενο με αυτήν λόγο.

11. Επειδή, το άρθρο 11 της Διακήρυξης ορίζει ότι *«11.1 Η προσφορά, επί ποινή αποκλεισμού, πρέπει να ακολουθεί σε ότι αφορά τον τρόπο υποβολής και τα περιεχόμενα του φακέλου, τα οριζόμενα*

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

στην παρούσα διακήρυξη. 11.2 Οι προσφορές και τα έγγραφα που τις συνοδεύουν υποβάλλονται από τους ενδιαφερόμενους, επί ποινή αποκλεισμού, ηλεκτρονικά, σε μορφή αρχείου τύπου “pdf”, μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. μέχρι την καταληκτική ημερομηνία και ώρα που ορίζεται στο άρθρο 10.1 της παρούσας, στην Ελληνική γλώσσα, σε ηλεκτρονικό φάκελο, σύμφωνα με τις προβλέψεις της απόφασης 56902/215/02.06.2017 του Υπουργείου Οικονομίας και Ανάπτυξης [...] 11.3 Τα περιεχόμενα του ηλεκτρονικού φακέλου της προσφοράς ορίζονται ως εξής:(α) ένας (Υπο)φάκελος* με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» (περιλαμβάνει τα στοιχεία που είναι απαιτητά σύμφωνα με το άρθρο 13 της παρούσας διακήρυξης). Τα στοιχεία και δικαιολογητικά του εν λόγω Υποφακέλου υποβάλλονται επί ποινή αποκλεισμού από τον προσφέροντα ηλεκτρονικά σε μορφή αρχείου τύπου “pdf” [...]», το άρθρο 13 ότι «Στον Υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά»,θα πρέπει απαραίτητως να υποβληθούν ηλεκτρονικά (σε μορφή αρχείου “pdf”) επί ποινή αποκλεισμού τα κάτωθι στοιχεία και δικαιολογητικά: 13.1 Δικαιολογητικά συμμετοχής 13.1.1 Έγγραφο Νομιμοποίησης από τα οποία πρέπει να προκύπτει ότι οι Διαγωνιζόμενοι έχουν συσταθεί και λειτουργούν νόμιμα, καθώς και το ποια πρόσωπα είναι νόμιμοι εκπρόσωποί τους, οι οποίοι τους δεσμεύουν με την υπογραφή τους. - Σε περίπτωση εταιρειών περιορισμένης ευθύνης (Ε.Π.Ε.): α) Φωτοαντίγραφο του τελευταίου κωδικοποιημένου καταστατικού, όπως κατατέθηκε στην αρμόδια Υπηρεσία και το ΦΕΚ όπου έγινε η δημοσίευσή του εάν υπάρχει. β) Βεβαίωση μητρώου εταιρειών της Υπηρεσίας ΓΕΜΗ [...] περί καταστατικών τροποποιήσεων, μη λύσης της εταιρείας και θέσης της σε εκκαθάριση μη ύπαρξης αίτησης, αγωγής ή δικαστικής απόφασης για λύση της εταιρείας και διορισμό ή αντικατάσταση εκκαθαριστή ή συνεκκαθαριστή κλπ [...]».

12. Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις της Διακήρυξης προκύπτει η υποχρέωση υποβολής όλων των εγγράφων της προσφοράς σε ηλεκτρονική μορφή και συγκεκριμένα με τη μορφή αρχείου τύπου “pdf”, μέσω της διαδικτυακής πύλης www.promitheus.gov.gr του

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και πιστοποιητικό υπηρεσίας ΓΕΜΗ περί καταστατικών τροποποιήσεων, μη λύσης της εταιρείας και θέσης της σε εκκαθάριση μη ύπαρξης αίτησης, αγωγής ή δικαστικής απόφασης για λύση της εταιρείας και διορισμό ή αντικατάσταση εκκαθαριστή ή συνεκκαθαριστή. Ο αναθέτων φορέας με τις απόψεις του συνομολογεί τους ισχυρισμούς (υπό 10 της παρούσας) της δεύτερης προσφεύγουσας, αναφέροντας ότι «Η Εταιρεία ... υπέβαλε πράγματι εμπρόθεσμα σε ηλεκτρονική μορφή τον υποφάκελο «Δικαιολογητικά Συμμετοχής-Τεχνική Προσφορά» για την 1^η Φάση του Διαγωνισμού, που περιείχε τα απαιτούμενα δικαιολογητικά και έγγραφα, σε μορφή αρχείου .pdf, καθώς και ένα φάκελο με διακριτό τίτλο «NOMIMΟΠΟΙΗΤΙΚΑ ΕΓΓΡΑΦΑ.rar» (μορφή συμπιεσμένου αρχείου ARCHIVE). Η Επιτροπή Διαγωνισμού κατά την διαδικασία ελέγχου των προσφορών της προσφεύγουσας άνοιξε - ως όφειλε - όλα τα υποβληθέντα έγγραφα, συμπεριλαμβανομένου και του συμπιεσμένου αρχείου στον οποίο όμως ήταν ορατό μόνο ένα αρχείο συμπίεσης .rar με τίτλο «ΚΑΤΑΣΤΑΤΙΚΑ ΦΕΚ» και όχι τα τρία αρχεία τύπου pdf. Επικουρικά αναφέρουμε ότι κατά την διάρκεια ανοίγματος του αρχείου συμπίεσης .rar δεν εμφανίστηκε μήνυμα σφάλματος στην οθόνη του υπολογιστή (όπως γίνεται σε τέτοιες περιπτώσεις) που να παραπέμπει στην ύπαρξη μη ορατών αρχείων στο φάκελο. Συνεπώς, η Επιτροπή Διαγωνισμού δεν μπορούσε να γνωρίζει την ύπαρξη των αρχείων αυτών και γι' αυτό τον λόγο δεν προχώρησε σε περαιτέρω διερεύνηση του θέματος. Λαμβάνοντας όμως υπόψη τις αιτιάσεις της ως άνω θιγόμενης εταιρείας, η Ε.Δ. προέβη σε ενέργειες επαλήθευσης των ισχυρισμών της ζητώντας την συνδρομή του αρμόδιου τμήματος υποστήριξης Υπολογιστών της ..., το οποίο προχώρησε σε ρυθμίσεις στην εφαρμογή ανοίγματος συμπιεσμένων αρχείων έτσι ώστε να μπορεί να ανοίγει μεγαλύτερη ποικιλία τέτοιου είδους αρχείων. Κατόπιν εφαρμογής των ρυθμίσεων αυτών στους Η/Υ της Ε.Δ. όντως η αποσυμπίεση των απαιτούμενων αρχείων έγινε με επιτυχία και εμφανίσθηκαν τα αρχεία .pdf. Η Ε.Δ. προτίθεται από καθήκον αληθείας να εισηγηθεί την αποδοχή της Προδικαστικής Προσφυγής της εταιρείας «...» και

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

την επανένταξή της στην περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία». Ως εκ τούτου μη νομίμως η εν λόγω προσφορά κρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση ως μη αποδεκτή, καθόσον ως γίνεται δεκτό, τα υπόψη έγγραφα είχαν κατατεθεί με την προσφορά της εταιρείας «...» υπό τη μορφή «.pdf», ήταν όμως συμπίεσμένα υπό τη μορφή αρχείου «.rar», γεγονός που δεν αλλοιώνει τον χαρακτήρα τούτων και επομένως και δεδομένου ότι δεν κωλύεται διά ρητού όρου της Διακήρυξης η υποβολή τους με τον τρόπο αυτόν, εφόσον το σύνολο των αρχείων υποβληθούν υπό μορφή «.pdf,» η περαιτέρω συμπίεση των αρχείων με μορφοποίηση .rar , ήτοι ως αρχεία συμπίεσμένου φακέλου, δεν αντίκειται προς τη σχετική ρήτρα αυτής περί υποχρέωσης υποβολής των αρχείων υπό μορφή «.pdf» (ΔΕΦΘεσ. 10/2018, 118/2017). Μετά ταύτα, η δεύτερη Προσφυγή θα πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθεί κατά το μέρος που αποκλείσθηκε η προσφορά της δεύτερης προσφεύγουσας εταιρείας «...».

13. Επειδή, αναφορικά με την τρίτη Προσφυγή, η ήδη τρίτη προσφεύγουσα, εταιρεία με την επωνυμία «...», η οποία και κατετάγη πρώτη στο σχετικό Πίνακα Κατάταξης και ανεδείχθη με την προσβαλλόμενη απόφαση προσωρινός ανάδοχος, στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης κατά το μέρος που οι προσφορές των εταιρειών «...» και «...» δεν αποκλείστηκαν και για έτερους λόγους, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα στην Προσφυγή της. Περαιτέρω, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017, παρεμβαίνει με την από 24.07.2020 Παρέμβασή της η εταιρεία «...», κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα σε αυτήν. Η υπόψη Παρέμβαση ασκείται εμπροθέσμως, αφού η τρίτη Προσφυγή κοινοποιήθηκε στη δεύτερη παρεμβαίνουσα μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 14.07.2020 και η υπόψη Παρέμβαση ασκήθηκε δια της κατάθεσής της στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 24.07.2020, ήτοι εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας, κατά τις προρρηθείσες διατάξεις. Επιπλέον, παραδεκτώς σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α΄

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

52) περ. 42, ο αναθέτων φορέας κοινοποίησε το από 23.07.2020 μέσω του διαδικτυακού τόπου του διαγωνισμού έγγραφο απόψεών του αναφορικά με την τρίτη Προσφυγή, με το οποίο αιτείται την απόρριψη αυτής και τη διατήρηση της προσβαλλόμενης απόφασής του, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα σε αυτό, ενώ, ομοίως παραδεκτως, σύμφωνα με το άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως τροποποιήθηκε και ισχύει με το άρθρο 43 του Ν. 4605/2019 (ΦΕΚ Α' 52) περ. 42, ο αναθέτων φορέας κατέθεσε το από 07.08.2020 έγγραφο συμπληρωματικών του απόψεων αναφορικά με την τρίτη Προσφυγή προ δέκα (10) ημερών από την ημερομηνία εξέτασής της (19.08.2020).

14. Επειδή, αλυσιτελώς και άνευ εννόμου συμφέροντος η ήδη τρίτη προσφεύγουσα, εταιρεία με την επωνυμία «...», αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, προβάλλοντας ισχυρισμούς για την απόρριψη της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης εταιρείας «...», καθόσον η προσφορά της υπόψη εταιρείας έχει ήδη απορριφθεί με την προσβαλλόμενη απόφαση και οριστικά αποκλεισθεί από την υπόψη διαδικασία, δοθέντος ότι, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου, αυτή, η εταιρεία «...» δεν προσέβαλε εμπροθέσμως την πράξη αποκλεισμού της, ήτοι την ώδε προσβαλλόμενη απόφαση (Σ.τ.Ε. ΕΑ 180/2019, 30/2019, 22/2018 σύμφωνες με τα κριθέντα του ΔΕΕ C-131/16, Archus και Gama της 11ης Μαΐου 2017, BTG&CO, C-355/15), ώστε να δύναται να θεωρηθεί ότι υφίσταται έννομο συμφέρον της ώδε, τρίτης προσφεύγουσας, εταιρείας αφού *«διότι τυχόν ευδοκίμηση της ασκηθείσης από την παρεμβαίνουσα προδικαστικής προσφυγής κατά της πράξεως με την οποία η αιτούσα είχε κηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος, θα είχε ως αποτέλεσμα η προσφορά της να τεθεί εκτός της διαγωνιστικής διαδικασίας, με άμεσο αποτέλεσμα την κήρυξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου [...]»* (Σ.τ.Ε 1517/2019), αφού δεν έχει ασκηθεί Προσφυγή από την εταιρεία «...» με την οποία να αμφισβητείται ο αποκλεισμός της. Κατά συνέπεια, η εξέταση των λόγων αυτών της Τρίτης Προσφυγής κατά της απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας «...» και για έτερους λόγους, πέραν των λόγων της προσβαλλομένης, ως η

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

προσφεύγουσα ισχυρίζεται, παρέλκει ως αλυσιτελής, καθόσον η προσφορά αυτή έχει απορριφθεί για άλλες πλημμέλειές της, οι οποίες παρέχουν αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της και το νόμιμο αποκλεισμό της από την υπόψη διαδικασία διαπραγμάτευσης. Ως εκ τούτου, το αίτημα της τρίτης Προδικαστικής Προσφυγής περί του απαραδέκτου της προσφορά αυτής, της εταιρείας «...», τυγχάνει απορριπτό κατά τα προλεχθέντα (πρβλ. Σ.τ.Ε. ΕΑ 344/2017, 102/2015, 82/2014, 83/2013, 326/2011, 1238/2010, 420/2010, 750/2007, ΔΕφΑθ 239/2019, ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019, ΔΕφΑθ 514/2014 (ΑΝΑΣΤ), 841/2012 (ΑΣΦ)).

15. Επειδή, περαιτέρω με έννομο συμφέρον η ήδη τρίτη προσφεύγουσα, εταιρεία με την επωνυμία «...», αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης απόφασης, προβάλλοντας ισχυρισμούς για την απόρριψη της προσφοράς της συνδιαγωνιζόμενης και ήδη δεύτερης παρεμβαίνουσας, εταιρείας «...», αφού σύμφωνα με τα ανωτέρω αναγνωρίζεται και στον (αρχικό) προσωρινό ανάδοχο, εννόμο συμφέρον να ασκήσει επικαίρως προδικαστική προσφυγή προβάλλοντας αιτιάσεις κατά των ανθυποψηφίων του, σε περίπτωση που η διαγωνιστική διαδικασία διεξάγεται σε ένα μόνο στάδιο, ήτοι εκδίδεται μία μόνο εκτελεστή διοικητική πράξη με την οποία κρίνεται το νομότυπο των κατατεθεισών προσφορών από απόψεως πληρότητας των δικαιολογητικών συμμετοχής και επάρκειας των τεχνικών και οικονομικών προσφορών των συμμετεχόντων, καθώς υφίσταται κίνδυνος ν' ανατραπεί το (αρχικώς) ευνοϊκό γι' αυτόν αποτέλεσμα της ανάδειξης του ως προσωρινού αναδόχου της διαγωνιστικής διαδικασίας και εντεύθεν να προκληθεί ζημία σε αυτόν είτε με τον αποκλεισμό του, συνεπεία ασκήσεως έτερης προδικαστικής προσφυγής από συνδιαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα με αντικείμενο τη νομιμότητα της προσφοράς του (βλ. Σ.τ.Ε. 1573/2019), είτε με την αποδοχή προσφοράς που δεν πληροί τους όρους της Διακήρυξης. Τα ανωτέρω, συνάδουν με την πρόσφατη νομολογία του ΔΕΕ (απόφαση της 11.5.2017, C-131/16, Archus and Gama, βλ. επίσης και απόφαση της 2.7.2013, C-100/12, Fastweb, απόφαση της 5.4.2016, C-689/13, PFE, απόφαση της 21.12.2016, C-355/15, BTG & CO), σύμφωνα με την οποία η

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

έννοια του «οριστικώς αποκλεισθέντος» περιλαμβάνει εκείνους του οικονομικούς φορείς σε μια διαγωνιστική διαδικασία, των οποίων η πράξη αποκλεισμού έχει επικυρωθεί, μετά δυνάμεως δεδिकाσμένου, στο πλαίσιο της οριστικής δικαστικής προστασίας. Συνεπώς, στην υπό κρίση περίπτωση υφίσταται άμεσο, ενεστώσ και προσωπικό έννομο συμφέρον της τρίτης προσφεύγουσας, καθόσον, σύμφωνα με τα κριθέντα ανωτέρω, η δεύτερη Προσφυγή της εταιρείας «...» έγινε δεκτή και ως εκ τούτου κατ' αρχήν, η προσβαλλόμενη απόφαση τυγχάνει ακυρωτέα κατά το μέρος ου απέρριψε την υπόψη προσφορά της για τους λόγους που αναφέρονται στην προσβαλλόμενη, ώστε υφίσταται έννομο συμφέρον της ήδη τρίτης προσφεύγουσας εταιρείας να εξεταστούν οι ισχυρισμοί της κατά το μέρος που αιτείται την απόρριψη της προσφοράς της εταιρείας «...» για έτερους λόγους. Τα δε, περί του αντιθέτου, προβαλλόμενα από τη δεύτερη παρεμβαίνουσα εταιρεία, «...» τυγχάνουν απορριπτέα ως αβάσιμα, δοθέντος ότι η δεύτερη Προσφυγή που ασκήθηκε από την εταιρεία αυτή κρίθηκε με τα ανωτέρω ως βάσιμη και συνεπώς ο αναθέτων φορέας, συμμορφούμενος με την απόφαση της Α.Ε.Π.Π. επί της Προσφυγής αυτής θα πρέπει να κάνει δεκτή τη συμμετοχή της. Με τον τρόπο αυτόν, όμως, η τρίτη προσφεύγουσα, «...», θα έχει απωλέσει το νόμιμο δικαίωμά της προσβολής, σε επίπεδο προδικαστικής Προσφυγής ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., των πλημμελειών της προσφοράς της εταιρείας «...», αφού η απόφαση του αναθέτοντος φορέα με την οποία αυτός θα συμμορφώνεται με την απόφαση της Α.Ε.Π.Π. δε δύναται, κατ' άρθρο 367 του Ν. 4412/2016, να προσβληθεί με προδικαστική προσφυγή και για το λόγο αυτόν υφίσταται έννομο συμφέρον εξέτασης των υπόψη ισχυρισμών της, κατά την προαναφερόμενη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας, με την παρούσα Προσφυγή της.

16. Επειδή, η ήδη τρίτη προσφεύγουσα, εταιρεία «...» ισχυρίζεται ότι η εταιρεία «...» έχει προβεί σε ψευδή δήλωση στο από 13.02.2020 ψηφιακά υπογεγραμμένο Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) που υπέβαλε στο πλαίσιο του εν λόγω διαγωνισμού, αφού έχει απαντήσει θετικά «ΝΑΙ» στο ερώτημα: «Μπορεί ο οικονομικός φορέας να

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

επιβεβαιώσει ότι: α) δεν έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, β) δεν έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές, γ) ήταν σε θέση να υποβάλλει χωρίς καθυστέρηση τα δικαιολογητικά που απαιτούνται από την αναθέτουσα αρχή/αναθέτοντα φορέα δ) δεν έχει επιχειρήσει να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής ή του αναθέτοντα φορέα, να αποκτήσει εμπιστευτικές πληροφορίες που ενδέχεται να του αποφέρουν αθέμιτο πλεονέκτημα στη διαδικασία ανάθεσης ή να παράσχει εξ αμελείας παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιωδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση;», η οποία απάντησή της συνιστά ψευδή δήλωση εκ μέρους της, καθόσον έχει αποκρύψει στοιχείο από το υποβληθέν ΤΕΥΔ (περίπτωση ζ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016), ήτοι δεν ανέφερε δύο περιπτώσεις κατά τις οποίες αποκλείστηκε οριστικώς από τη συνέχεια των διαγωνιστικών διαδικασιών λόγω απόκρυψης στοιχείων από τα υποβληθέντα από αυτήν ΤΕΥΔ. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού που προκήρυξε η ανώνυμη εταιρεία ... (εφεξής ...) με την υπ' αριθμ. ... Διακήρυξη της με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών φύλαξης εγκαταστάσεων ης Διεύθυνσης... η εταιρεία «...» αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό βάσει του πρακτικού της οικείας Επιτροπής Διαγωνισμού που εγκρίθηκε με την υπ' αριθμ. ... απόφαση του Αναπληρωτή Διευθύνοντος Συμβούλου της ..., λόγω απόκρυψης στοιχείων από το ΤΕΥΔ. Εν συνεχεία η «...», άσκησε προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ, η οποία απορρίφθηκε με την 176/2019 απόφαση της Αρχής. Κατά αυτής της απόφασης η εταιρεία ... άσκησε την υπ' αριθμ. ... αίτηση αναστολής, η οποία απερρίφθη με την με αριθμ. 220/2019 (τμήμα ΙΓ Ακυρωτικό) του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών και η οποία δεν προσβλήθηκε δια αιτήσεως ακύρωσης και ως εκ τούτου ο αποκλεισμός της από την εν λόγω διαγωνιστική διαδικασία έχει καταστεί οριστικός και όφειλε να δηλώσει τούτο στο υποβληθέν ΤΕΥΔ της στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία. Επίσης,

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

η προσφεύγουσα αναφέρει ότι για τον ίδιο λόγο, υποβολής ψευδούς δήλωσης στο ΕΕΕΣ, η υπόψη εταιρεία είχε αποκλειστεί από τον ... με την ... έγκριση του ΓΔΕΛ και από τον διαγωνισμό με αριθμ. διακήρυξης ... με αντικείμενο «ΦΥΛΑΞΗ ΚΤΙΡΙΩΝ ΚΑΙ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ ΤΗΣ ΣΤΟ ...», αποκλεισμός που κατέστη οριστικός καθόσον η εταιρεία δεν προσέβαλλε αυτόν.

17. Επειδή, το άρθρο 13 της Διακήρυξης ορίζει ότι «Στον Υποφάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής - Τεχνική Προσφορά», θα πρέπει απαραίτητως να υποβληθούν ηλεκτρονικά (σε μορφή αρχείου "pdf") επί ποινή αποκλεισμού τα κάτωθι στοιχεία και δικαιολογητικά: 13.1 Δικαιολογητικά συμμετοχής [...] 13.1.4 Α) Το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.), του άρθρου 79 του Ν. 4412/2016. Οι προσφέροντες συμπληρώνουν και υποβάλουν το σχετικό πρότυπο ΤΕΥΔ, σύμφωνα με το Υπόδειγμα Δ2 της παρούσας, το οποίο έχει αναρτηθεί, και σε επεξεργάσιμη μορφή αρχείου doc, στη διαδικτυακή πύλη www.promitheus.gov.gr του ΕΣΗΔΗΣ και αποτελεί αναπόσπαστο τμήμα της Διακήρυξης». Περαιτέρω, το άρθρο 12.3. της Διακήρυξης ορίζει ότι «[...] 12.3.7 Εάν ο οικονομικός φορέας έχει κριθεί ένοχος σοβαρών ψευδών δηλώσεων κατά την παροχή των πληροφοριών που απαιτούνται για την εξακρίβωση της απουσίας των λόγων αποκλεισμού ή την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής, έχει αποκρύψει τις πληροφορίες αυτές ή δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που απαιτούνται κατά το άρθρο 21 της παρούσης 12.4. Για όλες τις παραπάνω περιπτώσεις ο διαγωνιζόμενος κατά την υποβολή της προσφοράς του υποβάλει συμπληρωμένο το Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.) κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 14.2, ως προκαταρκτική απόδειξη ότι: α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των παραγράφων του παρόντος άρθρου και β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής του άρθρου 13 της παρούσας [...]».

18. Επειδή, από τις προρρηθείσες διατάξεις της Διακήρυξης, που μεταφέρουν τις αντίστοιχες επιταγές του ν.4412/2016, οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται ως προκαταρκτική απόδειξη της πλήρωσης των προϋποθέσεων συμμετοχής τους να υποβάλλουν συμπληρωμένο το ΤΕΥΔ ,

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

το οποίο σύμφωνα με το άρθρο 79 του ν.4412/2016 επέχει θέση υπεύθυνης δήλωσης, με τις συνέπειες του ν.1599/1986 (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 135/2018), προσηκόντως και σύμφωνα με τα οριζόμενα στη Διακήρυξη συμπληρωμένο, η δε διαπίστωση υποβολής από συμμετέχοντα φορέα σοβαρών ψευδών δηλώσεων ή αποκρύψης πληροφοριών σχετικά με την απουσία λόγων αποκλεισμού, επιφέρει υποχρεωτικά τον αποκλεισμό της υπόψη προσφοράς (Σ.τ.Ε ΕΑ 40/2019, ΔΕφΚομ ΑΝ55/2019, Ν49/2018). Από τη θεώρηση των προσκομιζόμενων, μετ' επικλήσεως, εγγράφων της τρίτης προσφεύγουσας προκύπτει ότι έχει απορριφθεί η υπ' αριθ. ΑΝΜ 175/06.05.2019 αίτηση αναστολής της Εταιρείας «...» κατά της υπ' αριθ. 176/2019 απόφασης της Α.Ε.Π.Π., ενώ με την υπ' αριθ. ΓΠ20930/2020 απαντητική επιστολή του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών (Τμήμα ΙΓ Ακυρωτικό) βεβαιώνεται ότι: «καθώς προκύπτει από τα βιβλία και στοιχεία που τηρούνται στο Δικαστήριό μας, μέχρι σήμερα δεν έχει ασκηθεί ενώπιον του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, αίτηση ακυρώσεως από τις εταιρείες με επωνυμία α) "...", β) ...ΜΕ ΤΗΝ ΕΠΩΝΥΜΙΑ "...” και γ) "...” κατά της υπ' αριθ. 176/2019 απόφασης της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών, μετά την έκδοση της υπ' αριθ. Ν220/2019 απόφασης του Δικαστηρίου μας (Τμήμα ΙΓ Ακυρωτικός Σχηματισμός)» και ως εκ τούτου η υπ' αριθ. ΔΠΜ-Θ/43/02-01-2019 απόφαση του Αναπληρωτή Διευθύνοντος Συμβούλου του ... βάσει της οποίας η εταιρεία «...» αποκλείστηκε από τον διαγωνισμό του ... με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών φύλαξης εγκαταστάσεων της Διεύθυνσης ... λόγω απόκρυψης στοιχείων από το σχετικό ΤΕΥΔ κατέστη αμετάκλητη και επομένως η υπόψη εταιρεία όφειλε να το δηλώσει στο προσκομιζόμενο στην υπό εξέταση διαγωνιστική διαδικασία ΤΕΥΔ της, αφού έχει κατά το παρελθόν οριστικώς αποκλεισθεί από προηγούμενη διαγωνιστική διαδικασία λόγω απόκρυψης στοιχείων από ΤΕΥΔ, σύμφωνα με την περίπτωση ζ' της παρ. 4 του άρθρου 73 του Ν. 4412/2016, γεγονός που δεν έπραξε και για το λόγο αυτόν η προσφορά της τυγχάνει απορριπτέα λόγω ψευδούς δήλωσης στο υποβληθέν ΤΕΥΔ, ήτοι για διαφορετικό λόγο από εκείνον με τον οποίο αποκλείστηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση. Μετά ταύτα η τρίτη Προσφυγή θα πρέπει να

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

γίνει δεκτή και η προσβαλλόμενη να ακυρωθεί μόνον κατά το μέρος της αιτιολογίας με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας «...», σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω.

19. Επειδή, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην παραπάνω σκέψη, η προσφορά της εταιρείας «...» έπρεπε να απορριφθεί κατά τα γενόμενα δεκτά στη σκέψη αυτή, ο δε αναθέτων φορέας που την απέρριψε για άλλο λόγο έσφαλε και κατά τούτο η προσβαλλόμενη απόφασή του πρέπει κατά το μέρος αυτός να ακυρωθεί και παρέλκει η εξέταση των λοιπών ισχυρισμών της τρίτης Προσφυγής, ως αλυσιτελής, δοθέντος ότι η ανωτέρω πλημμέλεια της προσφοράς της υπόψη εταιρείας παρέχει αυτοτελές νόμιμο έρεισμα για την απόρριψη της προσφοράς της και τον αποκλεισμό της από την υπό κρίση διαδικασία (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 326/2011, 1238, 1132, 420/2010, 750/2007, 227, 83/2013, 344/2017, 102/2015, 82/2014, ΔΕφΑθ 514/2014 (ΑΝΑΣΤ), 239/2019, 841/2012 (ΑΣΦ), ΔΕφΘεσ/νικης 83/2019 κ.α.).

20. Επειδή, κατ' ακολουθίαν και σύμφωνα με τα όσα κρίθηκαν ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η πρώτη Προσφυγή και να γίνει δεκτή η ασκηθείσα επ' αυτής πρώτη Παρέμβαση, το δε παράβολο που κατατέθηκε με αυτήν να καταπέσει, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/201 και να γίνουν δεκτές η δεύτερη και τρίτη Προσφυγή και να απορριφθεί η δεύτερη Παρέμβαση, ασκηθείσα επί της τρίτης Προσφυγής, τα δε, παράβολα που κατατέθηκαν με αυτές, να επιστραφούν, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/201 και να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη μόνον κατά το μέρος της αιτιολογίας απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας «...», της οποίας ο αποκλεισμός παραμένει - με άλλη αιτιολογία - και δεν ακυρώνεται.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την πρώτη Προσφυγή, με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 897/13.07.2020 της εταιρείας με την επωνυμία «...» και δέχεται την ασκηθείσα επ' αυτής Παρέμβαση της εταιρείας «...».

Αριθμός απόφασης: 1060, 1061, 1062 / 2020

Δέχεται τη δεύτερη Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 898/13.07.2020 της εταιρείας με την επωνυμία «...» και ακυρώνει την προσβαλλόμενη μόνον κατά το μέρος της αιτιολογίας απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας «...».

Δέχεται την τρίτη Προσφυγή, με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 910/14.07.2020 της εταιρείας με την επωνυμία «...» κατά το μέρος που αιτείται τον αποκλεισμό της εταιρείας «...» και διατηρεί αυτόν (τον αποκλεισμό) της προαναφερόμενης εταιρείας και απορρίπτει την ασκηθείσα επ' αυτής της Προσφυγής Παρέμβαση της εταιρείας «...».

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 1558(δ)/17-6-2020 απόφαση του Δ.Σ. της «...», αναφορικά με το διαγωνισμό παροχής υπηρεσιών φύλαξης των δύο κτιρίων γραφείων της «...», επί της ... και επί της οδού ..., καθώς και του υπαίθριου χώρου στάθμευσης «...», επί της ... και πλησίον του ομώνυμου σταθμού του ΜΕΤΡΟ, κατά το μέρος της αιτιολογίας απόρριψης της προσφοράς της εταιρείας «...».

Ορίζει την κατάπτωση του προσκομισθέντος παραβόλου για την πρώτη Προσφυγή, με κωδικό ηλεκτρονικού παραβόλου ..., ποσού 1439,95 ευρώ, την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου για τη δεύτερη Προσφυγή, με κωδικό ηλεκτρονικού ... ποσού 1440,00 ευρώ στην εταιρεία «...» και την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου για την τρίτη Προσφυγή στην εταιρεία με την επωνυμία «...», με κωδικό ηλεκτρονικού ..., ποσού 1440,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 19 Αυγούστου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 8 Σεπτεμβρίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου