

Η

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

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 29 Δεκεμβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Εισηγητής και Αγγελική Πουλοπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 8-12-2020 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1852/8-12-2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ««...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

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

Και του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση συγκεκριμένων προσβαλλόμενων όρων της με αρ. “...” διακήρυξης ΓΙΑ “...” , εκτιμώμενης άνευ ΦΠΑ αξίας 520.918,79 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την “...” και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μοναδικό ΑΔΑΜ “...” την “...” και στο ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό α/α “...”.

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. “...” και ποσού 2.610,00 ευρώ, πληρώθηκε δε δια του από 8-12-2020 εμβάσματος “...”.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας λόγω χρόνου αποστολής προς δημοσίευση και εκτιμώμενης αξίας στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ο ενδιαφερόμενος προς συμμετοχή και δραστηριοποιούμενος στον οικείο κλάδο, προσφεύγων με την από 8-12-2020 προσφυγή του στρέφεται κατά της από 13-11-2020 δημοσιευθείσας στο ΚΗΜΔΗΣ διακήρυξης, παραγομένου τεκμηρίου γνώσης την 28-11-2020, βάλλοντας κατά όρων που επικαλείται πως τον αποκλείουν ή καθιστούν ουσιωδώς δυσχερή τη συμμετοχή του. Ομοίως εμπρόθεσμα και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η από 21-12-2020 παρέμβαση κατόπιν της από 9-12-2020 κοινοποίησης της προσφυγής, κατά παρέκταση στην αμέσως επόμενη εργάσιμη ημέρα, εκ του παρεμβαίνοντος που ήδη υπέβαλε προσφορά και έχει κάθε συμφέρον για την πρόοδο της διαδικασίας, η δε αναθέτουσα υπέβαλε τις από 17-12-2020 Απόψεις της. Επομένως, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο όρος 2.2.6 της διακήρυξης ορίζει μεταξύ άλλων το ακόλουθο κριτήριο επιλογής, περί του ότι ο οικονομικός φορέας θα πρέπει «Τα τελευταία 3 έτη ήτοι τα έτη 2017, 2018, 2019, κατά έτος, να έχει εκτελέσει τρεις (3) συμβάσεις με το αντικείμενο της παροχής υπηρεσιών φύλαξης σε τρία (3) διαφορετικά νοσηλευτικά ιδρύματα (δημόσια ή ιδιωτικά) ή/και σε τρεις (3) διαφορετικούς δημόσιους φορείς, διευκρινίζεται ότι «Ο κατά τις διατάξεις του άρθρου 1 παρ. 6 Ν. 1256/1982 δημόσιος τομέας περιλαμβάνει μόνο: α. τις κάθε είδους δημόσιες υπηρεσίες που υπάγονται στο νομικό πρόσωπο του δημοσίου και εκπροσωπούνται από αυτό, τα κάθε είδους ΝΠΔΔ εξαιρουμένων των Χρηματιστηρίων Αξιών, είτε αυτά αποτελούν οργανισμούς κατά τόπο είτε καθ' ύλην αυτοδίοικησης, γ. τις κάθε είδους κρατικές ή δημόσιες και παραχωρηθείσες επιχειρήσεις και οργανισμούς, καθώς και νομικά πρόσωπα ιδιωτικού δικαίου δημοσίου χαρακτήρα που επιδιώκουν κοινωφελείς ή άλλους δημόσιους σκοπούς, δ. τις τράπεζες που ανήκουν στο νομικό πρόσωπο του δημοσίου είτε στο σύνολο τους είτε κατά πλειοψηφία και ε. τις κάθε είδους θυγατρικές εταιρείες των νομικών προσώπων που αναφέρονται στις περιπτώσεις β' και γ' αυτού του

άρθρου εκτός από τις επιχειρήσεις ΟΤΑ. Σε ό,τι αφορά την έναρξη των συμβάσεων μετά την 1/1/2017 λαμβάνονται υπόψη οι συμβάσεις που έχουν υπογραφεί σε προγενέστερη ημερομηνία της 1/1/2017, ωστόσο κατόπιν ενδεχομένων παρατάσεων η διάρκεια ισχύος τους συνεχίζει μετά την 1/1/2017 (να αποδεικνύεται κατά την υποβολή της προσφοράς)». Άρα, η ως άνω προηγούμενη εμπειρία έπρεπε να αφορά είτε δημόσια ή ιδιωτικά νοσηλευτικά ιδρύματα είτε άλλους, πλην νοσηλευτικών ιδρυμάτων φορείς, με την επιφύλαξη όμως ότι οι τελευταίοι θα πρέπει να ανήκουν στον ευρύτερο δημόσιο τομέα. Περαιτέρω, οι συμβάσεις αυτές θα πρέπει να είναι 3 «κατά έτος» για τα έτη 2017, 2018 και 2019 και θα πρέπει να αφορούν 3 διαφορετικούς φορείς, όπως ανωτέρω προσδιορίστηκαν. Ο δε προσφεύγων επικαλείται τον αποκλεισμό του λόγω συστάσεως του εν μέσω του 2017 σε συνδυασμό με την απαίτηση για εκτέλεση κατ' έτος ελαχίστου αριθμού συμβάσεων, κατά τα ανωτέρω. Ο όρος αυτός όμως δεν προκύπτει ως δυσανάλογος ή προδήλως άσχετος και ακατάλληλος για εξυπηρέτηση του εξ αυτού επιδιωκόμενου σκοπού, που συνίσταται στη διασφάλιση φερεγγυότητας και οργανωσιακής αποτελεσματικότητας του αναδόχου, δια της διαπιστωμένης μακρόχρονης, στο πλαίσιο του επιτρεπομένου κατά τον Ν. 4412/2016 διαστήματος της τριετίας, αλλά και παγίας και τακτικής εκτέλεσης αντιστοίχων με το νυν υπό ανάθεση έργων, η οποία καταδεικνύεται από την όχι σωρευμένη εμφάνιση συμβάσεων εντός συντόμου χρονικού διαστήματος, αλλά από τη διαχρονική εκτέλεση τέτοιων συμβάσεων, με τακτικότητα σε ετήσιο επίπεδο, στο πλαίσιο συνεχόμενου χρονικού διαστήματος, πολλώ δε μάλλον ενώ δεν ζητήθηκε οι συμβάσεις κάθε έτος να αφορούν 3 διαφορετικούς κάθε έτος φορείς, αλλά συνολικά σε επίπεδο 3ετίας 3 διαφορετικούς φορείς, με αποτέλεσμα να γίνεται αποδεκτή εμπειρία κηθείσα δια 3 συμβάσεων που διαρκούν σε επίπεδο 3ετίας, τυχόν δια ανανέωσης ή νέας ανάθεσης, με τους ίδιους 3 αντισυμβαλλόμενους. Ούτε, άλλωστε, σε αντίθεση με τους αβάσιμους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, αποκλείει ο Ν. 4412/2016 να οριστεί η περί εμπειρίας απαίτηση με τέτοιο τρόπο, ήτοι ελάχιστο αριθμό συμβάσεων κατ' έτος ούτε τούτο δύναται να συναχθεί εκ του ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΧΙΙ

ΜΕΡΟΣ II σημ. α.ii που ορίζει ότι «ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη.», διάταξη που προβλέπει ως αξιολογούμενη εμπειρία την κτηθείσα έως και τρία έτη πριν την υποβολή της προσφοράς, κατά τα λοιπά επαφίοντας στην αναθέτουσα ποιο ακριβώς στοιχείο εκ των εκτελεσθεισών εντός τριετίας συμβάσεων θα προκρίνει ως ουσιώδες για την κατά τη διακριτική της ευχέρεια εκτίμηση και διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου εμπειρίας, μεταξύ άλλων και την κατ' έτος εκτέλεση ελαχίστου αριθμού συμβάσεων, όπως άλλωστε και αντίστοιχα, την αθροιστική εντός τριετίας εκτέλεση συμβάσεων. Εξάλλου, ουδόλως ο προσφεύγων δια μόνης της εντός του 2017 συστάσεως του αποκλείεται από τη διαδικασία, αφού διαθέτει τη δυνατότητα κάλυψης της ελλείπουσας εμπειρίας του δια στηρίξεως σε ικανότητες τρίτων κατ' άρ. 2.2.8 της διακήρυξης, ενώ αλυσιτελώς ο προσφεύγων επικαλείται την άσχετη με τον επίδικο όρο και μη δεκτική αναλογίας διάταξη του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, 2.2.5 της διακήρυξης και 2.2.9.2.B3.γ. Και τούτο διότι σε αντίθεση με την οικονομική επάρκεια που δύναται ισοδυνάμως να διασφαλισθεί με την εμφάνιση ενός ικανοποιητικού κύκλου εργασιών καθ' όλο το διάστημα λειτουργίας του οικονομικού φορέα, αν αυτός είναι μικρότερος της πρόσφατης τριετίας, η εμπειρία που κατά τον νυν χρόνο εμφανίζει ο οικονομικός φορέας συνιστά ακριβώς συνισταμένη και τελικό αποτέλεσμα της διαρκούς επιχειρηματικής δραστηριοποίησης του και καταστάλαγμα της τριβής του με το αντικείμενο σε συνεχές επίπεδο, χωρίς να δύναται μια σωρευμένη σε όλως μικρό διάστημα εμπειρία να ισοδυναμεί και δη, αναγκαία, με μία αντίστοιχη ποσοτικά εμπειρία, πλην διεσπαρμένη εντός ενός μεγαλύτερου χρονικού διαστήματος. Συνεπώς, ο πρώτος, υπό B1, λόγος της προσφυγής κατά της απαίτησης για εμφάνιση τέτοιων συμβάσεων κατ' έτος, είναι απορριπτέος. Όσον αφορά τον υπό B2, δεύτερο λόγο της προσφυγής, όπως ήδη αναφέρθηκε, η διακήρυξη απαιτεί η προηγούμενη εμπειρία να έχει αποκτηθεί δια συμβάσεων με 3 διαφορετικούς αντισυμβαλλομένους, ουδόλως δε αυτή προκύπτει ως δυσανάλογη, αδικαιολόγητη ως προς τον επιδιωκόμενο

σκοπό ή μη αναγκαία, σε αντίθεση με τους ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, αφού το πλήθος των διαφορετικών αντισυμβαλλομένων που εξυπηρετήθηκαν κατά τις διαφορετικές ατομικές τους ανάγκες και βεβαιώνουν την καλή εκτέλεση των υπηρεσιών του μετέχοντος, συνιστά μια αληθή ένδειξη ικανοποιητικής εμπειρίας του, που δύναται να τύχει χρήσης από την αναθέτουσα αρχή, ουδόλως δε εξομοιώνεται με την τυχόν μακρόχρονη συνεργασία με έναν μόνο αντισυμβαλλόμενο, αφού η οργανωσιακή ικανότητα του οικονομικού φορέα ευλόγως τεκμηριώνεται από το πλήθος των διαφορετικών ικανοποιημένων πελατών του και από την προσαρμοστικότητα του στην εξυπηρέτηση των διαφορετικών αναγκών τους. Συνεπώς και ο δεύτερος υπό Β2, λόγω της προσφυγής είναι απορριπτέος. Όσον αφορά τον τρίτο, υπό Β3, λόγο της προσφυγής, ο προσφεύγων βάλλει κατά της απαίτησης, η εμπειρία, εφόσον δεν αφορά νοσηλευτικά ιδρύματα, αλλά άλλους φορείς, οι τελευταίοι να ανήκουν στον δημόσιο τομέα. Δηλαδή, παραδεκτώς μετέχει διαγωνιζόμενος που δεν έχει εκτελέσει καμία σύμβαση με νοσηλευτικό ίδρυμα, αλλά με άλλου είδους δημόσιους φορείς, αλλά αντίθετα, αποκλείεται, όποιος ομοίως δεν έχει εκτελέσει σύμβαση με νοσηλευτικό ίδρυμα, αλλά με άλλους φορείς, οι οποίοι όμως είναι ιδιωτικοί. Η παραπάνω διαφοροποίηση, που σημειωτέον μάλιστα, δεν υφίσταται όσον αφορά τα νοσηλευτικά ιδρύματα, δεν προκύπτει, όπως βάσιμα ο προσφεύγων επικαλείται, δικαιολογημένη ούτε αιτιολογείται εκ της αναθέτουσας δια των Απόψεων της και ενώ ναι μεν, αυτή καταρχήν διαθέτει διακριτική ευχέρεια θέσπισης των απαιτήσεων της κατά τις ανάγκες της, στο μέτρο όμως που οι απαιτήσεις αυτές δεν βαίνουν πέραν του ευλόγου μέτρου, που ορίζονται με βάση τη σχέση δικαιολόγησης των απαιτήσεων αυτών δια κάποιων ευλόγως καταρχήν εξυπηρετούμενων δι' αυτών σκοπών. Περαιτέρω, το σύνθετο των αναγκών της αναθέτουσας και η ανάγκη αντιμετώπισης των αναγκών καθαριότητας υπό συνθήκες πανδημίας, ουδεμία προς τούτο δικαιολόγηση εισφέρουν, αφού το προκείμενο ζήτημα δεν ανάγεται σε τυχόν απαίτηση εκτέλεσης προηγούμενων συμβάσεων αποκλειστικά σε νοσηλευτικά ιδρύματα, απαίτηση που θα προέκυπτε ως εύλογη, αλλά στο επιτρεπτό εκτέλεσης προηγούμενων συμβάσεων με δημόσιους φορείς μη νοσηλευτικά ιδρύματα, ενώ

συγχρόνως δεν επιτρέπεται η εκτέλεση με μη νοσηλευτικά ιδρύματα που είναι όμως ιδιώτες. Επομένως, δεν προκύπτει σε τι εξυπηρετούνται οι ανάγκες της αναθέτουσας από την εμπειρία του αναδόχου σε δημόσιες υπηρεσίες, κρατικά ΝΠΔΔ ή άλλους φορείς του ευρύτερου δημοσίου τομέα, που ουδεμία συνάφεια αναγκών και ιδιαιτεροτήτων εμφανίζουν με ένα νοσοκομείο, ενώ συγχρόνως, εφόσον τελικά και αυτή η εμπειρία σε μη νοσοκομειακούς φορείς κρίνεται αποδεκτή, δεν δύναται όμως να ικανοποιηθεί ειδικώς αν ο φορέας είναι ιδιωτικός ούτε εξηγείται η διαφοροποίηση φύσης, αναγκών και επιπέδου ποιοτικής εκτέλεσης, αναλόγως του ιδιωτικού ή δημοσίου χαρακτήρα του αντισυμβαλλομένου ούτε γιατί είναι συναφείς με το νυν αντικείμενο συμβάσεις με δημόσιους μη νοσοκομειακούς φορείς, αλλά όχι με ιδιώτες μη νοσοκομειακούς φορείς. Μόνη της δε η διαφοροποίηση μεταχείρισης των διαγωνιζομένων επί τη βάσει αποκλειστικά του στοιχείου, όχι της φύσης και των αναγκών του προηγούμενου αντισυμβαλλόμενου, αλλά της δημόσιας ή ιδιωτικής φύσης αυτού, είναι όλως αδικαιολόγητη, αυθαίρετη και παράνομη, εκτός αν λόγω της φύσης του απαιτούμενου προηγούμενως αντισυμβαλλόμενου αυτός είναι αδύνατον να συνιστά ιδιώτη, πράγμα που εν προκειμένω δεν ισχύει, αφού κρίνεται αποδεκτή κάθε είδους προηγούμενη σύμβαση με κάθε είδους, σκοπού, αναγκών και φύσης αντισυμβαλλόμενο, αρκεί αυτός να ανήκει στον ευρύτερο δημόσιο τομέα. Εξάλλου, το μη εύλογο του ως άνω όρου προκύπτει και από το ότι η ίδια η αναθέτουσα στον ίδιο ακριβώς όρο και όσον αφορά την εμπειρία στα νοσηλευτικά ιδρύματα, που ιδρύεται ως όλως παραδεκτή εναλλακτική, ουδόλως διακρίνει μεταξύ δημόσιων και ιδιωτικών νοσηλευτικών ιδρυμάτων, παρά ρητά αναφέρει πως κρίνονται αποδεκτές οι συμβάσεις σε τέτοιας φύσης φορείς, ανεξαρτήτως του δημοσίου ή ιδιωτικού χαρακτήρα τους. Αν λοιπόν, η ιδιότητα της υπαγωγής στον δημόσιο τομέα δεν προκύπτει ως αναγκαία από την αναθέτουσα όσον αφορά ιδρύματα, όλως συναφή ως προς τις ανάγκες του με την ίδια, πολλώ δε μάλλον δεν δύναται να δικαιολογηθεί όσον αφορά φορείς με άλλης φύσης ανάγκες και συνθήκες λειτουργίας, σε σχέση με ένα νοσηλευτικό ίδρυμα, όπως η ίδια. Επομένως, κατ' αποδοχή του ως άνω υπό Β3, τρίτου λόγου της προσφυγής, πρέπει να

ακυρωθεί ο ως άνω όρος του άρ. 2.2.6 της διακήρυξης, καθ' ο μέρος η προηγούμενη εμπειρία και δη, όσον αφορά την περίπτωση άλλων, πέραν από νοσηλευτικών ιδρυμάτων, αντισυμβαλλομένων, θα πρέπει να αφορά αποκλειστικά φορείς του ευρύτερου δημοσίου τομέα και όχι και ιδιώτες φορείς.

4. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή και δη, καθ' ο μέρος στρέφεται κατά του όρου 2.2.6 της διακήρυξης, καθ' ο μέρος απαιτείται η προηγούμενη εμπειρία, όταν δεν έχει κτηθεί σε νοσηλευτικά ιδρύματα, να έχει κτηθεί δια συμβάσεων αποκλειστικά με φορείς του ευρύτερου δημοσίου τομέα, να απορριφθεί δε κατά τα λοιπά. Να γίνει δε εν μέρει δεκτή η Παρέμβαση, καθ' ο μέρος απορρίπτεται αντίστοιχα η προσφυγή. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος ο όρος 2.2.6 αυτής απαιτεί η προηγούμενη εμπειρία, όταν δεν έχει κτηθεί σε νοσηλευτικά ιδρύματα, να έχει κτηθεί δια συμβάσεων αποκλειστικά με φορείς του ευρύτερου δημοσίου τομέα.

5. Επειδή, ύστερα από την αμέσως προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το παράβολο με αρ. "...” και ποσού 2.610,00 ευρώ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται εν μέρει την Προδικαστική Προσφυγή.

Δέχεται εν μέρει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη με αρ. "...” διακήρυξη, καθ' ο μέρος ο όρος 2.2.6 αυτής απαιτεί η προηγούμενη εμπειρία, όταν δεν έχει κτηθεί σε νοσηλευτικά ιδρύματα, να έχει κτηθεί δια συμβάσεων αποκλειστικά με φορείς του ευρύτερου δημοσίου τομέα.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου με αρ. "...” και ποσού 2.610,00 ευρώ.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29-12-2020 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΧΡΗΣΤΟΣ ΣΩΚΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΞΕΝΟΣ ΓΕΩΡΓΙΟΣ