

Αριθμός απόφασης: /2020

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 09 Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλη.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 03.09.2020 με ΓΑΚ 1219/04.09.2020 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» με τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην οδό,,

κατά της «..... (διακριτικός τίτλος:)», όπως νομίμως εκπροσωπείται [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας «..... και τον διακριτικό τίτλο «.....», και κατέθεσε την από 14.09.2020 Παρέμβασή της.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη υπ' αρ. 3746/05-08-2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος της με το οποίο αποφάσισε την ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου για το Τμήμα 1 του Διαγωνισμού

Με την Παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού €15.000,00 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό

..... και το από 03.09.2020 αποδεικτικό πληρωμής της ΤΡΑΠΕΖΑΣ).

2. Επειδή, με την υπ' αρ. Διακήρυξη η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε τη διενέργεια διεθνούς, ηλεκτρονικού δημόσιου ανοικτού διαγωνισμού με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για την ανάθεση σε ανάδοχο της «Φύλαξης του συστήματος των γραμμών 2 & 3 της» (Τμήμα 1 του Διαγωνισμού) και της «Φύλαξης των αμαξοστασίων των γραμμών 2 & 3 της», για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών με δικαίωμα μονομερούς από την πλευρά της παράτασης της διάρκειας ισχύος της κάθε σύμβασης μέχρι ένα (1) επιπλέον έτος. Στη Διακήρυξη προβλεπόταν ρητά (σελ. 6) ότι οι υποψήφιοι μπορούσαν να καταθέσουν προσφορά για ένα, περισσότερα ή για όλα τα τμήματα του Διαγωνισμού. Η συνολική και για τα δύο (2) Τμήματα εκτιμώμενη αξία της υπό ανάθεση σύμβασης ανερχόταν στο ποσό των 4.310.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. για την αρχική διάρκειά της και στο ποσό των 2.155.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. για το διάστημα της ετήσιας παράτασης, ήτοι συνολικά στο ποσό των 6.465.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α., το οποίο υποδιαιρείται ανά Τμήμα ως εξής: ΤΜΗΜΑ 1 «Φύλαξη του συστήματος των γραμμών 2 & 3 της»: 2.120.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. για την αρχική διάρκεια της σύμβασης και 1.060.000,00 ευρώ για το διάστημα της ετήσιας παράτασης. ΤΜΗΜΑ 2 «Φύλαξη των αμαξοστασίων των γραμμών 2 & 3 της»: 2.190.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. για την αρχική διάρκεια της σύμβασης και 1.095.000,00 ευρώ για το διάστημα της ετήσιας παράτασης. Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών είχε οριστεί η 19η- 02-2020 και ώρα 11:00, ενώ ως ημερομηνία και ώρα αποσφράγισης των προσφορών η 24η-02-2020 και ώρα 11:00. Ο διαγωνισμός έλαβε αριθμό συστήματος ΕΣΗΔΗΣ

3. Επειδή, η προσφεύγουσα έλαβε μέρος στον διαγωνισμό για το Τμήμα 1 υποβάλλοντας προσφορά. Μετά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών με την υπ' αρ. 3746/941/05-08-2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής (Συνεδρίαση 941, ΑΔΑ:) αποφασίστηκε η ανάδειξη της παρεμβαίνουσας ως προσωρινής αναδόχου και για το Τμήμα 1 του Διαγωνισμού.

4. Επειδή, κατά της ως άνω απόφασης, της οποίας η προσφεύγουσα έλαβε γνώση στις 24.08.2020 ασκήθηκε η υπό κρίση προσφυγή, νόμιμα και εμπρόθεσμα στις 03.09.2020, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017, με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή, κοινοποίησε στις 04.09.2020 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις με αριθμό πρωτοκόλλου 12937/ 15.09.2020 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, τις οποίες απόψεις κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 17.09.2020, ενώ προς αντίκρουση αυτών η προσφεύγουσα κατέθεσε νομίμως και παραδεκτώς το από 02.10.2020 Υπόμνημά της.

6. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, 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 η παρεμβαίνουσα εταιρεία, καθόσον η υπό κρίση προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην παρεμβαίνουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 04.09.2020, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης και η εν λόγω παρέμβαση ασκήθηκε στις 14.09.2020 με κατάθεση μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει ανακηρυχθεί προσωρινή ανάδοχος.

7. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της

Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

8. Επειδή, με τον πρώτο λόγο της υπό κρίση προσφυγής, προκύπτει ότι κατά τον όρο 2.2.3.4.θ της διακήρυξης ορίστηκε ως λόγος αποκλεισμού το σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, με επισήμανση ότι στην προκείμενη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης υπηρεσιών φύλαξης, ισχύουν τα κατ' άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2020, προβλεπόμενα που ορίζουν ότι *«Η αναθέτουσα αρχή αποκλείει από τη σύναψη της σύμβασης τις υποψήφιες εταιρείες παροχής υπηρεσιών καθαρισμού ή/και φύλαξης εάν έχουν επιβληθεί σε βάρος τους, μέσα σε χρονικό διάστημα δύο (2) ετών πριν από τη λήξη της προθεσμίας υποβολής της προσφοράς, 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 ή δύο (2) πράξεις επιβολής προστίμου από τα αρμόδια ελεγκτικά όργανα του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας που αφορούν την αδήλωτη εργασία, οι οποίες προκύπτουν αθροιστικά από δύο (2) διενεργηθέντες ελέγχους.»*. Αλυσιτελώς δε η παρεμβαίνουσα επικαλείται νομολογία περί μη εφαρμογής αυτοτελώς των ως άνω του λόγου αποκλεισμού περί παράβασης κατ' άρ. 18 παρ. 2 Ν. 4412/2016 υποχρεώσεων, λόγος αναφερόμενος στον όρο 2.2.3.4.α της διακήρυξης, αφού το προβαλλόμενο εκ της προσφεύγουσας ζήτημα δεν αφορά αποκλειστικά τυχόν περίπτωση που δεν πληροί το πραγματικό του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010 και άρα του όρου 2.2.3.4.θ, παρά μόνο συνιστά μια καταρχήν παράβαση εργατικού δικαίου, αλλά αφορά εκτός των άλλων ακριβώς και επικαλούμενη πλήρωση του πραγματικού του όρου 2.2.3.4.θ κατά το ανωτέρω περιεχόμενο του. Στο δε ΕΕΕΣ της η παρεμβαίνουσα αναφέρει τη

με αρ. πρωτ. 344124/27-8-2019 ΠΕΠ εις βάρος της και τις με αρ. πρωτ. 400285, 400346, 400375/7-10-2019 ΠΕΠ εις βάρος της, η τρίτη εκ των οποίων εκδόθηκε βάσει επανελέγχου μετά τον από 29-8-2019 αρχικό έλεγχο. Πάντως, είναι αδιάφορο το επικαλούμενο στο ΕΕΕΣ της ζήτημα ότι η τελευταία ως άνω ΠΕΠ εκδόθηκε κατόπιν επανελέγχου επί μισθωτών που κατελήφθησαν από προηγούμενο έλεγχο, καθώς ο επανελέγχος ουδόλως συνιστά ίδιο έλεγχο με τον αρχικό, αλλά όλως αυτοτελή έλεγχο, ενώ ομοίως αδιάφορο είναι ότι οι 3 τελευταίες ΠΕΠ κοινοποιήθηκαν την ίδια ημέρα και αφορούν υπόθεση με ίδιο αριθμό υπόθεσης κατά την πρωτοκόλληση από την Επιθεώρηση Εργασίας και τούτο διότι ο νόμος και η διακήρυξη απαιτούν τα πρόστιμα να έχουν εκδοθεί κατόπιν παραβάσεων που διαγνώσθηκαν σε 3 τουλάχιστον διαφορετικούς ελέγχους, ζήτημα πραγματικό και εξαρτώμενο αποκλειστικά από τον χρόνο του ελέγχου και διάταξη που σκοπεύει στην αποφυγή αποκλεισμού λόγω απλής συρροής περισσότερων παραβάσεων που εντοπίστηκαν στον ίδιο ακριβώς έλεγχο και όχι για την αποφυγή αποκλεισμού βάσει επαναλαμβανόμενης παράβασης, στο πλαίσιο μάλιστα νέου ελέγχου συμμόρφωσης από την Επιθεώρηση Εργασίας σε άλλο χρόνο από τον προηγηθέντα ήδη έλεγχο. Άρα, δια μόνων των ανωτέρω, όπως βάσιμα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται, πληρούται ο λόγος αποκλεισμού του άρ.2.2.3.4.θ της διακήρυξης και του άρ. 68 παρ. 2 περ. γ' Ν. 3863/2010, αφού προκύπτουν τουλάχιστον 3 ΠΕΠ υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας δια 3 ελέγχων σε διάστημα 2 ετών προ του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών. Συνεπώς, δεδομένου πως σε κάθε περίπτωση προκύπτουν 3 τουλάχιστον πράξεις επιβολής προστίμου για παραβάσεις υψηλής ή πολύ υψηλής σοβαρότητας εντός 2 ετών προ της λήξης χρόνου υποβολής προσφορών και δη, δια 3 τουλάχιστον ελέγχων, πληρούται ο λόγος αποκλεισμού του όρου 2.2.3.4.θ. και ως εκ τούτου ο πρώτος λόγος της προσφυγής είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός.

9. Επειδή, εν συνεχεία η προσφεύγουσα με τους υπόλοιπους δύο λόγους της προσφυγής της στρέφεται επίσης κατά της προσφοράς της παρεμβαίνουσας, η εξέταση των οποίων όμως κρίνεται αλυσιτελής (βλ. ΣΤΕ 308/2020), καθόσον σύμφωνα με την ως άνω σκέψη, η προσβαλλόμενη

απόφαση που έκανε δεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας κρίθηκε ακυρωτέα.

10. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να απορριφθεί η παρέμβαση.

11. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την απόφαση με αρ. 3746/941/05-08-2020 Δ.Σ. της αναθέτουσας αρχής, καθ' ο μέρος έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της παρεμβαίνουσας και όρισε αυτήν προσωρινό ανάδοχο του ΤΜΗΜΑΤΟΣ 1 της διαδικασίας, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου ποσού €15.000,00 με ηλεκτρονικό κωδικό

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 09 Οκτωβρίου 2020 και εκδόθηκε στις 29 Οκτωβρίου 2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ο Γραμματέας

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΞΕΝΟΣ