

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της την 20^η Ιουλίου 2021 με την εξής σύνθεση: Ειρήνη Αψοκάρδου Πρόεδρος, Ιωάννα Θεμελή Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής του διαγωνισμού, που ενσωματώνεται στην από 09.07.2021 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1371/12.7.2021 Προδικαστική Προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία ... με τον διακριτικό τίτλο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ...(εφεξής αναθέτων φορέας), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και

Κατά του κ. ..., που ασκεί ατομική επιχείρηση με τον διακριτικό τίτλο ...(εφεξής ο πρώτος παρεμβαίνων), και

Κατά της εταιρείας με την επωνυμία ..., με τον διακριτικό τίτλο ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή στην οποία σωρεύεται και αίτημα αναστολής του διαγωνισμού, η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί η με αριθ. 510/24-6-2021 απόφαση του αναθέτοντος φορέα, που ελήφθη στα πλαίσια του δημόσιου ανοικτού διεθνούς ηλεκτρονικού διαγωνισμού ΜΕ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΤΗ ΠΛΕΟΝ ΣΥΜΦΕΡΟΥΣΑ ΑΠΟ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗ ΑΠΟΨΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΑΠΟΚΛΕΙΣΤΙΚΑ ΒΑΣΕΙ ΤΙΜΗΣ ΓΙΑ ΤΗΝ ΠΑΡΟΧΗ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ΚΑΘΑΡΙΣΜΟΥ ΤΩΝ ΧΩΡΩΝ ΤΟΥ ΚΤΙΡΙΟΥ ΤΗΣ ..., για τρία έτη, εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης € 375.250 χωρίς ΦΠΑ (ΚΗΜΔΗΣ .../11-3-2021, ημερομηνία αποστολής για δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της ΕΕΕΕ 8-3-

Αριθμός απόφασης: Α256/2021

2021, ΕΣΗΔΗΣ ...), κατά το μέρος που έκανε αποδεκτά τα δικαιολογητικά συμμετοχής και τις τεχνικές προσφορές απάντων των συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, στους οποίους περιλαμβάνονται και οι δύο παρεμβαίνοντες.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ιωάννα Θεμελή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί και δεσμευτεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 1.876,25 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., και το από 13-7-2021 υπηρεσιακό ηλεκτρονικό μήνυμα του αρμόδιου υπαλλήλου ΑΕΠΠ).

2. Επειδή, στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας που εμπίπτει στην αρμοδιότητα της ΑΕΠΠ κατά χρόνο, και καθ' ύλην λόγω προϋπολογιζόμενης αξίας της προμήθειας και χρόνου αποστολής για δημοσίευση της διακήρυξης στο Συμπλήρωμα της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης, εμπροθέσμως προσηκόντως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκήθηκε - σύμφωνα με την 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- με ανάρτηση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την 9-7-2021 η υπό κρίση προσφυγή κατά της προσβαλλόμενης απόφασης που κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα την 30-6-2021, η οποία είναι εκτελεστή πράξη περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, η δε προσφυγή δεν προκύπτει ως προδήλως εν συνόλω απαράδεκτη ή ουσία αβάσιμη. Ειδικότερα η προσφεύγουσα επικαλούμενη τους όρους 15.1, 15.1.4 θ), 23.1 α), 26 α), 23.5 δ), ε), 24.4, ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙΙ όρος 16.3, της διακήρυξης, ισχυρίζεται ότι παρά τον νόμο και τους όρους της διακήρυξης έγιναν δεκτές οι προσφορές απάντων των λοιπών έξι συνδιαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων η οποία έπρεπε να απορριφθεί, διότι ι) η δεύτερη παρεμβαίνουσα συμπλήρωσε ανακριβώς το ΕΕΕΣ που κατέθεσε διότι ενώ δήλωσε ότι της έχει επιβληθεί ένα πρόστιμο για παράβαση

Αριθμός απόφασης: Α256/2021

εργατικής νομοθεσίας καθώς και μέτρα αυτοκάθαρσης, όμως σε διαφορετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα απάντησε ανακριβώς ΟΧΙ ii) ο πρώτος παρεμβαίνων συμπλήρωσε ανακριβώς το ΕΕΕΣ που κατέθεσε διότι ενώ δήλωσε ότι του έχει επιβληθεί ένα πρόστιμο για παράβαση εργατικής νομοθεσίας καθώς και μέτρα αυτοκάθαρσης, όμως σε διαφορετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα απάντησε ανακριβώς ΟΧΙ, επίσης δε διότι δεν εκπληρώνει τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές επειδή υπέβαλε μεν έκθεση για την αντιμετώπιση εκτάκτων αναγκών, πλην όμως δεν αναφέρει σε αυτήν αφενός μεν τον χρόνο απόκρισης σε έκτακτες ανάγκες καθαριότητας και αφετέρου τον αριθμό του προσωπικού που επιπλέον δύναται να διαθέσει ... επίσης υπέβαλε περιγραφή της ομάδας έργου πλην όμως ... χωρίς να δηλώνει προτεινόμενο προσωπικό καθαριότητας... δεν υποβάλει αποδεικτικά στοιχεία προϋπηρεσίας του προσωπικού καθαριότητας iii) η ... συμπλήρωσε ανακριβώς το ΕΕΕΣ που κατέθεσε διότι ενώ δήλωσε ότι της έχουν επιβληθεί δύο πρόστιμα για παράβαση εργατικής νομοθεσίας καθώς και μέτρα αυτοκάθαρσης, όμως σε διαφορετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα απάντησε ανακριβώς ΟΧΙ, iv) η ... δεν εκπληρώνει τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές επειδή υπέβαλε μεν έκθεση για την έκθεση για την αντιμετώπιση εκτάκτων αναγκών, πλην όμως δεν αναφέρει σε αυτήν αφενός μεν τον χρόνο απόκρισης σε έκτακτες ανάγκες καθαριότητας και αφετέρου τον αριθμό του προσωπικού που επιπλέον δύναται να διαθέσει, v) Η ...α) συμπλήρωσε ανακριβώς το ΕΕΕΣ που κατέθεσε διότι ενώ δήλωσε ότι της έχουν επιβληθεί δύο πρόστιμα για παράβαση εργατικής νομοθεσίας καθώς και μέτρα αυτοκάθαρσης, όμως σε διαφορετικό ερώτημα του ΕΕΕΣ εάν έχει διαπράξει σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα απάντησε ανακριβώς ΟΧΙ, β) δεν εκπληρώνει τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές επειδή δεν υπέβαλε ... περιγραφή της ομάδας έργου ούτε αποδεικτικά προϋπηρεσίας και γ) δεν εκπληρώνει τεθέν κριτήριο ποιοτικής επιλογής και δη το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ούτε ταυτόσημη τεχνική προδιαγραφή διότι υπέβαλε τεχνικό φυλλάδιο για την χλωρίνη *klinex classic fresh professional*, Δελτίο Δεδομένων Ασφαλείας για τη χλωρίνη *klinex φρεσκάδα δάσους*, έγκριση ΕΜΧΠ για την χλωρίνη *klinex classic fresh professional*, ληγμένη

Αριθμός απόφασης: Α256/2021

έγκριση ΕΟΦ (31.12.2020) χωρίς αρ. πρωτ. ανανέωσης από τον ΕΟΦ για τη χλωρίνη *klinex φρεσκάδα δάσους*,... προκύπτει ότι υπάρχει αναντιστοιχία μεταξύ των τεχνικών φυλλαδίων, ΔΔΑ, και εγκρίσεων του προτεινομένου προϊόντος, vi) η ...δεν εκπληρώνει τεθέν κριτήριο ποιοτικής επιλογής και δη το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ούτε ταυτόσημη τεχνική προδιαγραφή διότι για τα προϊόντα *RETINOL PLUS, KITCHENPRO DES MAXX και MAGIC2* δεν υποβάλει βεβαιώσεις γνωστοποίησης στο ΕΜΧΠ ή ΓΧΚ. Ο δε πρώτος παρεμβαίνων, στην από 16-7-2021 παρέμβαση, νομίμως εμπροθέσμως και προσηκόντως ασκηθείσα με ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ την 16-7-2021, εντός της 10ήμερης νόμιμης αποκλειστικής προθεσμίας, δεδομένου ότι η προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή με ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ την 12-7-2021 (365 παρ. 1, 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και άρθ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017), και νομίμως, εμπροθέσμως και προσηκόντως κοινοποιηθείσα η παρέμβαση από την αναθέτουσα αρχή προς τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς με ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ την 19-7-2021 (άρθ. 365 παρ. 1 περ. γ του ν. 4412/2016 ως τροποποιημένο ισχύει), και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκηθείσα (η παρέμβαση), καθώς ο παρεμβαίνων έχει γίνει αποδεκτός στον διαγωνισμό με την προσβαλλόμενη απόφαση της οποίας ζητείται η ακύρωση και κατά το μέρος αυτό, και ευλόγως επιδιώκει την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης επί τω τέλει συνέχισης της συμμετοχής του στην διαδικασία και ανάθεσης της προμήθειας, επικαλούμενος τον όρο 15.1.4 περ. θ), 23 της διακήρυξης, και το άρθ. 68 παρ. 2 περ. γ του ν. 3863/2010, ισχυρίζεται ότι δεν ήταν υποχρεωμένος να δηλώσει στο ΕΕΕΣ του ότι διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα διότι κατά την διακήρυξη η υποχρέωση αυτή δεν συντρέχει σε περίπτωση επιβολής ενός μόνο προστίμου ως έχει επιβληθεί σε αυτόν. Καθόσον δε αφορά στην φερόμενη πλημμέλεια της τεχνικής του προσφοράς ισχυρίζεται ότι στην προσφορά του περιγράφει λεπτομερώς όλες τις ζητούμενες απαιτήσεις της ... διακήρυξης ... αναφέρει λεπτομερώς τον ακριβή αριθμό εργαζομένων που θα απασχοληθούν στο υπό ανάθεση έργο (ήτοι δεκατέσσερα) δηλώνει ότι τόσο ο ίδιος όσο και το απασχολούμενο προσωπικό του έχουν την δυνατότητα να ανταποκριθούν άμεσα σε κάθε έκτακτη ανάγκη που μπορεί να προκύψει, ότι παραθέτει αντίγραφα

Αριθμός απόφασης: Α256/2021

καταστάσεων προσωπικού για τα τελευταία τρία έτη, όπου αναφέρεται το προσωπικό, η ειδικότητα και το ωράριο συνήθους απασχόληση καλύπτοντας έτσι την απόδειξη προϋπηρεσίας του προσωπικού και δηλώνει στην προσφορά του ότι θα απασχολήσει για την συγκεκριμένη σύμβαση εργαζόμενους άνω των 25 ετών με 3ετή τουλάχιστον προϋπηρεσία. Η δε δεύτερη παρεμβαίνουσα, άσκησε την από 19-7-2021 παρέμβασή της νομίμως εμπροθέσμως και προσηκόντως με ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ την 19-7-2021, εντός της 10ήμερης νόμιμης αποκλειστικής προθεσμίας, δεδομένου ότι η προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή με ανάρτηση στο ΕΣΗΔΗΣ την 12-7-2021 (365 παρ. 1, 362 παρ. 3 του ν. 4412/2016 και άρθ. 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017), ενώ κατά τον χρόνο εξέτασης του αιτήματος αναστολής δεν έχει κοινοποιηθεί σύμφωνα με τον νόμο η παρέμβαση από την αναθέτουσα αρχή προς τους διαγωνιζόμενους οικονομικούς φορείς (άρθ. 365 παρ. 1 περ. γ του ν. 4412/2016 ως τροποποιημένο ισχύει). Μετ' εννόμου δε συμφέροντος ασκήθηκε η παρέμβαση, καθώς η παρεμβαίνουσα έχει γίνει αποδεκτή στον διαγωνισμό με την προσβαλλόμενη απόφαση της οποίας ζητείται η ακύρωση και κατά το μέρος αυτό, και ευλόγως επιδιώκει την διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης επί τω τέλει συνέχισης της συμμετοχής της στην διαδικασία και ανάθεσης της προμήθειας, και επικαλούμενη η παρεμβαίνουσα τον όρο 15.1.4 περ. θ), 18 της διακήρυξης, το άρθ. 68 παρ. 2 περ. γ του ν. 3863/2010, το άρθ. 73 παρ. 5 περ. ζ του ν. 4412/2016, ισχυρίζεται ότι δεν ήταν υποχρεωμένη να δηλώσει στο ΕΕΕΣ του ότι διέπραξε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα διότι κατά την διακήρυξη και τον νόμο η υποχρέωση αυτή δεν συντρέχει σε περίπτωση επιβολής ενός μόνο προστίμου το οποίο δεν έχει τελεσίδικη ισχύ, ως έχει επιβληθεί σε αυτόν, ότι εν γένει δεν δύναται να θεωρηθεί ότι με την φράση σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα ο νόμος εννοεί κάθε μία παράβαση της εργατικής νομοθεσίας, ότι ο όρος σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα δεν αποτελεί αντικειμενικό γεγονός και ότι δεν μπορεί να συντρέχει σε περίπτωση όπου έχει επιβληθεί ένα μόνο πρόστιμο το οποίο έχει προσβληθεί δικαστικά και εκκρεμεί ενώπιον των Δικαστηρίων, και ότι ακριβώς για τον λόγο αυτό εάν απαντούσε στο ΕΕΕΣ της ότι έχει υποπέσει σε σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα αυτό θα

Αριθμός απόφασης: Α256/2021

μπορούσε να εκληφθεί ως ομολογία ενώπιον των Δικαστηρίων και ως παραίτηση από την προσφυγή της.

3. Επειδή εν προκειμένω η υπό εξέταση προσφυγή δεν παρίσταται εν συνόλω προδήλως απαράδεκτη, ή αβάσιμη, και περαιτέρω, πιθανολογείται η πρόκληση βλάβης της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής και των άλλων διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων, σε περίπτωση συνέχισης του διαγωνισμού, με το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών. Επί πλέον, οι λόγοι της προσφυγής δεν πιθανολογούνται ως προδήλως αβάσιμοι και χρήζουν περαιτέρω ελέγχου, ενώ δεν προκύπτουν λόγοι υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος που θα απέκλειαν την χορήγηση αναστολής του διαγωνισμού, δεδομένου ιδία ότι η αναθέτουσα αρχή δεν έχει αντιλέξει στο αίτημα αναστολής του διαγωνισμού. Συγκεκριμένα, εφόσον δεν έχουν εισέτι αποσφραγιστεί οι οικονομικές προσφορές και άρα, η τυχόν αποσφράγισή τους προ της εκκαθάρισης του ζητήματος αποκλεισμού του προσφεύγοντος θα διακινδυνεύσει την ανάδειξη τυχόν εσφαλμένου προσωρινού αναδόχου και την εσφαλμένη κατάταξη των προσφορών κατά το κριτήριο ανάθεσης, δημιουργώντας κίνδυνο περαιτέρω επιπλοκών στη διαδικασία, τυχόν ανάγκης ακυρώσεων περαιτέρω πράξεων, άσκοπη ανάδειξη προσωρινού αναδόχου και εν γένει βλάβη τόσο στην προσφεύγουσα, όσο και την αναθέτουσα, ως και τους συνδιαγωνιζόμενους, ενώ η αναστολή της διαδικασίας προ αυτού του σταδίου δεν πιθανολογείται ότι δημιουργεί οιονδήποτε κίνδυνο και βλάβη για οιοδήποτε μέρος. Σε κάθε περίπτωση, από μια γενική θεώρηση και στάθμιση των συμφερόντων των εμπλεκόμενων μερών που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, λαμβάνοντας υπόψη ότι σημαντική πτυχή της εξυπηρέτησης του δημοσίου συμφέροντος είναι και η εξασφάλιση της νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης, δεν προκύπτει ότι οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη.

4. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, το πλέον πρόσφορο, αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό μέτρο, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων της προσφεύγουσας, της αναθέτουσας αρχής και των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων είναι η αναστολή εκτέλεσης της προσβαλλόμενης απόφασης, και η αναστολή του διαγωνισμού,

Αριθμός απόφασης: Α256/2021

η οποία (αναστολή) διατάσσεται με διάρκεια βεβαία και εύλογη δηλαδή μέχρι την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής, και πάντως εντός της αποκλειστικής προθεσμίας του άρθρου 367 παρ. 1 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή κατόπιν των ανωτέρω το υπό εξέταση αίτημα αναστολής πρέπει να γίνει δεκτό.

Κατά τη μειοψηφούσα γνώμη της Προέδρου του Κλιμακίου, Ε. Αψοκάρδου, δοθέντος ότι το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι αυτό της πλέον συμφέρουσας από οικονομική άποψη προσφοράς αποκλειστικά βάσει τιμής, ήτοι στην κρίση της αναθέτουσας αρχής δεν υπεισέρχεται ο υποκειμενικός παράγοντας αξιολόγησης/βαθμολόγησης των προσφορών βάσει ποιοτικών κριτηρίων, το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών από τη ... (που συνιστά αναθέτουσα αρχή ως ανεξάρτητη διοικητική αρχή με νομική προσωπικότητα, συστάθηκε με το ν.2773/1999, ανήκει στους φορείς της Γενικής Κυβέρνησης και ειδικότερα στον υποτομέα της Κεντρικής Κυβέρνησης και αποτελεί κεντρική κυβερνητική αρχή, και ενώ, εν προκειμένω, το αντικείμενο της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας είναι η παροχή υπηρεσιών καθαρισμού των κτιρίων της), δεν θα προκαλέσει βλάβη της προσφεύγουσας, η οποία και θα πρέπει να τύχει προστασίας μέχρι την οριστική κρίση της διαφοράς, αφού δεν υφίσταται επικείμενος κίνδυνος ή ανεπανόρθωτη βλάβη ή ζημία της από την συνέχιση της διαδικασίας, καθώς η επικαλούμενη ζημία από την προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής δεν μπορεί με άλλον τρόπο να αποτραπεί, γιατί δεν έχει καταστεί οριστική, παρά μόνον με την έκδοση οριστικής απόφασης επί της προσφυγής της, χωρίς ουδόλως να επιδρά το άνοιγμα των οικονομικών προσφορών επί της έκβασης αυτής (πρβλ. απόφαση ΑΕΠΠ 378/2019, εισηγήτρια Ε. Αψοκάρδου). Συνεπώς, δεν υφίσταται έννομο συμφέρον για τη χορήγηση αναστολής της διαγωνιστικής διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, καθώς δεν πληρούται η *ratio* της διάταξης για τη χορήγηση αναστολής – ορισμού προσωρινών μέτρων, η οποία σκοπεί στην αποτροπή ανεπανόρθωτων καταστάσεων ή δύσκολα αναστρέψιμων λόγω της προόδου του διαγωνισμού και το υπό κρίση αίτημα πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Αριθμός απόφασης: Α256/2021

Δέχεται το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας.

Αναστέλλει την εκτέλεση της προσβαλλόμενης απόφασης και την πρόοδο της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι την έκδοση απόφασης της ΑΕΠΠ επί της προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 20 Ιουλίου 2021 και εκδόθηκε στις 22 Ιουλίου 2021.

Η Πρόεδρος
ΕΙΡΗΝΗ ΑΨΟΚΑΡΔΟΥ

Ο Γραμματέας
ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ