

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ (ΕΑΔΗΣΥ)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Διαδικασία Προσωρινών Μέτρων (άρθρο 366 του ν.4412/16)

Συνεδρίασε στις 19 Ιουνίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ιωάννης-Κωνσταντίνος Χαλκιάς, Πρόεδρος, Αικατερίνη Ζερβού, Μέλος και Αθηνά Μπουζιούρη, Μέλος – Εισηγήτρια.

-Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής και λήψης κατάλληλων προσωρινών μέτρων, το οποίο περιλαμβάνεται στην προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 8/6/2023 και Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 863/9-6-2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» και με τον Διακριτικό Τίτλο «...» που εδρεύει στη ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

ΚΑΤΑ

-του ..., νόμιμα εκπροσωπούμενου.

=====

Με την προδικαστική προσφυγή, στην οποία σωρεύει και αίτημα χορήγησης προσωρινών μέτρων, η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση: α) της απόφασης του Πρυτανικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής που περιέχεται στα πρακτικά έκτακτης συνεδρίασης με αριθμό 68/25.05.2023, με θέμα 5ο: «5.4 Οικονομικά. Έγκριση α) αποτελεσμάτων ελέγχου δικαιολογητικών κατακύρωσης, β) ανάδειξη τελικού αναδόχου του Ανοικτού Διεθνούς Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής για την παροχή υπηρεσιών ...», β) της απόφασης του ίδιου οργάνου που περιέχεται στο πρακτικό έκτακτης συνεδρίασης με αριθμό 66/05.05.2023, με θέμα Θέμα 5ο: «5.8 Οικονομικά. Έγκριση α) αξιολόγησης οικονομικής προσφοράς του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ‘...’ και β) ανάδειξη προσωρινού αναδόχου του Ανοικτού Διεθνούς Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής για την παροχή υπηρεσιών ...» και γ) της απόφασης του ίδιου οργάνου που περιέχεται στα πρακτικά έκτακτης συνεδρίασης με αριθμό 65/06.04.2023, με Θέμα 5ο: «5.3 Οικονομικά. Έγκριση α) αποτελεσμάτων ελέγχου δικαιολογητικών συμμετοχής

και ελέγχου/αξιολόγησης τεχνικών προσφορών και β) αξιολόγησης οικονομικών προσφορών του Ανοικτού Διεθνούς Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, βάσει τιμής για την παροχή υπηρεσιών ...», κατά το μέρος τους με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της ... και της κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού για τα Τμήματα Μυτιλήνης, Χίου και Σάμου.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε το νόμιμο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 ν. 4412/2016 και 5 πδ 39/2017, παράβολο ποσού 4.614,27 ευρώ με βάση την εκτιμώμενη αξία ποσού 922.854,73 ευρώ των τμημάτων της σύμβασης που αποτελούν αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής, χωρίς ΦΠΑ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...).
2. Με τη Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής με αριθμό .../23.12.2022 προκηρύχθηκε ανοικτός διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής για την παροχή υπηρεσιών Αντικείμενο της σύμβασης είναι η ανάδειξη αναδόχου για την παροχή υπηρεσιών Η συνολική εκτιμώμενη αξία της σύμβασης ανέρχεται σε 1.383.820,41 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%. Το αντικείμενο της σύμβασης υποδιαιρείται σε τμήματα που αντιστοιχούν στις πανεπιστημιακές μονάδες της αναθέτουσας αρχής, με δυνατότητα υποβολής προσφορών για κάθε τμήμα χωριστά, για ένα, περισσότερα ή όλα τα τμήματα. Η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 23/12/2022 (ΑΔΑΜ: ...) και στο ΕΣΗΔΗΣ, μέσω του οποίου διενεργείται ο διαγωνισμός με συστημικό α/α Ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών ορίστηκε η 30/1/2023.
3. Στον διαγωνισμό συμμετείχαν υποβάλλοντας προσφορά για τα επίμαχα τμήματα του διαγωνισμού, μεταξύ άλλων, η προσφεύγουσα και η Με την απόφαση της αναθέτουσας αρχής που περιέχεται στα πρακτικά συνεδρίασης με αριθμό 66/05.05.2023 απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας και αναδείχθηκε προσωρινή ανάδοχος για τα επίμαχα τμήματα της σύμβασης η

.... Ειδικότερα, η προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε με την εξής αιτιολογία που περιέχεται στο επικυρωθέν πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού: «Οικονομικός φορέας ‘...’. Οι τελικές διαπιστώσεις της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με την οικονομική προσφορά του οικονομικού φορέα, μετά τον έλεγχο και των διευκρινίσεων που υπέβαλε, είναι οι ακόλουθες: 1. Ο οικονομικός φορέας δεν χρησιμοποίησε το πρότυπο έντυπο ‘Πίνακας Β: Ανάλυση του τρόπου υπολογισμού της μηνιαίας πρόβλεψης της δαπάνης μισθοδοσίας/άτομο’ του Παραρτήματος ΙΙΙ της διακήρυξης. Ο Πίνακας Β που χρησιμοποίησε ο φορέας παρουσιάζει εμφανείς, σημαντικές και ουσιώδεις διαφορές από τον πρότυπο Πίνακα Β (διαφορετικός αριθμός στηλών, διαφορετική σειρά γραμμών κλπ), καθιστώντας τον τυπικά και ουσιαστικά έναν διαφορετικό πίνακα. 2. Ο οικονομικός φορέας προχώρησε σε τροποποίηση του πρότυπου εντύπου ‘Πίνακας Α: ΥΠΟΛΟΓΙΣΜΟΥ ΚΟΣΤΟΥΣ ΥΠΗΡΕΣΙΩΝ ...’ του Παραρτήματος ΙΙΙ της διακήρυξης. Διαπιστώθηκε ότι στα πεδία 4 και 5 του Πίνακα Α τροποποιήθηκαν οι παραπομπές σε πεδία του Πίνακα Β, που υπήρχαν στα πρότυπα έγγραφα, ακυρώνοντας ουσιαστικά με τον τρόπο αυτό τη διασύνδεση μεταξύ των δύο πινάκων. 3. Στο πλαίσιο των διευκρινίσεων που υπέβαλε ο οικονομικός φορέας σε σχέση με τα ανωτέρω, δήλωσε ότι εκ παραδρομής τροποποίησε τον Πίνακα Β και υπέβαλε, με τον τίτλο ‘ΑΝΑΛΥΣΗ’, νέους Πίνακες Α και Β η μορφή των οποίων είναι σύμφωνη με τα πρότυπα της Διακήρυξης. Βάσει όσων προαναφέρθηκαν, η Επιτροπή κρίνει ότι δεν μπορεί να γίνει αποδεκτή η αιτιολογία που προβάλλει ο οικονομικός φορέας περί εκ παραδρομής τροποποίηση των Πινάκων. Αντιθέτως, εύλογα οδηγείται στο συμπέρασμα ότι ο οικονομικός φορέας δεν επέδειξε τη δέουσα επιμέλεια κατά τη σύνταξη του φακέλου της προσφοράς και για το λόγο αυτό δεν έγινε χρήση των Πινάκων που οριζόταν στη Διακήρυξη. Επιπροσθέτως, διαπιστώθηκε ότι στους νέους Πίνακες Α και Β που υποβλήθηκαν ως επεξήγηση/ανάλυση κάθε οικονομικής προσφοράς, έχει τροποποιηθεί πλήθος αριθμητικών πεδίων της υποβληθείσας προσφοράς. Με τον τρόπο αυτό, οι Πίνακες που υποβλήθηκαν με τον τίτλο ‘ΑΝΑΛΥΣΗ’ δεν αφορούν σε επεξήγηση των τιμών της προσφοράς αλλά σε εναλλακτική προσφορά και συνεπώς δεν μπορούν να γίνουν δεκτοί. ... 4. Ο υπολογισμός των ποσών που αφορούν στο δώρο Χριστουγέννων και Πάσχα, στο επίδομα αδείας και στην αντικατάσταση εργαζομένου σε άδεια, δεν είναι ορθός. ... Η

Επιτροπή, λαμβάνοντας υπόψη όλα τα ανωτέρω και ιδιαίτερα τα διαλαμβανόμενα στα σημεία 3 και 4, καθώς και τη ρητώς εκπεφρασμένη, με τις διατάξεις του άρθρου 68 του Ν.3863/2010, βούληση του νομοθέτη, το κόστος αμοιβής των εργαζομένων να μην υπολείπεται του οριζόμενου στην οικεία συλλογική σύμβαση εργασίας ή στην εθνική γενική συλλογική σύμβαση εργασίας, η δε προσφορά επιπλέον να ενσωματώνει και ένα εύλογο ποσοστό αναλωσίμων, εργολαβικού κέρδους καθώς και τις νόμιμες κρατήσεις, ομόφωνα κρίνει ότι οι προσφορές ..., ..., ..., ... και ... του οικονομικού φορέα πρέπει να απορριφθούν καθώς σε αυτές δεν έχει γίνει ορθός υπολογισμός του μισθολογικού κόστους και όταν αυτό υπολογισθεί σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στη νομοθεσία, δεν καλύπτεται η συμβατική υποχρέωση να προκύπτει εργολαβικό κέρδος για τον οικονομικό φορέα, αλλά αντιθέτως προκύπτει ζημία και συνεπώς τίθεται σε κίνδυνο η καλή εκτέλεση της σύμβασης που θα συναφθεί και η εκπλήρωση των υποχρεώσεων του οικονομικού φορέα στους τομείς του εργατικού δικαίου».

4. Με την πρώτη προσβαλλόμενη απόφαση εγκρίθηκε το πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού σχετικά με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης και κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην Οι προσβαλλόμενες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής κοινοποιήθηκαν στους οικονομικούς φορείς στις 29/5/2023.

5. Η προκείμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε ΕΑΔΗΣΥ νόμιμα επιλαμβάνεται του αιτήματος αναστολής – χορήγησης προσωρινών μέτρων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 366 ν. 4412/2016.

6. Σύμφωνα με το άρθρο 360 παρ. 1 ν. 4412/2016, «κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής». Περαιτέρω, το άρθρο 366 ορίζει τα εξής: «Η ΑΕΠΠ, ύστερα από αίτημα του προσφεύγοντος και μετά από κλήση της αναθέτουσας αρχής προ τριών (3)

ημερών, εκδίδει υποχρεωτικά κατόπιν συνεδρίασης συνοπτικά αιτιολογημένη απόφαση είτε αναστολής εκτέλεσης της προσβαλλόμενης πράξης είτε απόρριψης του αιτήματος περί λήψης προσωρινών μέτρων. Η ΑΕΠΠ μπορεί να εκδώσει απόφαση αναστολής της προσβαλλόμενης πράξης και αυτεπαγγέλτως. Σε κάθε περίπτωση, με την απόφαση αναστολής η ΑΕΠΠ ορίζει και τα κατάλληλα μέτρα έως ότου αποφανθεί για την προσφυγή και, πάντως, όχι πέραν της προθεσμίας που ορίζεται στην παρ. 1 του άρθρου 367 για την έκδοση της απόφασής της ... 3. Η ΑΕΠΠ μπορεί να αποφασίσει να μην χορηγηθούν τα προσωρινά μέτρα της παρ. 2, αν κρίνει ότι, ύστερα από στάθμιση όλων των συμφερόντων που ενδέχεται να ζημιωθούν, καθώς και του δημόσιου συμφέροντος, οι πιθανές αρνητικές συνέπειες από τη χορήγηση των προσωρινών μέτρων είναι περισσότερες από τα οφέλη. Η απόφαση να μη χορηγηθούν προσωρινά μέτρα δεν θίγει τις λοιπές αξιώσεις που προβάλλει το πρόσωπο που έχει ζητήσει τη χορήγηση των εν λόγω μέτρων».

7. Κατά την έννοια των προπαρατεθεισών διατάξεων του άρθρου 366 ν. 4412/2016, προϋπόθεση για την χορήγηση προσωρινών μέτρων είναι η παραδεκτή άσκηση προδικαστικής προσφυγής, δηλαδή απαιτείται, μεταξύ των λοιπών προϋποθέσεων παραδεκτού, και η συνδρομή εννόμου συμφέροντος στο πρόσωπο του προσφεύγοντος.

8. Όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου, στην προκείμενη περίπτωση η προσφεύγουσα έχει αποκλειστεί με τις προσβαλλόμενες αποφάσεις της αναθέτουσας αρχής από τον διαγωνισμό λόγω σειράς πλημμελειών της οικονομικής προσφοράς της. Με την υπόψη προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα στρέφεται κατά των προσβαλλόμενων αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, κατά το μέρος τους με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της ... και της κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, προβάλλοντας, μεταξύ άλλων, παραβίαση της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης. Ειδικότερα, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι η ... είναι αποκλειστέα, διότι: α) δεν προσκόμισε ισχύον πιστοποιητικό ISO 27001:2013 στα δικαιολογητικά κατακύρωσης, β) δεν προσκόμισε με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης μία από τις απαιτούμενες ένορκες βεβαιώσεις, και γ) η οικονομική της προσφορά δεν είναι νόμιμη λόγω λανθασμένου υπολογισμού του συνόλου των ημερομισθίων αντικατάστασης άδειας (γραμμή 4), λανθασμένου υπολογισμού κόστους άδειας αντικαταστάτη, λανθασμένου

υπολογισμού ημερών έργου, λανθασμένου υπολογισμού ανάλυσης προσαυξήσεων, λανθασμένης ανάλυσης του τρόπου υπολογισμού της μηνιαίας πρόβλεψης της δαπάνης μισθοδοσίας κατ' άτομο.

9. Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα δεν στράφηκε κατά των κεφαλαίων των προσβαλλόμενων αποφάσεων που αφορούν στην απόρριψη της προσφοράς της. Επομένως, η προσφεύγουσα πιθανολογείται ως οριστικά αποκλεισθείσα από τον διαγωνισμό και, ως εκ τούτου, στερείται κατ' αρχήν εννόμου συμφέροντος να προβάλει λόγους αποκλεισμού άλλων διαγωνιζομένων οικονομικών φορέων, και συγκεκριμένα της αναδόχου της σύμβασης (ΣτΕ 1646/2022, σκ. 31 - 32, ΔΕφΑθ 739/2023, 1879/2022, 1144/2022 κ.α.).

10. Ωστόσο, ο προβαλλόμενος λόγος της προδικαστικής προσφυγής περί παραβίασης της αρχής του ίσου μέτρου κρίσης δεν πιθανολογείται ότι είναι πρόδηλα απαράδεκτος ή πρόδηλα αβάσιμος, όσον αφορά συγκεκριμένα στους ισχυρισμούς σχετικά με τις πλημμέλειες της οικονομικής προσφοράς της Και τούτο, διότι, για την εξέτασή του πρέπει, κατ' αρχάς, να διακριβωθεί εάν οι επιμέρους ισχυρισμοί της προσφεύγουσας αφορούν στις ίδιες ακριβώς πλημμέλειες των δύο οικονομικών προσφορών ή ανάγονται σε διαφορετικά ζητήματα και, στην περίπτωση που διαπιστωθεί πλήρης ταύτιση των τιθέμενων ζητημάτων, να διερευνηθούν οι προβαλλόμενες πλημμέλειες (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 42/2020, σκ. 13, 274/2012, σκ. 12, ΔΕφΑθ 1143/2019, σκ. 19, ΔΕφΠειρ 64/2019 κ.α.). Από δε το παραδεκτό του επίμαχου λόγου της προδικαστικής προσφυγής εξαρτάται και η συνδρομή του έννομου συμφέροντος της προσφεύγουσας που θα μπορούσε να διατηρείται ως δικαίωμα προσδοκίας ματαίωσης του διαγωνισμού και επαναπροκήρυξης αυτού (πρβλ. ΔΕΕ απόφαση της 11.5.2017 στην υπόθεση C-131/16, Archus και Gama, ΣτΕ 2514/2022 σκ. 24, 1646/2022 σκ. 17, 2409/2021 σκ. 8, 1194/2021 σκ. 13, Ολομ. 1819/2020 σκ. 31).

11. Όμως, για την οριστική κρίση αφενός, για το παραδεκτό και αφετέρου, για το βάσιμο του επίμαχου λόγου της προδικαστικής προσφυγής απαιτείται ενδελεχής έρευνα και εκτίμηση των στοιχείων του φακέλου του διαγωνισμού στη βάση των οικείων όρων της Διακήρυξης και της ισχύουσας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας, οι οποίες δεν μπορούν να ολοκληρωθούν στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας, ιδίως ενόψει των στενών χρονικών ορίων που

Αριθμός απόφασης: Α623/2023

προβλέπονται για την έκδοση απόφασης (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9/2015, 10/2015, 20/2015, 3520/15, 41/2015, 46/2015 κ.α.). Κατά συνέπεια, η προδικαστική προσφυγή δεν πιθανολογείται ότι είναι πρόδηλα απαράδεκτη ή πρόδηλα αβάσιμη στο σύνολό της, απορριπτομένων των αντίθετων ισχυρισμών της αναθέτουσας αρχής που προβάλλονται με τις απόψεις επί του αιτήματος αναστολής.

12. Σε κάθε περίπτωση, ενόψει του σταδίου της διαγωνιστικής διαδικασίας, κατά το οποίο το αποτέλεσμα του διαγωνισμού έχει κατακυρωθεί για τα τμήματα που αποτελούν αντικείμενο της προδικαστικής προσφυγής, το αίτημα αναστολής της προσφεύγουσας είναι άνευ αντικειμένου, διότι η προδικαστική προσφυγή αναστέλλει την υπογραφή της σύμβασης, σύμφωνα με το άρθρο 364 παρ. 1 ν. 4412/2016.

13. Επειδή, για τον παραπάνω λόγο, το αίτημα χορήγησης αναστολής - προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει το αίτημα της προσφεύγουσας για αναστολή της προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας και χορήγηση προσωρινών μέτρων.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 19 Ιουνίου 2023 και εκδόθηκε στις 20 Ιουνίου 2023, στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ-ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΧΑΛΚΙΑΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ-ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ