

Αριθμός Απόφασης: Σ 602/2022

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 26 Απριλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 2.09.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1703/3-09-2021 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...», εφεξής «ο προσφεύγων», που εδρεύει στη ..., οδός ... αριθμ., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της ..., Υπηρεσία Προμηθειών και κατά της με αριθμ. Φ.831/4336/Σ.1033/18 Αυγ 21/... (ΑΔΑ:...) απόφασης της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το πρακτικό αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών και οικονομικών προσφορών της επιτροπής του διαγωνισμού κατά το σκέλος αυτής με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος.

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το ως άνω σκέλος.

Σε συμμόρφωση με την υπ'αριθμ. 566/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών, με την οποία η υπόθεση αναπέμπεται στην ΕΑΔΗΣΥ προς νέα αιτιολογημένη κρίση αυτής, κατόπιν της σιωπηρής απόρριψης της ασκηθείσας προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2

Αριθμός Απόφασης: Σ 602/2022

του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 1.814,90 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 2-09-2021 πληρωμή στην Εθνική Τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) που υπολογίζεται βάσει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ της σύμβασης ποσού 362.979,84 €.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. ... διακήρυξή της προκήρυξε ηλεκτρονικό ανοικτό διαγωνισμό για την υπηρεσία: «Καθαριότητα Χώρων- Μονάδων Α/Δ ...» με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, η οποία προσδιορίζεται αποκλειστικά βάσει της τιμής (χαμηλότερη τιμή) για το σύνολο των χώρων που περιγράφονται στο Παράρτημα «Γ» της διακήρυξης.

3. Επειδή, το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 26-02-2021 με ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ...

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 2.09.2021 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η προσβαλλόμενη κοινοποιήθηκε στον προσφεύγοντα μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 23-08-2021 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6.Επειδή, ο προσφεύγων με έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της απόρριψης της προσφοράς του καθώς συμμετείχε στο διαγωνισμό, επικαλείται δε ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη αυτής και στο όφελος από την ανάθεση στον ίδιο της υπό κρίση σύμβασης.

Αριθμός Απόφασης: Σ 602/2022

7. Επειδή στις 3-09-2021 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τύπου του διαγωνισμού προς τους έτερους ενδιαφερόμενους στη διαγωνιστική διαδικασία σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 718/2022 Πράξη του Προέδρου του 4ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης της υπό εξέταση προσφυγής, κατόπιν αναπομπής της στην ΕΑΔΗΣΥ με την υπ'αριθμ. 566/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθηνών.

9. Επειδή η αναθέτουσα αρχή απέστειλε στην ΑΕΠΠ απόψεις της επί της προσφυγής, τις οποίες στις 16-09-2021 κοινοποίησε στον προσφεύγοντα.

10. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ.

11. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν τρεις οικονομικοί φορείς, μεταξύ των οποίων και ο προσφεύγων. Δυνάμει της προσβαλλομένης απορρίφθηκε η προσφορά του προσφεύγοντος στο στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, ενώ οι λοιπές δύο προσφορές έγιναν δεκτές και κατόπιν ελέγχου των σχετικών δικαιολογητικών και αξιολόγησης αυτών, προσωρινός ανάδοχος αναδείχθηκε ο φορέας «...».

12. Επειδή, με την προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι εσφαλμένως η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του λόγω μη ορθής συμπλήρωσης του ΕΕΕΣ καθώς, κατά τους ισχυρισμούς του, ουδόλως παραβίασε τις υποχρεώσεις του αναφορικά με την τήρηση της ασφαλιστικής νομοθεσίας. Ειδικότερα δε η μη αναφορά της επιβληθείσας ΠΕΕ για την μη προσκόμιση αποδείξεων καταβολής μισθών δεν υπάγεται στις περιπτώσεις που, κατά το νόμο ή τη διακήρυξη, συνιστούν περιπτώσεις υποχρεωτικής δήλωσης στο ΕΕΕΣ.

13. Επειδή η αναθέτουσα αρχή ισχυρίζεται ότι το από 28 Μαρτίου 2021 ψηφιακά υπογεγραμμένο Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) της προσφεύγουσας δεν ικανοποιεί τους όρους των παρ. 3 του άρθρου 5 και της παρ. "1ιδ." του άρθρου 14 του Παραρτήματος «Α» της ... και ως εκ τούτου ορθώς απορρίπτεται η προσφορά της ως απαράδεκτη. Το εν λόγω ΕΕΕΣ υπέχει, με την ψηφιακή υπογραφή του, θέση Υπεύθυνης Δήλωσης και δεν δύναται ως εκ τούτου να συμπληρωθεί ή αντικατασταθεί με άλλο μετά την

Αριθμός Απόφασης: Σ 602/2022

ενημέρωση της ΕΔΔ με το υπ' αριθμ. πρωτ. ... έγγραφο της Διεύθυνσης Προγραμματισμού και Συντονισμού του Σώματος Επιθεώρησης Εργασίας. Επίσης, η δοθείσα αρνητική απάντηση της προσφεύγουσας στο συγκεκριμένο ερώτημα του ΕΕΕΣ καθορίζει και την πορεία αξιολόγησης της κατατεθείσας προσφοράς σε σχέση με τις λοιπές του εν θέματι διαγωνισμού.

14. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: «[...]Έχοντας υπόψη :

1. Τις διατάξεις, όπως τροποποιήθηκαν, συμπληρώθηκαν και ισχύουν :[...] α. Την υπ' αριθμ.οικ.4241/127/30 Ιαν 2019 (ΦΕΚ Β' 173/30-1-19) Απόφαση της Υπουργού Εργασίας, Κοινωνικής Ασφάλισης και Κοινωνικής Αλληλεγγύης «Καθορισμός κατώτατου μισθού και κατώτατου ημερομισθίου για τους υπαλλήλους και τους εργατοτεχνίτες όλης της χώρας»[...]

Παράρτημα Α[...]

άρθρο 5^ο δικαιολογητικά συμμετοχής-τεχνική προσφορά: «1. Ο υποφάκελος δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής προσφοράς περιέχει τα κάτωθι: [...]σε περίπτωση μη υποβολής ή κατά παρέκκλιση των απαιτήσεων της διακήρυξης, υποβολής δικαιολογητικών των υποφακέλου δικαιολογητικά συμμετοχής-τεχνική προσφορά, η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη.

άρθρο 14 Η απόρριψη της προσφοράς γίνεται με απόφαση της αναθέτουσας αρχής ύστερα από γνωμοδότηση του αρμόδιου οργάνου. Η προσφορά απορρίπτεται ως απαράδεκτη σε κάθε μία από τις ακόλουθες περιπτώσεις: [...] ιβ προσφορά που παρουσιάζει ουσιώδεις αποκλίσεις από τους όρους [...] της διακήρυξης [...]

ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β ΕΙΔΙΚΟΙ ΟΡΟΙ

[...] ΜΕΡΟΣ 3ο : Λοιποί Ειδικοί Όροι Άρθρο 8^ο Υποχρεώσεις Αναδόχου: «1. Ο ανάδοχος υποχρεούται για την απαρέγκλιτη τήρηση των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας, δηλαδή, καταβολή των νόμιμων αποδοχών, οι οποίες σε καμία περίπτωση δε μπορεί να είναι κατώτερες των προβλεπόμενων από την οικεία (κλαδική) Συλλογική Σύμβαση Εργασίας (ΣΣΕ) ή Διαιτητικής Απόφασης (ΔΑ), τήρηση του νόμιμου ωραρίου, ασφαλιστική κάλυψη, όροι υγιεινής και ασφάλειας των εργαζομένων και πρόληψης του επαγγελματικού κινδύνου (Ν.1568/1985, ΦΕΚ 177/Α/18-10-1985 και Ν. 3863/2010, ΦΕΚ 115 Α'/15-7-10 της Ελληνικής Νομοθεσίας) κλπ και κάθε υποχρέωσης που προκύπτει από αυτές. Επίσης, υποχρεούται να εκπληρώνει

Αριθμός Απόφασης: Σ 602/2022

όλες τις υποχρεώσεις του απέναντι στο Δημόσιο, τους ασφαλιστικούς φορείς και κάθε τρίτο έγκαιρα και εμπρόθεσμα[...]»

15. Επειδή, κατά τα παγίως γεγόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕΛΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣΤΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό. Η 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 (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η

Αριθμός Απόφασης: Σ 602/2022

ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27).

16. Επειδή, ειδικότερα, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτό καθιερώνει επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων καθώς και εν γένει στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι, η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να προσδίδει αθέμιτο πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή των υποβληθεισών προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε.

17. Επειδή, εν προκειμένω, όπως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή μετά τη διενέργεια ελέγχου που πραγματοποίησε κατά τη διάρκεια της διαγωνιστικής διαδικασίας διαπίστωσε ότι σε βάρος του προσφεύγοντος έχει επιβληθεί η με αριθμ. ... ΠΕΠ από το ΣΕΠΕ για παράβαση του άρθρου 2 παρ. 2 δ του Ν. 3896/2011 ύψους 6.000 ευρώ, το οποίο υπήχθη σε έκπτωση. Το πρόστιμο επιβλήθηκε γιατί με δελτίο ελέγχου του ΣΕΠΕ ζητήθηκαν και ουδέποτε προσκομίστηκαν οι εξοφλητικές αποδείξεις μισθοδοσίας μαζί με τα καταθετήρια τραπέζης για την εργαζόμενη ... για τους μήνες Μάιο -Ιούνιο 2020 που αφορούν σε δεδουλευμένες αποδοχές και αναλογίες αδείας και επιδόματος αδείας 2020. Η εν λόγω παράβαση χαρακτηρίζεται ως «ΠΟΛΥ ΥΨΗΛΗ» γενικών παραβάσεων με α/α 51 (ΥΑ 60201/Δ7.1422/20-12-2019). Συνεπώς, κατόπιν των ανωτέρω, που δεν αμφισβητούνται ούτε από τον προσφεύγοντα, ορθώς η αναθέτουσα αρχή απέρριψε την προσφορά του προσφεύγοντος λόγω διαπίστωσης της παραβίασης της εργατικής νομοθεσίας από τον τελευταίο, σύμφωνα με όσα

Αριθμός Απόφασης: Σ 602/2022

ορίζονται στο άρθρο 14 παρ. 1β του Παραρτήματος Α και του άρθρου 8 του Μέρους 3 του Παραρτήματος Β' της διακήρυξης.

18. Επειδή, ενόψει όσων εκτέθηκαν ανωτέρω και ιδίως της ρητής απαίτησης του άρθρου 8 του Μέρους 3 του Παραρτήματος Β' της διακήρυξης αλυσιτελώς προβάλλει ο προσφεύγων ότι η ως άνω διαπιστούμενη από μέρος της αναθέτουσας αρχής παράβαση διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας δεν συνιστά αθέτηση υποχρέωσης καταβολής φόρων, εισφορών, κοινωνικής ασφάλισης, δεν έχουν εκδοθεί 3 ή 2 ΠΕΠ αντίστοιχα για παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας ή αδήλωτη εργασία αντίστοιχα, δεν έχει υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα, σύμφωνα με το άρθρο 68 παρ. 2γ για τις συμβάσεις καθαρισμού ή φύλαξης, δεν έχει αθετήσει υποχρεώσεις κατά την εκτέλεση συμβάσεων, το ύψος του επιβληθέντος προστίμου είναι ιδιαίτερα χαμηλό σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης. Και τούτο διότι, ρητώς, κατά τη διακήρυξη, η εκ μέρους του υποψηφίου οποιαδήποτε παραβίαση της εργατικής νομοθεσίας σε σχέση με την καταβολή μισθών και οποιαδήποτε άλλη υποχρέωση προκύπτει από τις σχετικές διατάξεις, καθιστά την προσφορά του οικονομικού φορέα απαράδεκτη κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής. Σημειώνεται δε ότι η επίκληση κι αναλογική εφαρμογή εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής του άρθρου 12 παρ. 7 για τα δικαιολογητικά κατακύρωσης (*«[...] απορρίπτεται η προσφορά του προσωρινού αναδόχου[...] εάν κατά τον έλεγχο των παραπάνω δικαιολογητικών διαπιστωθεί ότι στα στοιχεία που δηλώθηκαν με το ΕΕΕΣ είναι ψευδή ή ανακριβή[...]»*) παρότι μεν εσφαλμένη αφού η απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος εδράζεται στη διάταξη του άρθρου 8 του Μέρους 3 του Παραρτήματος Β της διακήρυξης, παραταύτα δεν επηρεάζει το κύρος της προσβαλλομένης καθώς, όπως έχει νομολογιακώς κριθεί, εάν η αιτιολογία έχει πλημμέλειες, αλλά εντούτοις η πράξη είναι νόμιμη κατά το συγκεκριμένο τμήμα του διατακτικού της με άλλη αιτιολογία, το κύρος της πράξης δεν πάσχει ακυρότητα (ΣτΕ 2239/1970, 4698/1988), καθόσον η πράξη κρίνεται ορθή ως προς το διατακτικό της (βλ. Μ. ΠΙΚΡΑΜΕΝΟΣ, «Η αιτιολογία των διοικητικών πράξεων και ο ακυρωτικός δικαστικός έλεγχος», εκδ. Σάκκουλα-Αθήνα Θεσσαλονίκη, 2012, σελ. 344 επόμε., βλ. και ΑΕΠΠ 1621/2021).

Αριθμός Απόφασης: Σ 602/2022

19. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η προσφυγή πρέπει ν'απορριφθεί.
20. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να καταπέσει το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 26-04-2022 και εκδόθηκε αυθημερόν στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ