

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της στις 15-4-2019 με την εξής σύνθεση:
Σταυρούλα Κουρή - Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και
Μαρία-Ελένη Σιδέρη, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής το οποίο σωρεύεται στην από
8-4-2019 (ημεροχρονολογία ανάρτησης στον ηλεκτρονικό τόπο του
διαγωνισμού Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό
Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)
418/8-4-2019 της εταιρίας με την επωνυμία «.....» με διακριτικό τίτλο
«.....», νομίμως εκπροσωπούμενης.

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

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια Σταυρούλα Κουρή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα
επιδιώκει την ακύρωση της με ΑΔΑ απόφασης της αναθέτουσας
αρχής της 227^{ης}/Συνεδρίασης του Διοικητικού Συμβουλίου της αναθέτουσας
αρχής «.....», με την οποία έκρινε απορριπτικά την προσφορά του
προσφεύγοντος «.....» με διακριτικό τίτλο «.....» και έκανε
δεκτή την προσφορά της ένωσης εταιριών με την επωνυμία «.....» για
την ανάθεση της δημοπρατούμενης σύμβασης κατά την αξιολόγηση των
δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών. Περαιτέρω, η
προσφεύγουσα εταιρία αιτείται όπως ανασταλεί η πρόοδος της διαγωνιστικής
διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας
προδικαστικής προσφυγής.

Αριθμός απόφασης: Α 165/2019

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. διακήρυξη προκηρύχθηκε ηλεκτρονικός ανοικτός διεθνής διαγωνισμός για την ανάθεση της σύμβασης «.....» για δώδεκα (12) μήνες,, προϋπολογισθείσας αξίας 796.423,75€ (πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ), CPV, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής και καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών την 25-9-2018 ώρα 17.00. Η εν λόγω διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 25/7/2018 (αριθμός ID), καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 31-7-2018 με ΑΔΑΜ και καταχωρήθηκε στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.) με Συστημικό Αριθμό α/α Στο διαγωνισμό υπέβαλαν τις προσφορές τους η εταιρία «.....» και η ένωση εταιριών «.....». Η Επιτροπή Διαγωνισμού προέβη σε έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων και εισηγήθηκε με το από 10.01.2019 Πρακτικό της την απόρριψη των προσφορών αμφοτέρων των ως άνω διαγωνιζομένων από τη συνέχεια του διαγωνισμού διότι για μεν την εταιρία «.....» εκτίμησε ότι δεν πληροί το κριτήριο επιλογής του άρθρου 2.2.6.β' της διακήρυξης, για δε την ένωση εταιριών «.....» εκτίμησε ότι συντρέχουν οι λόγοι αποκλεισμού των άρθρων 2.2.3, 2.2.3.3.^{α'} και 2.2.3.3.στ' της διακήρυξης. Στη συνέχεια, η Αναθέτουσα Αρχή εξέδωσε την προσβαλλόμενη με ΑΔΑ:..... απόφαση του Δ.Σ. (227^η Συνεδρίαση) με την οποία αποφάσισε: «1. Την απόρριψη του πρακτικού ελέγχου Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικής Αξιολόγησης. 2. Την αποδοχή τη προσφοράς της εταιρίας «.....» και τη συνέχιση της διαγωνιστικής διαδικασίας, διότι σύμφωνα με τις γνωμοδοτήσεις της Νομικής Υπηρεσίας α) «οι ποινικές ρήτρες που κατέπεσαν εις βάρος των εταιρειών αυτών (..... και) για μη τήρηση προηγούμενων συμβατικών τους υποχρεώσεων, δεν αποτελούν σε καμία περίπτωση νομικό κώλυμα για την συμμετοχή της ένωσης των τριών ως άνω εταιρειών (..... – –)» και β) δεν συντρέχει κανένας λόγος αποκλεισμού της εταιρείας με την επωνυμία «.....» δυνάμει, αφενός μεν της παραγράφου 2το άρθρου 18 του Ν . 4412/2016 η οποία προβλέπει επί λέξει : «Κατά την

Αριθμός απόφασης: Α 165/2019

εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων, οι οικονομικοί φορείς τηρούν τις υποχρεώσεις του που απορρέουν από τις διατάξεις της περιβαλλοντικής, κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας, που έχουν θεσπίσει με το δίκαιο της Ένωσης, το εθνικό δίκαιο, συλλογικές συμβάσεις ή διεθνείς διατάξεις περιβαλλοντικού, κοινωνικού και εργατικού δικαίου, οι οποίες απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α'. Η τήρηση των εν λόγω υποχρεώσεων ελέγχεται και βεβαιώνεται από τα όργανα που επιβλέπουν την εκτέλεση των δημοσίων συμβάσεων και τις αρμόδιες δημόσιες αρχές και υπηρεσίες που ενεργούν εντός των ορίων της ευθύνης και της αρμοδιότητάς τους», δεδομένου ότι ουδεμία διάταξη της κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας δεν τεκμαίρεται ότι έχει παραβιαστεί από μέλη του ως άνω οικονομικού φορέα κατά την εκτέλεση προγενέστερης Διοικητικής Συμβάσεως και αφετέρου δε του γεγονότος ότι τα ως άνω μέλη δεν έχουν αποδεδειγμένη επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσια σύμβασης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Επισημαίνεται ότι η οιαδήποτε επιβολή ποινικών ρητρών δυνάμει δημοσίων συμβάσεων δεν εντάσσεται επ' ουδενί στις ανωτέρω περιπτώσεις».

3. Επειδή, ειδικότερα, με τη συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα βάλλει κατά της ανωτέρω απόφασης, υποστηρίζοντας τα εξής: α) Όσον αφορά τον αποκλεισμό της: Όπως παρανόμως και αβασίμως, η αναθέτουσα αρχή με την προσβαλλόμενη απόφασή της την απέκλεισε από τον επίδικο διαγωνισμό επειδή δήθεν δεν ικανοποιεί το κριτήριο τεχνικής ικανότητας, ήτοι δεν έχει εκτελέσει μία τουλάχιστον σύμβαση αντίστοιχη του επίδικου αντικειμένου, προϋπολογισμού και βαρύτητας Η/Μ εγκαταστάσεων. Τούτο διότι, κατά την προσφεύγουσα, η απόδειξη του εν λόγω κριτηρίου αφορά στο επόμενο στάδιο, ήτοι σε αυτό της προσκόμισης των δικαιολογητικών κατακύρωσης από τον προσωρινό ανάδοχο. Ειδικότερα, κατ' επίκληση των όρων 2.2.9.1. και 2.4.2.3. της διακήρυξης η προσφεύγουσα προβάλλει ότι προσκόμισε με το φάκελο της προσφοράς της το ΕΕΕΣ, νομίμως συμπληρωμένο και υπογεγραμμένο, την εγγύηση συμμετοχής της, καθώς και την απαιτούμενη κατά τα ανωτέρω υπεύθυνη δήλωση. Παράλληλα και εκ περισσοῦ προσκόμισε και συμβάσεις

Αριθμός απόφασης: Α 165/2019

στις οποίες είχε αναδειχθεί ανάδοχος και είχε εκτελέσει, ήτοι συμβάσεις αντίστοιχες με την επίδικη σύμβαση, οι οποίες σε κάθε περίπτωση ουδόλως απαιτείτο όπως προσκομιστούν από τους υποψηφίους, παρά μόνο από τον προσωρινό ανάδοχο, προς απόδειξη των δηλούμενων στο ΕΕΕΣ και των κριτηρίων επιλογής. Χαρακτηριστικά αναφέρει ότι η συνδιαγωνιζόμενη ένωση «..... - -», η προσφορά της οποίας κρίθηκε δεκτή από την προσβαλλόμενη απόφαση, ουδόλως προσκόμισε σχετικώς κανένα δικαιολογητικό ή έγγραφο με το φάκελο της προσφοράς της αποδεικτικό των κριτηρίων επιλογής του προκείμενου διαγωνισμού. Επομένως, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι προέβη νομίμως και προκαταρκτικώς σε δήλωση στο τυποποιημένο έντυπο (ΕΕΕΣ), αυτού που ζητείτο από τη Διακήρυξη, ήτοι εάν ο οικονομικός φορέας έχει πράγματι την απαιτούμενη εκ της Διακηρύξεως, τεχνική ικανότητα. Σε καμία περίπτωση από τη Διακήρυξη ή το τυποποιημένο έντυπο του ΕΕΕΣ δεν ζητείτο να αποδειχθεί η εμπειρία αυτή στο συγκεκριμένο στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών συμμετοχής. Υποχρέωση υφίστατο εκ της Διακηρύξεως μόνο όσον αφορά στο ΕΕΕΣ και στα σε αυτό δηλούμενα, με το οποίο η προσφεύγουσα προβάλλει ότι συμμορφώθηκε απολύτως. Επίσης η προσφεύγουσα επικαλείται ότι σε περίπτωση, κατά την οποία διαπιστωθούν ελλείψεις στα υποβληθέντα δικαιολογητικά του άρθρου 80 και 103 του ν. 4412/2016, ακόμη και σε περίπτωση μη υποβολής ορισμένων εκ των δικαιολογητικών, η αναθέτουσα αρχή οφείλει, σύμφωνα με το αρ. 103 του ν. 4412/2016, να χορηγήσει προθεσμία στον προσωρινό ανάδοχο να τα προσκομίσει ή να τα συμπληρώσει εντός 5 ημερών από την κοινοποίηση σχετικής έγγραφης ειδοποίησης σε αυτόν. Επομένως, παρανόμως, κατά την προσφεύγουσα, διέλαβε η αναθέτουσα αρχή στην προσβαλλόμενη πράξη της ότι δεν συνέτρεχαν οι νόμιμες προϋποθέσεις για την ανάδειξή της ως μειοδότης, καθώς αφενός ο σχετικός έλεγχος λαμβάνει χώρα σε επόμενο στάδιο της διανωνιστικής διαδικασίας, αφετέρου διαθέτει όλα τα ζητούμενα από τη Διακήρυξη προσόντα και συγκεκριμένα την απαιτούμενη εξ αυτής εμπειρία. Επιπλέον, η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι κατείχε το ζητούμενο από την Διακήρυξη προσόν εμπειρίας κατά την υποβολή της προσφοράς της. Τούτο διότι, λαμβάνοντας υπόψη τον όρο 2.2.6.β. της διακήρυξης και το με αρ.πρωτ. 11/07/459/28268/18-9-2018 έγγραφο τουυ, σύμφωνα

Αριθμός απόφασης: Α 165/2019

με το οποίο «δεν γίνονται δεκτές προσφορές που έχουν εκτελέσει περισσότερες συμβάσεις που συνολικά αντιστοιχούν στο ύψος του Προϋπολογισμού» η προσφεύγουσα, αν και εκ περισσού, προσκόμισε με το φάκελο της προσφοράς της ενδεικτικό πίνακα εμπειρίας με τις συμβάσεις τις οποίες έχει αναλάβει και εκτελέσει. Μεταξύ αυτών, εκτός της σύμβασης συντήρησης και επισκευής των Η/Μ εγκαταστάσεων του, στην οποία και μόνο αναφέρεται η προσβαλλόμενη απόφαση, προσκομίστηκε και η σύμβαση υπηρεσιών και συντήρησης Η/Μ εγκαταστάσεων συμπεριλαμβανομένων των εγκαταστάσεων ιατρικών αερίων του

Η σύμβαση αυτή αποτελεί, κατά την προσφεύγουσα, ενιαία σύμβαση, η οποία παρατείνεται / ανανεώνεται πριν το χρόνο λήξης της διάρκειας της αρχικής σύμβασης, είναι αντίστοιχου/ανάλογου προϋπολογισμού με την επίδικη σύμβαση και αντίστοιχου αντικειμένου όσον αφορά στην εγκατεστημένη ισχύ, σε μέγεθος, ποσότητα, έκταση και είδος. Συγκεκριμένα επικαλείται ότι μεταξύ της προσφεύγουσας και του υπεγράφη στις 15.07.2016 η ως άνω σύμβαση, η οποία εκτελέστηκε από την προσφεύγουσα ενιαίως και αδιαλείπτως έως τις 06.04.2018. Κατά τα προβληθέντα από την προσφεύγουσα, η ως άνω σύμβαση με αρ. 298 υπεγράφη στις 15.07.2018 με χρονική διάρκεια έως τις 13.10.2016, πλην όμως αυτή ανανεώθηκε με την υπ' αρ. 401 ανανέωση/παράταση σύμβασης και δη για χρονικό διάστημα από 14.10.2016 έως 11.04.2017. Στο κείμενο της ως άνω ανανέωσης παράτασης (στη σελ. 2 αυτής) ρητώς αναφέρεται η υπ' αρ. 298/2016 πρώτη σύμβαση. Ακολούθησε νέα ανανέωση/ παράταση της ως άνω αρχικής σύμβασης (η με αρ. 116) για χρονικό διάστημα που αφορούσε από τις 12.04.2017 έως τις 08.10.2017. Ομοίως και αυτή η ανανέωση/παράταση κάνει ρητή αναφορά τόσο στην υπ' αρ. 298 αρχική σύμβαση όσο και στην υπ' αρ. 401 ανανέωση/παράταση της αρχικής σύμβασης. Τέλος έλαβε χώρα και νέα ανανέωση / παράταση της αρχικής σύμβασης (η με αρ. 387) για χρονικό διάστημα από 09.10.2017 έως 06.04.2018 και πάλι με ρητή αναφορά τόσο στην αρχική σύμβαση, όσο και σε όλες τις προγενέστερες ανανεώσεις παρατάσεις. Η ως άνω ενιαία και αδιαλείπτως εκτελούμενη επί σχεδόν δύο έτη σύμβαση είναι ομοίου ποιοτικά αντικειμένου με την επίδικη σύμβαση (αν και δεν απαιτείτο η ομοιότητα εκ των τευχών δημοπράτησης, αλλά η αντιστοιχία αυτής), επομένως, κατά την προσφεύγουσα, μη νομίμως η

Αριθμός απόφασης: Α 165/2019

προσβαλλόμενη πράξη την απέκλεισε επειδή δεν πληρούσε το κριτήριο τεχνικής ικανότητας, επειδή δεν διαθέτει δήθεν μία σύμβαση αντίστοιχου αντικειμένου, προϋπολογισμού και βαρύτητας. Επισημαίνει τούτη, εξάλλου, ότι η ως άνω ενιαία σύμβαση είναι και αντίστοιχου οικονομικού αντικειμένου, ήτοι συνολικού προϋπολογισμού ύψους 512.070,00 ευρώ. Σε καμία περίπτωση δε το ως άνω ποσό ύψους 512.070,00 ευρώ δύναται να θεωρηθεί ότι δεν καλύπτει το κριτήριο του «αντίστοιχου» προϋπολογισμού. Τούτο διότι, κατά την προσφεύγουσα, αν η Αναθέτουσα Αρχή επιθυμούσε οι υποψήφιοι να διαθέτουν για την κάλυψη του κριτηρίου τεχνικής ικανότητας σύμβαση οικονομικού αντικειμένου ίσου ή μεγαλύτερου του επίδικου προϋπολογισμού, όφειλε να το δηλώσει ρητώς. Αντιθέτως, η Αναθέτουσα αρχή επανέλαβε τον όρο της «αντιστοιχίας» του προϋπολογισμού και στο υπ' αρ. 11/07/459/28268/18.09.2018 διευκρινιστικό της έγγραφο, ενώ με την προσβαλλόμενη πράξη της δέχτηκε ως αντίστοιχο τον προϋπολογισμό ύψους 600.054,13 ευρώ που αφορούσε στου, ανεξαρτήτως αν έκρινε ότι οι εκεί αναφερόμενες συμβάσεις δεν είναι ενιαίες, αλλά ξεχωριστές συμβάσεις και ως εκ τούτου δεν πληρούν το κριτήριο του αρ. 2.2.6.β της Διακήρυξης. Πρέπει δε να τονιστεί ότι το ύψος του προϋπολογισμού μίας σύμβασης συντήρησης ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων ενός δημόσιου ή ιδιωτικούυ με ιδιωτική εταιρεία, δεν αποτελεί απόδειξη για μια εταιρεία να ανταπεξέλθει στην επιτυχή εκτέλεση της σύμβασης. Τούτο διότι συνδέεται αποκλειστικά με το διαθέσιμο τεχνικό προσωπικό που το ίδιο το διαθέτει για την συντήρηση και επισκευή των Η/Μ εγκαταστάσεων. Όταν ένα διαθέτει μεγάλο αριθμό μόνιμου τεχνικού προσωπικού, δεν έχει την απαίτηση υποστήριξης αυτού από προσωπικό το οποίο θα παρέχει ανάδοχος ιδιωτική εταιρεία. Αντιθέτως, όταν δεν διαθέτει ικανό αριθμό μόνιμου τεχνικού προσωπικού, οι απαιτήσεις σε προσωπικό το οποίο θα παρέχεται μέσω σύμβασης από ανάδοχο εταιρεία αυξάνεται, με αποτέλεσμα να αυξάνεται και το οικονομικό αντικείμενο της σχετικής σύμβασης. Επομένως, το ύψος του προϋπολογισμού μίας σύμβασης, που αφορά στη συντήρηση των ηλεκτρομηχανολογικών εγκαταστάσεων ενός δημόσιου ή ιδιωτικούυ, δεν είναι σε καμία περίπτωση ανάλογο της πολυπλοκότητας των εγκαταστάσεων και των παρεχόμενων υπηρεσιών, ούτε αποδεικνύει από αφ' εαυτού την ικανότητα να

Αριθμός απόφασης: Α 165/2019

ανταπεξέλθει κανείς στις απαιτήσεις μιας τέτοιας σύμβασης. Ως εκ τούτου, αντίστοιχη εν προκειμένω του επίδικου προϋπολογισμού μπορεί σαφώς να θεωρηθεί μια σύμβαση με προϋπολογισμό μεγαλύτερο των 500.000,00 ευρώ. Εκ των ως άνω προκύπτει, κατά την προσφεύγουσα, ότι παρανόμως η προσβαλλόμενη απόφαση την απέκλεισε από τον επίδικο διαγωνισμό, επειδή δεν διαθέτει την απαιτούμενη εκ της Διακηρύξεως τεχνική ικανότητα, ήτοι μία σύμβαση αντίστοιχου αντικειμένου, προϋπολογισμού και βαρύτητας, αφού η ως άνω σύμβαση με το αποτελεί μία ενιαία και αδιαλείπτως εκτελεσθείσα σύμβαση, αντίστοιχου προϋπολογισμού με την επίδικη σύμβαση. **β)** Όσον αφορά στο μη αποκλεισμό της συμμετέχουσας στο διαγωνισμό ένωσης εταιριών «.....» : Αρχικώς η προσφεύγουσα διατυπώνει τον ισχυρισμό ότι νομίμως και μετ' εννόμου συμφέροντος προβάλλει κατά της ως άνω συνδιαγωνιζόμενης και μοναδικής εναπομείνας στον επίδικο διαγωνισμό ένωσης εταιριών λόγους απόρριψης της προσφοράς της, διότι ο αποκλεισμός της είναι παράνομος και ως εκ τούτου δεν δύναται να θεωρηθεί τρίτη για τον επίδικο διαγωνισμό. Κατά την προσφεύγουσα, όλως παρανόμως η προσβαλλόμενη πράξη έκανε δεκτή στον επίδικο διαγωνισμό την «..... - -», ενόψει του ότι η προσφορά της αντίκειται στους όρους της Διακήρυξης. Κατ' επίκληση από την προσφεύγουσα του όρου 2.2.3.3. της διακήρυξης και του άρθρου 18 παρ. 2 ν.4412/2016, ο Πρόεδρος της Επιτροπής Αξιολόγησης αναφέρει στο Πρακτικό ελέγχου και αξιολόγησης της Επιτροπής Αξιολόγησης, το οποίο ενσωματώνεται στην προσβαλλόμενη, ότι δύο εκ των μελών της ως άνω Ένωσης Εταιρειών, ουδόλως πληρούν τους ως άνω όρους της Διακήρυξης (2.2.3.3.α και στ) αφού έχουν επανειλημμένως κατά το παρελθόν και σε προηγούμενες συμβάσεις, που μάλιστα τρέχουν παραβιαζόμενες μέχρι σήμερα, παραβιάσει ευθέως την εργατική νομοθεσία αναφορικά με την ασφάλεια και υγιεινή στην εργασία. Για τις ως άνω παραβιάσεις δε, έχουν επιβληθεί στις εταιρίες - μέλη της ως άνω ένωσης και σειρά ποινικών ρητρών, η νομιμότητα της επιβολής των οποίων επιβεβαιώθηκε σχετικώς και από τα αρμόδια Δικαστήρια (βλ. απόφαση 489/2018 Δ.Εφ.Αθήνας). Από τα αναλυτικώς καταγεγραμμένα δε στο ως άνω Πρακτικό της Επιτροπής Αξιολόγησης, είναι αδιαμφισβήτητο, κατά την προσφεύγουσα, ότι οι ως άνω εταιρίες έχουν

Αριθμός απόφασης: Α 165/2019

επιδείξει σοβαρή και επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης που αφορά στην υγιεινή και ασφάλεια στην εργασία, στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης στην ίδια την Αναθέτουσα Αρχή, η οποία πλημμέλεια μάλιστα είχε ως αποτέλεσμα την επιβολή κυρώσεων και δη ποινικών ρητρών. Σημειώνεται δε ότι στα ΕΕΕΣ που έχει υποβάλλει αυτοτελώς το κάθε μέλος της ως άνω Ένωσης, ως όφειλε άλλωστε, προκύπτει ότι στην σχετική ερώτηση με τίτλο «Πρώρη λήξη, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις» και ερώτημα «Έχουν επιβληθεί στον οικονομικό φορέα, στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, προηγούμενης σύμβασης με αναθέτουσα αρχή ή προηγούμενης σύμβασης παραχώρησης, πρώρη καταγγελία της σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις;», της παραγράφου Γ με τίτλο «Λόγοι που σχετίζονται με αφερεγγυότητα, σύγκρουση συμφερόντων ή επαγγελματικό παράπτωμα», του Μέρους ΙΙΙ με τίτλο «Λόγοι αποκλεισμού», έχουν απαντήσει ψευδώς αμφότερες «ΟΧΙ», ενώ, όπως προκύπτει από τα σχετικά έγγραφα, που αναφέρονται και στην προσβαλλόμενη απόφαση, έχουν επιβληθεί στις δύο εταιρείες, στο πλαίσιο προηγούμενης Σύμβασης (ισχύουσα Σύμβαση Συντήρησης) με τον Αναθέτοντα Φορέα (.....), κυρώσεις (ποινικές ρήτρες). Τούτο συνιστά, κατά την προσφεύγουσα, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στη Διακήρυξη και «ψευδή δήλωση», η οποία έλκει σε εφαρμογή και έτερο λόγω αποκλεισμού, ήτοι αυτόν του αρ. 2.3.3.(ζ) άλλως 2.3.3.(η), σύμφωνα με τα οποία αποκλείεται από τον διαγωνισμό υποψήφιος εάν 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, άλλως εάν επιχειρήσει να επηρεάσει με αθέμιτο τρόπο τη διαδικασία λήψης αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, παρέχοντας εξ αμελείας έστω παραπλανητικές πληροφορίες που ενδέχεται να επηρεάσουν ουσιαδώς τις αποφάσεις που αφορούν τον αποκλεισμό, την επιλογή ή την ανάθεση. Επίσης η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι με πλημμελή αιτιολογία και σε απόλυτη αντίθεση με το Πρακτικό ελέγχου των δικαιολογητικών της Επιτροπής Αξιολόγησης και των κρίσεων αυτού, η προσβαλλόμενη πράξη κρίνει αντιθέτως και κάνει δεκτή την ως άνω ένωση εταιριών στο διαγωνισμό, με μοναδική αιτιολογία την «άποψη του Νομικού Γραφείου» και την με αριθμ.

Αριθμός απόφασης: Α 165/2019

πρωτ. 6170/2-2-2019 γνωμοδότηση του Προϊσταμένου του Νομικού Γραφείου του, σύμφωνα με τις οποίες «οι ποινικές ρήτρες που κατέπεσαν εις βάρος των εταιρειών αυτών (..... και) για μη τήρηση προηγούμενων συμβατικών τους υποχρεώσεων, δεν αποτελούν σε καμία περίπτωση νομικό κώλυμα για την συμμετοχή της ένωσης των τριών ως άνω εταιρειών (..... - -)» και ότι «ουδεμία διάταξη της κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας δεν τεκμαίρεται ότι έχει παραβιαστεί από μέλη του ως άνω οικονομικού φορέα κατά την εκτέλεση προγενέστερης Διοικητικής Συμβάσεως και αφετέρου δε του γεγονότος ότι τα ως άνω μέλη δεν έχουν αποδεδειγμένη επιδείξει σοβαρή ή επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης στο πλαίσιο προηγούμενης δημόσια σύμβασης που είχε ως αποτέλεσμα την πρόωρη καταγγελία της προηγούμενης σύμβασης, αποζημιώσεις ή άλλες παρόμοιες κυρώσεις. Επισημαίνεται ότι η οιαδήποτε επιβολή ποινικών ρητρών δυνάμει δημοσίων συμβάσεων δεν εντάσσεται επ' ουδενί στις ανωτέρω περιπτώσεις». Τούτο δε πολλώ μάλλον που τα σχετικά καταγεγραμμένα στοιχεία αποτελούν απόδειξη από μόνα τους, κατά την προσφεύγουσα, για την επαναλαμβανόμενη πλημμέλεια κατά την εκτέλεση ουσιώδους απαίτησης κατά την εκτέλεση προηγούμενης δημόσιας σύμβασης, η οποία έχει επιβεβαιωθεί και από την υπ' αρ. 489/2018 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Αθήνας. Κατόπιν των ανωτέρω καθίσταται σαφές, κατά την προσφεύγουσα, ότι η ως άνω ένωση εταιριών μη νομίμως έγινε δεκτή στον επίδικο διαγωνισμό.

4. Επειδή, έως την ημέρα εξέτασης του αιτήματος του προσφεύγοντος, περί λήψης προσωρινών μέτρων, η αναθέτουσα αρχή δεν είχε καταθέσει απόψεις περί αυτού.

5. Επειδή, έχει κατατεθεί, δεσμευθεί και πληρωθεί το νόμιμο παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 του Π.Δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), ποσού 3.983,00 €.

6. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός ενόψει του αντικειμένου του (έργο) και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του και του χρόνου αποστολής δημοσίευσής του, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 και στη

Αριθμός απόφασης: Α 165/2019

δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., και συνεπώς παραδεκτώς κατά τούτο ασκείται η εν λόγω Προδικαστική Προσφυγή ενώπιον της Α.Ε.Π.Π.

7. Επειδή, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 (περ. α'), δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση αναρτήθηκε στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. και κοινοποιήθηκε στους ενδιαφερόμενους στις 28-3-2019, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής οι συμμετέχοντες.

8. Επειδή, επομένως, η υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή μετά του σχετικού αιτήματος για τη λήψη προσωρινών μέτρων παραδεκτά και νόμιμα φέρεται προς εξέταση ενώπιον του 3ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 παρ. 1, 360 και 366 του Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 και 15 του Π.Δ. 39/2017 και τη με αρ. 520/2019 Πράξη της Προέδρου του Κλιμακίου.

9. Επειδή, το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας στοιχειοθετείται στο γεγονός ότι, αν και η ίδια έχει υποβάλλει νομίμως και εμπροθέσμως την προσφορά της στον υπόψη διαγωνισμό, προσδοκώντας εύλογα να της ανατεθεί η εκτέλεση της δημοπρατούμενης σύμβασης, αποκλείσθηκε κατά το στάδιο αξιολόγησης των δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών.

10. Επειδή, περαιτέρω, η προσφυγή δεν πιθανολογείται ως προδήλως αβάσιμη, διότι σε κάθε περίπτωση η προσφεύγουσα προβάλλει ισχυρισμούς που δεν παρίστανται ούτε ως αόριστοι και ανεπίδεκτοι νομικής εκτίμησης, ούτε ως μη χρήζοντες επισταμένης νομικής αξιολόγησης. Εξάλλου η ζημία της προσφεύγουσας από τη συνέχιση του διαγωνισμού είναι πρόδηλη και οπωσδήποτε μη αμελητέα.

11. Επειδή, εκ των ως άνω διατάξεων της σκέψης 8 της παρούσας και δη: α) εκ του αυτεπαγγέλτου χαρακτήρα της αρμοδιότητας και της δυνατότητας υποβολής σχετικού αιτήματος από τον προσφεύγοντα, β) της διατύπωσης του όρου “κατάλληλα μέτρα”, όπως αυτός περιλαμβάνεται στις ως άνω μνημονευόμενες διατάξεις, καταλείποντας περιθώριο ευχέρειας κρίσης στο Κλιμάκιο με μόνη δέσμευση την “καταλληλότητά” τους ως προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, γ) της παρ. 2 τόσο του αρ. 366 Ν. 4412/2016 όσο και του αρ. 15 ΠΔ 39/2017, οι οποίες αφενός ορίζουν ως τον γνώμονα αυτής της

Αριθμός απόφασης: Α 165/2019

“καταλληλότητας”, την επανόρθωση της εικαζόμενης παράβασης και την αποτροπή ζημίας των όποιων θιγόμενων συμφερόντων και αφετέρου αναφέρουν ότι τα “μέτρα που αναστέλλουν τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης ή την εκτέλεση οποιασδήποτε απόφασης λαμβάνει η αναθέτουσα αρχή” “συμπεριλαμβάνονται” στην έννοια των “καταλλήλων μέτρων”, προκύπτει ότι το αρμόδιο για την εξέταση της προδικαστικής προσφυγής Κλιμάκιο έχει αρμοδιότητα όπως ελευθέρως κατά την κρίση του διαμορφώσει ad hoc τα όποια προσωρινά μέτρα επί σκοπώ προστασίας των επαπειλούμενων συμφερόντων του προσφεύγοντος, συμπεριλαμβανομένων, εξάλλου, των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής, του εν γένει κύκλου ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, των τυχόν τρίτων μετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία, όπως και του εν γένει και εν ευρεία έννοια δημοσίου συμφέροντος, ενώ αντιπαραβάλλει σε συνολικό επίπεδο τα οφέλη με τις επιπτώσεις εκ της λήψεως προσωρινών μέτρων, χωρίς να δεσμεύεται ως προς το περιεχόμενό τους από το τυχόν ειδικότερο αιτητικό της προσφυγής.

12. Επειδή, όσον αφορά στην ενώπιον της Α.Ε.Π.Π. διαδικασία, το αντικείμενο πιθανολόγησης κατά την εξέταση περί ορισμού προσωρινών μέτρων και το κριτήριο χορήγησης αυτών, δεν εξαντλείται στην παράβαση κανόνα του ενωσιακού ή εσωτερικού δικαίου ή της ανεπανόρθωτης ή δυσχερώς επανορθώσιμης βλάβης του προσφεύγοντος, αλλά στον εντοπισμό μιας απτής και μη ασήμαντης αθροιστικής ζημίας επί των συμφερόντων του συνόλου των εμπλεκόμενων μερών. Σε κάθε δε περίπτωση, κατ’ εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ’ αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την αποτροπή και θεραπεία της επικαλούμενης παράβασης, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

13. Επειδή, αν τυχόν η προσφυγή ευδοκιμήσει και οι λόγοι της κριθούν ως νόμιμοι, εκτός του ότι η εκ της αιτίας αυτής μείωση του ανταγωνισμού θα ζημιώσει το δημόσιο συμφέρον και ειδικότερα το συμφέρον της αναθέτουσας αρχής, περαιτέρω το συμφέρον αυτό θα πληγεί και λόγω της ενδιάμεσης συνέχισης μιας ερειδόμενης σε μη νόμιμη απόφαση διαγωνιστικής διαδικασίας, με αποτέλεσμα οι αρνητικές συνέπειες από την ακύρωση της διαδικασίας αυτής - μετά από περαιτέρω πρόοδο της και προώθηση σε επόμενα στάδια - θα είναι μεγαλύτερες, τόσο για την

Αριθμός απόφασης: Α 165/2019

αναθέτουσα αρχή όσο και για τους συμμετέχοντες, από την όποια εύλογη καθυστέρηση καταρχήν περάτωσης του συγκεκριμένου σταδίου της προκηρυχθείσας διαδικασίας.

14. Επειδή, εξάλλου, η εξέταση της προσφυγής έχει προσδιοριστεί, δια της υπ' αρ. 520/2019 Πράξης της Προέδρου του 3ου Κλιμακίου, λίαν συντόμως και δη για την 3-5-2019, η όποια επίπτωση από τυχόν διαταγή αναστολής για εύλογο χρόνο της προόδου της διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα και μη δυνάμενη να προκαλέσει οιαδήποτε ζημία στην αναθέτουσα αρχή ή τρίτους.

15. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, το μόνο πρόσφορο και συγχρόνως αναγκαίο και εν στενή έννοια αναλογικό για τη θεραπεία και προστασία των διακινδυνευόμενων ως άνω συμφερόντων μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αναστολή έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της εν λόγω προδικαστικής προσφυγής της περαιτέρω διαγωνιστικής διαδικασίας και δη η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών. Η αναστολή αυτή, προς τον σκοπό της διαφάνειας της διαδικασίας, την πληροφόρηση των διαδίκων και τον προγραμματισμό της αναθέτουσας αρχής δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά 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, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα του αναθέτοντα φορέα για ταχεία πρόοδο αυτής. Το μέτρο αυτό σε κάθε περίπτωση θα αρθεί αυτοδίκαια με την έκδοση απόφασης επί της εν προκειμένω προσφυγής, κατ' αρ. 366 παρ. 1 Ν. 4412/2016.

16. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, το κρινόμενο αίτημα αναστολής, που σωρεύεται στην συγκεκριμένη προδικαστική προσφυγή, πρέπει να γίνει δεκτό επί τω τέλει να ανασταλεί η αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών έως την έκδοση απόφασης επί της προδικαστικής προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται το αίτημα αναστολής.

Αριθμός απόφασης: Α 165/2019

Αναστέλλει την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία και δη αναστέλλει, έως την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της συγκεκριμένης προσφυγής, την αποσφράγιση των οικονομικών προσφορών.

Διατάσσει την αναθέτουσα αρχή όπως διενεργήσει κάθε προβλεπόμενη από τη νομοθεσία ενέργεια και δημοσίευση περί της ανωτέρω αναστολής και όπως αναρτήσει ηλεκτρονικά την παρούσα απόφαση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στον Άγ.Ιωάννη Ρέντη στις 11-4-2019 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

ΚΟΥΡΗ ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΝΙΚΟΛΑΪΔΟΥ ΑΝΘΟΥΛΑ