

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 14 Ιανουαρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη, Μέλος και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλος και Εισηγητής, δυνάμει της με αριθμό 1887/2019 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου

Για να εξετάσει την Προδικαστική Προσφυγή του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1508/09-12-2019 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στη, νομίμως εκπροσωπούμενης

Κατά του Γενικού Νοσοκομείου, που εδρεύει στη, στο, νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί η από 11-11-2019 με αριθμό .../..... διακήρυξη διαγωνισμού του καθ' ου νοσοκομείου για την ανάδειξη αναδόχου της υπηρεσίας «Σίτιση Ασθενών & Εφημερευόντων Ιατρών του Γ.Ν.» για ένα (1) έτος, με δικαίωμα προαίρεσης για επιπλέον δύο (2) έτη, άλλως να ακυρωθούν οι υπό τους αριθμούς 2.2.5, 6.2, 3.1.2.β, 3.1.2.δ όροι αυτής.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή Νικόλαο Σαββίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό, ποσού 2.430,00€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, το οποίο νομίμως υπολογίζεται επί της προϋπολογισθείσας

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

δαπάνης παροχής της υπηρεσίας για ένα έτος μόνον, χωρίς να συνυπολογίζεται το δικαίωμα προαίρεσης της αναθέτουσας αρχής για παράταση της διάρκειας της αρχικής σύμβασης, δεδομένου ότι η προϋπολογισθείσα αξία της υπηρεσίας, στην οποία με βεβαιότητα κατατείνει η διαγωνιστική διαδικασία, ανέρχεται στο ύψος του προϋπολογισμού για την ετήσια διάρκεια μόνον. Το καταβληθέν ποσό παραβόλου μάλιστα υπερβαίνει το προβλεπόμενο αναλογικό ποσοστό (0,5%) επί της ως άνω προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης κατά το ποσό των 10,65€, το οποίο (υπερβάλλον ποσό) και καταβλήθηκε αχρεώστητα.

2. Επειδή, το Γενικό Νοσοκομείο (εφεξής «αναθέτουσα αρχή» ή «νοσοκομείο») με την από 11-11-2019 με αριθμό .../..... διακήρυξη του που αναρτήθηκε στις 13-11-2019 στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) με ΑΔΑΜ, προκήρυξε ανοιχτό διεθνή ηλεκτρονικό διαγωνισμό, με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά μόνο βάσει τιμής για την ανάδειξη αναδόχου για την υπηρεσία με τίτλο «Σίτιση Ασθενών & Εφημερευόντων Ιατρών του Γ.Ν.», για ένα (1) έτος, προϋπολογισθείσας δαπάνης 483.870,96€ πλέον ΦΠΑ, με δικαίωμα προαίρεσης για επιπλέον δύο (2) έτη, συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.451.612,90€ πλέον ΦΠΑ (εφεξής «προσβαλλόμενη διακήρυξη»). Ο διαγωνισμός διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (ΕΣΗΔΗΣ), υπό το συστημικό αριθμό Τα γεύματα και συμπληρώματα του μενού των σιτιζομένων, εξάλλου, τα είδη φαγητού, οι ποσότητες και οι τεχνικές προδιαγραφές αυτών, καθώς και το σύνολο των υποχρεώσεων του αναδόχου περιγράφονται αναλυτικά στα Παραρτήματα I και II της διακήρυξης. Κατά όρων της επίμαχης διακήρυξης στις 07-12-2019 η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προσφυγή της, κατά τα διαλαμβανόμενα σε αυτήν και με τα ειδικά αιτήματά της. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, ορίστηκε αρχικά η 16η-12ου-2019 και ώρα 23:59:00 και ημερομηνία αποσφράγισής τους η 19η-12ου-2019 και ώρα 11:00. Με τη με αριθμό .../...../13-12-2019 Απόφαση του Διοικητή του νοσοκομείου, όμως, η

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

πρόοδος του διαγωνισμού ανεστάλη, συνεπώς ανεστάλη η ισχύς και των ως άνω ημερομηνιών υποβολής και αποσφράγισης προσφορών σε αυτόν, μέχρις έκδοσης απόφασης επί της προσφυγής από την ΑΕΠΠ.

3. Επειδή, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσίες), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου και του δικαιώματος προαίρεσης χωρίς ΦΠΑ (1.451.612,90€), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής ως νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου που εποπτεύεται από το Υπουργείο Υγείας και δεν ανήκει στην Κεντρική Κυβέρνηση, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, συναφώς υπάγεται και στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, εν όψει και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ημερομηνία αποστολής προκήρυξης της επίμαχης σύμβασης για δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης η 05/11/2019), η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η κρινόμενη προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, από τα αναρτημένα στοιχεία στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού (ΕΣΗΔΗΣ α/α) προκύπτει ότι η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώς, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. γ' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. γ' του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα I του π.δ. 39/2017.

5. Επειδή, εξάλλου, η προσφεύγουσα, ισχυρίζεται ότι αν και δραστηριοποιείται επί πολλά έτη στην παροχή υπηρεσιών σίτισης σε νομικά πρόσωπα δημοσίου και ιδιωτικού δικαίου και ιδιώτες, μεταξύ των οποίων και η αναθέτουσα αρχή, δραστηριότητα για την οποία και προσάγει με την προσφυγή της αριθμό σχετικών συμβάσεων που έχει εκτελέσει κατά το παρελθόν, επιπλέον ότι συμμετέχει σε σχετικούς δημόσιους διαγωνισμούς που προκηρύσσονται κατά καιρούς από αναθέτουσες αρχές, και ότι μολονότι ενδιαφέρεται να συμμετάσχει και στον επίμαχο, εντούτοις μη νόμιμοι κατά

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

τους ισχυρισμούς της όροι της διακήρυξης δυσχεραίνουν ή αποκλείουν τη συμμετοχή της σε αυτόν. Συνακόλουθα, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει κατά της επίμαχης διακήρυξης. Το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας, ωστόσο, κατά την έννοια που γίνεται δεκτό ότι έχει, επιβάλλεται να είναι άμεσο και ενεστώς, επί κάθε μίας ιστορούμενης πλημμέλειας της διακήρυξης, στα πλαίσια της ελεγχόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, επομένως πρέπει να ελέγχεται και κατά την εξέταση εκάστου κατ' ιδίαν λόγου της κρινόμενης προσφυγής.

6. Επειδή, συγκεκριμένα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται τα εξής: α) Ο όρος 2.2.5 της διακήρυξης περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό, κατά το μέρος που απαιτεί, επί ποινή απόρριψης, το ύψος των ιδίων κεφαλαίων και του κυκλοφορούντος ενεργητικού των υποψηφίων να είναι ίσο ή μεγαλύτερο του ενός ($=>1$) και των καθαρών τους αποτελεσμάτων προ φόρων ίσο ή μεγαλύτερο του μηδενός ($=>0$), θέτει αυτομάτως εκτός συμμετοχής μεγάλο αριθμό μικρομεσαίων επιχειρήσεων, οι οποίες καίτοι είναι βιώσιμες και λειτουργικές, επειδή επί παραδείγματι έχουν προβεί σε επενδύσεις και επέκταση έχοντας λάβει δανεισμό για το σκοπό αυτό, όπως η ίδια, η σχέση κεφαλαίων τους προς υποχρεώσεις μπορεί να είναι αρνητική. Η ανωτέρω πρόβλεψη πλήρωσης της χρηματοοικονομικής επάρκειας, εξάλλου, δυσχεραίνει τη συμμετοχή των υποψηφίων, παρά τις αντίθετες σχετικές προβλέψεις στις διατάξεις του άρθρου 80 του ν. 4412/2016 και του παραρτήματος στο οποίο αυτές παραπέμπουν, αντίκειται όμως και στις διατάξεις του άρθρου 75 του ίδιου νόμου, που προβλέπει τη λήψη υπόψη των επίμαχων χρηματοοικονομικών δεικτών με συνεκτίμηση, όμως με τα λοιπά στοιχεία που στην παρ. 3 του ως άνω άρθρου αναφέρονται. β) Η διάρκεια της προαίρεσης (παράτασης) της σύμβασης για δύο (2) έτη σε σχέση με την αρχική συμβατική διάρκεια του ενός (1) έτους, σύμφωνα με τον όρο 6.2 της διακήρυξης δεν αιτιολογείται, είναι δυσανάλογη της αρχικής συμβατικής διάρκειας, πλήττει τον ελεύθερο ανταγωνισμό, υπερβαίνει το ανώτατο επιτρεπόμενο όριο του άρθρου 132 του ν. 4412/2016, επιπλέον, η σχετική διατύπωση του βαλλόμενου όρου είναι και

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

ασαφής, διότι δεν προκύπτει αν το δικαίωμα για διετή παράταση της αρχικής σύμβασης θα ασκηθεί άπαξ για δύο (2) χρόνια ή με ενιαύσια διάρκεια κάθε φορά. γ) Η διατύπωση, τέλος, του όρου 1.3 της διακήρυξης περί ανάθεσης της σύμβασης με κριτήριο αποκλειστικά τη χαμηλότερη τιμή, η οποία επαναλαμβάνεται και στον όρο 2.3.1, προκαλεί σύγχυση με αυτήν που διατυπώνεται στον όρο 3.1.2.β της διακήρυξης, σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών, κατά την οποία οι τεχνικές προσφορές των συμμετεχόντων προβλέπεται να βαθμολογηθούν. Τη σύγχυση σχετικά με το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης, μάλιστα, επιτείνει και η διατύπωση του όρου 3.1.2.δ, περί ισοδύναμων προσφορών, η οποία αντίθετα με τις προβλέψεις των διατάξεων της παρ. 1 του άρθρου 90 του ν. 4412/2016 και μολονότι κριτήριο ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης ορίζεται αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή, αναφέρεται σε ισοδύναμες προσφορές με βάση τη συνολική βαθμολογία και ανάθεση της σύμβασης στον συμμετέχοντα με τη μεγαλύτερη βαθμολογία τεχνικής του προσφοράς. Και υπό την εκδοχή, εξάλλου, ότι επιδίωξη της αναθέτουσας αρχής ήταν τα δύο κριτήρια, η χαμηλότερη τιμή και η καλύτερη τεχνική προσφορά να συνδυαστούν, η διακήρυξη είναι ακυρωτέα, διότι σε αυτήν δεν προβλέπονται τα κριτήρια βαθμολόγησης της τεχνικής προσφοράς, η βαρύτητά τους και η ποσόστωση της βαρύτητας στην τελική βαθμολογία των προσφορών.

7. Επειδή, εξάλλου, με το από 13-01-2020 με αριθμό Β/913 έγγραφο του Διοικητή του, το νοσοκομείο παραθέτει τις απόψεις του. Σε αυτές, με τις οποίες άλλωστε συμπληρώνει επιτρεπτως την αιτιολογία των προσβαλλόμενων όρων της διακήρυξης, κατά την έννοια των διατάξεων της παραγράφου 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει, ισχυρίζεται τα εξής: Α) Η απαίτηση τα ίδια κεφάλαια μιας εταιρείας να είναι ίσα ή μεγαλύτερα του ενός (1) δείχνει την οικονομική αυτάρκεια μιας επιχείρησης, η απαίτηση δε το κυκλοφορούν ενεργητικό της να είναι ομοίως ίσο ή μεγαλύτερο του ενός δείχνει την δυνατότητά της να καλύψει τις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις της με στοιχεία του κυκλοφορούντος ενεργητικού, τέλος η απαίτηση τα καθαρά αποτελέσματα χρήσεως προφύρων να είναι ίσα ή μεγαλύτερα του μηδενός απεικονίζει την αποδοτικότητα

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

των ιδίων κεφαλαίων της εταιρείας. Οι εν λόγω όροι συνεπώς, που τέθηκαν μετά από σύσταση των ορκωτών λογιστών του νοσοκομείου, δεν καθορίζουν το οικονομικό μέγεθος μιας εταιρείας (μεγάλη-μικρομεσαία-μικρή), αλλά την επάρκεια της. Η χρησιμοποίηση των εν λόγω δεικτών, άλλωστε, κρίθηκε αναγκαία διότι, εάν έμπαινε το όριο του κύκλου εργασίας (διπλάσιο της σύμβασης) θα κάλυπτε τη σύμβαση σύμφωνα με το νόμο αλλά θα περιόριζε το μέγεθος μίας εταιρείας που θα λάμβανε μέρος, και δε θα κάλυπτε την επιπλέον συνεργασία με την ανάδοχο εταιρεία της εκμετάλλευσης εστιατορίου καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης. Β) Το δικαίωμα προαίρεσης, εξάλλου, δύο (2) ετών τέθηκε λόγω της εκμετάλλευσης εστιατορίου από τον αναδειχθέντα ανάδοχο καθ' όλη τη διάρκεια της σύμβασης. Η προαίρεση, εξάλλου, η άσκηση της οποίας είναι μονομερές δικαίωμα της Αναθέτουσας Αρχής τίθεται στη διακήρυξη προκειμένου να αποτυπωθεί στον ανταγωνισμό που θα αναπτυχθεί στο διαγωνισμό. Γ) Όσον αφορά, τέλος, τις παραγράφους 3.1.2β και 3.1.2δ για την αξιολόγηση των προσφορών, εκ παραδρομής τέθηκαν οι αναφορές περί βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών, δοθέντος ότι ο διαγωνισμός έχει μοναδικό κριτήριο τη χαμηλότερη τιμή.

8. Επειδή, σχετικά με τον πρώτο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, στο ν. 4412/2016, που μετέφερε τις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ στο εθνικό δίκαιο και διέπει τον διαγωνισμό, προβλέπονται μεταξύ άλλων τα εξής: στο άρθρο 18 υπό τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» (άρθρο 18 της Οδηγίας), μεταξύ άλλων, ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης», στο άρθρο 75, με τίτλο «Κριτήρια Επιλογής» (άρθρο 58 της Οδηγίας), ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν ... 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341. Η αναλογία, ενδεικτικά, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού μπορεί να λαμβάνεται υπόψη όταν η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής στα έγγραφα της σύμβασης. Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων. Όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το παρόν άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

επιμέρους τμήμα. Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καθορίζει τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών που πρέπει να έχουν οι οικονομικοί φορείς ανά ομάδες τμημάτων, αν ανατεθούν στον ανάδοχο περισσότερα τμήματα που πρέπει να εκτελεστούν ταυτοχρόνως. Εάν οι συμβάσεις βάσει συμφωνίας-πλαίσιο πρόκειται να ανατεθούν μετά από προκήρυξη νέου διαγωνισμού, η μέγιστη απαίτηση ετήσιου κύκλου εργασιών που αναφέρεται στο πέμπτο εδάφιο της παρούσας παραγράφου υπολογίζεται βάσει του αναμενόμενου μέγιστου μεγέθους των συγκεκριμένων συμβάσεων που θα εκτελεστούν ταυτοχρόνως ή, εάν αυτό δεν είναι γνωστό, βάσει της εκτιμώμενης αξίας της συμφωνίας - πλαίσιο. Στην περίπτωση δυναμικών συστημάτων αγορών, η μέγιστη απαίτηση ετήσιου κύκλου εργασιών που αναφέρεται στο πέμπτο εδάφιο υπολογίζεται βάσει του αναμενόμενου μέγιστου μεγέθους των συγκεκριμένων συμβάσεων που πρόκειται να ανατεθούν στο πλαίσιο του εν λόγω συστήματος.

4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν ...» και στο άρθρο 80, (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), μεταξύ άλλων, ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. ... [...] 4. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α'. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο. 5. Η τεχνική ικανότητα [...] 9. Τα αποδεικτικά έγγραφα του παρόντος άρθρου και του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', μπορεί να εξειδικεύονται στις στα πρότυπα έγγραφα σύμβασης που εκδίδει η Αρχή, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 53 ...».

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

9. Επειδή, όπως έχει κριθεί (πρβλ. ΑΕΠΠ 528/2018 κ.α.) από τις προπαρατεθείσες διατάξεις που συνιστούν εναρμόνιση του εθνικού δικαίου με τις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας αυτής, συνάγεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την «καταλληλότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων και τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αλλά και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε προσφέρων / αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής. Για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13 - απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς πάντως αδικαιολόγητα να μπορεί να περιορίζεται ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, όπως περιγράφεται και στον «Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 17- απόφαση 181/2016 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων).

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

Στο πεδίο 4 του εν λόγω Κώδικα στον αριθμό 4.1 με τίτλο «Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής» διευκρινίζεται ότι οι οδηγίες της ΕΚ για τις δημόσιες συμβάσεις επαναδιακηρύσσουν ρητά τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σύμφωνα με την οποία τα κριτήρια χρηματοοικονομικών και οικονομικών δυνατοτήτων και τεχνικών ικανοτήτων πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Επιπλέον, τα κριτήρια επιλογής δεν πρέπει να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο που να περιορίζουν το πεδίο του ανταγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας. Για παράδειγμα, η απαίτηση ότι θα ληφθεί υπόψη μόνον η πείρα που έχει αποκτηθεί σε συναλλαγές με τον δημόσιο τομέα είναι, αφ' εαυτής, άνευ σημασίας και περιορίζει τον ανταγωνισμό. Το Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/16 απαριθμεί εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων, επομένως καθιερώνει ένα κλειστό σύστημα περιορίζοντας τους τρόπους αξιολόγησης και ελέγχου που διαθέτουν οι ως άνω αρχές. Αυτό δεν σημαίνει, πάντως, ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να απαιτούν πιο εξειδικευμένα τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται στα άρθρα αυτά. Σε κάθε περίπτωση, οι απαιτήσεις τόσο των κριτηρίων όσο και των αποδεικτικών μέσων αυτών κρίνονται με βάση την αρχή της αναλογικότητας. Επίσης, είναι σαφές ότι όλες οι πληροφορίες πρέπει να συνδέονται με τα στοιχεία και τα κριτήρια που απαριθμούνται στα σχετικά άρθρα της Οδηγίας. Και στις δύο περιπτώσεις, οι πληροφορίες που ζητούνται πρέπει να είναι συνδεδεμένες και ανάλογες προς το αντικείμενο της σύμβασης. Με άλλα λόγια, σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα, δηλαδή να είναι πρόσφορες και το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη οικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό.

10. Επειδή, στην προκειμένη περίπτωση, η διακήρυξη, στο υπό τον τίτλο «Δικαίωμα Συμμετοχής – Κριτήρια ποιοτικής επιλογής» άρθρο με αριθμό 2.2 προβλέπει μεταξύ άλλων τα εξής: «...2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς θα προσκομίσουν αντίγραφο του ισολογισμού της επιχείρησης των δύο τελευταίων ετών. Θα ληφθούν υπόψιν οι παρακάτω δείκτες επί ποιινή απόρριψης: 1ος Δείκτης: Ίδια κεφάλαια / Σύνολο υποχρεώσεων = > 1. 2ος Δείκτης: Κυκλοφορούν ενεργητικό / Βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις = > 1. 3ος Δείκτης: Καθαρά αποτελέσματα χρήσεως προ φόρων / Ίδια κεφάλαια = > 0 • Τα αποτελέσματα των δεικτών και το ύψος των ιδίων κεφαλαίων για ένωση εταιρειών, υπολογίζεται στο σύνολο των οικονομικών καταστάσεων της ένωσης. • Για όλους τους συμμετέχοντες, τα όρια των δεικτών αφορούν τον μέσο όρο των τελευταίων δύο (2) ετών.». Η επιλογή στοιχείων των ισολογισμών των διαγωνιζομένων των δύο τελευταίων ετών με σαφή προσδιορισμό της μεθόδου και των κριτηρίων συνεκτίμησης της αναλογίας τους, προβλέπεται ρητά ως ένας από τους τρόπους ελέγχου και απόδειξης της χρηματοοικονομικής επάρκειας, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016 (πρβλ. σκ. 8 της παρούσας), αβάσιμα δε υποστηρίζεται ότι μόνον με συνεκτίμηση και άλλων κριτηρίων και στοιχείων μπορεί να λαμβάνονται υπόψη. Η επιλογή, μάλιστα, περισσότερων του ενός δεικτών των οικονομικών στοιχείων των διαγωνιζόμενων φαίνεται να παρέχει περισσότερες από μία αντικειμενικές ενδείξεις ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης, από την επιλογή ενός μόνον δείκτη, όπως λόγου χάρη μόνον της κερδοφορίας ή μόνον της σχέσης ιδίων κεφαλαίων με τις υποχρεώσεις τους (πρβλ. ΑΕΠΠ 1218/2019). Και τούτο διότι, όπως η ίδια η αναθέτουσα αρχή συνομολογεί αρκεί τα ίδια κεφάλαια μιας επιχείρησης να είναι ίσα ή

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

μεγαλύτερα του συνόλου των υποχρεώσεών της, ώστε να καταδεικνύεται η οικονομική της αυτάρκεια, όπως αρκεί το κυκλοφορούν ενεργητικό της να είναι ομοίως ίσο ή μεγαλύτερο των βραχυπρόθεσμων υποχρεώσεών της, ώστε να φαίνεται η δυνατότητά της να καλύψει τις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις της με στοιχεία του κυκλοφορούντος ενεργητικού, τέλος αρκεί τα καθαρά αποτελέσματα χρήσεως προ φόρων να είναι ίσα ή μεγαλύτερα του μηδενός, ώστε να απεικονίζεται ότι μια εταιρεία που δεν είναι κατά βάση ζημιογόνα. Η απαίτηση, όμως, κάθε προσφέρων να καλύπτει τους πιο πάνω δείκτες σωρευτικά, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη φαίνεται δυσανάλογη σε σχέση με την προϋπολογισθείσα δαπάνη της σύμβασης (483.870,96€ πλέον ΦΠΑ), και μη προσαρμοσμένη στο αντικείμενό της και τις απαιτήσεις και υποχρεώσεις που πρέπει να πληροί ο ανάδοχος. Τούτο δε, διότι ούτε από τα έγγραφα της σύμβασης, ούτε και τις απόψεις της αναθέτουσας αρχή προκύπτει ότι απαιτείται τέτοια χρηματοοικονομική επάρκεια για την εκτέλεση της σύμβασης, ώστε, να μην συγχωρείται ο υποψήφιος που κατά τα άλλα είναι «αυτάρκης» αλλά δεν έχει καταγράψει κέρδη κατά την τελευταία διετία ή που η σχέση ιδίων κεφαλαίων του έναντι των υποχρεώσεών του είναι θετική, όμως λόγω πρόσκαιρης πτώσης των πωλήσεών του δεν κάλυψε όλες τις βραχυπρόθεσμες υποχρεώσεις του από το κυκλοφορούν ενεργητικό. Δοθέντος, άλλωστε, ότι παρά τις διατάξεις του υπό τον τίτλο «Αποδεικτικά μέσα» άρθρου 2.2.9.2 Β.3 της διακήρυξης, επειδή η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια μόνον με ισολογισμούς ή αντίστοιχα έγγραφα μπορεί να αποδεικνύεται, οι εν λόγω απαιτήσεις περιορίζουν χωρίς αποχρώντα λόγο τον ανταγωνισμό. Τούτων δοθέντων οι προσβαλλόμενοι όροι του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης κατά το μέρος που απαιτείται κάθε προσφέρων να καλύπτει τους στον επίμαχο όρο δείκτες του ισολογισμού τους σωρευτικά και όχι διαζευκτικά είναι μη νόμιμοι. Συνακόλουθα, ο πρώτος λόγος της κρινόμενης προσφυγής είναι βάσιμος και πρέπει να γίνει δεκτός.

11. Επειδή, εξάλλου, ως προς τον δεύτερο λόγο της κρινόμενης προσφυγής, στο άρθρο 132 του ν. 4412/2016 περί τροποποίησης συμβάσεων κατά τη διάρκειά τους (άρθρο 72 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ), που έχει

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

εφαρμογή εν προκειμένω ορίζονται τα εξής: «1. Οι συμβάσεις και οι συμφωνίες-πλαίσιο μπορούν να τροποποιούνται χωρίς νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης σε οποιαδήποτε από τις ακόλουθες περιπτώσεις: α) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της χρηματικής αξίας τους, προβλέπονται σε σαφείς, ακριβείς και ρητές ρήτρες αναθεώρησης στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης στις οποίες μπορεί να περιλαμβάνονται και ρήτρες αναθεώρησης τιμών ή προαιρέσεις. Οι ρήτρες αυτές αναφέρουν το αντικείμενο και τη φύση των ενδεχόμενων τροποποιήσεων ή προαιρέσεων, καθώς και τους όρους υπό τους οποίους μπορούν να ενεργοποιηθούν. Δεν προβλέπουν τροποποιήσεις ή προαιρέσεις που ενδέχεται να μεταβάλουν τη συνολική φύση της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο ... β) για τα συμπληρωματικά έργα, υπηρεσίες ή αγαθά από τον αρχικό ανάδοχο, τα οποία κατέστησαν αναγκαία και δεν περιλαμβάνονταν στην αρχική σύμβαση, ... γ) όταν πληρούνται σωρευτικά οι ακόλουθες προϋποθέσεις: αα) η ανάγκη τροποποίησης προέκυψε λόγω περιστάσεων που δεν ήταν δυνατόν να προβλεφθούν από μια επιμελή αναθέτουσα αρχή, βγ) η τροποποίηση δεν μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης, γγ) οποιαδήποτε αύξηση της τιμής δεν υπερβαίνει το 50% της αξίας της αρχικής σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο. ... ε) όταν οι τροποποιήσεις, ανεξαρτήτως της αξίας τους, δεν είναι ουσιώδεις κατά την έννοια της παρ. 4. 2. [...], [3...] 4. Η τροποποίηση σύμβασης ή συμφωνίας-πλαίσιο κατά τη διάρκειά της θεωρείται ουσιώδης κατά την έννοια της περίπτωσης ε΄ της παρ. 1, εφόσον καθιστά τη σύμβαση ή τη συμφωνία-πλαίσιο ουσιωδώς διαφορετική, ως προς τον χαρακτήρα, από την αρχικώς συναφθείσα. Σε κάθε περίπτωση, με την επιφύλαξη των παραγράφων 1 και 2, μία τροποποίηση θεωρείται ουσιώδης όταν πληροί μία ή περισσότερες από τις ακόλουθες προϋποθέσεις: α) η τροποποίηση εισάγει όρους οι οποίοι, εάν είχαν αποτελέσει μέρος της αρχικής διαδικασίας σύναψης σύμβασης, θα είχαν επιτρέψει τη συμμετοχή διαφορετικών υποψηφίων από αυτούς που επιλέχθηκαν αρχικώς ή στην αποδοχή άλλης προσφοράς από εκείνη που επελέγη αρχικώς ή θα προσέλκυαν και άλλους συμμετέχοντες στη διαδικασία σύναψης σύμβασης, β) η τροποποίηση αλλάζει την οικονομική ισορροπία της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο υπέρ του αναδόχου, κατά τρόπο που δεν προβλεπόταν στην αρχική σύμβαση

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

ή συμφωνία-πλαίσιο, γ) η τροποποίηση επεκτείνει σημαντικά το αντικείμενο της σύμβασης ή της συμφωνίας-πλαίσιο, δ) όταν νέος ανάδοχος υποκαθιστά εκείνον στον οποίο είχε ανατεθεί αρχικώς η σύμβαση σε περιπτώσεις διαφορετικές από τις προβλεπόμενες στην περίπτωση δ' της παραγράφου 1.».

12. Επειδή, από την γραμματική διατύπωση των ανωτέρω διατάξεων έχει κριθεί (πρβλ. ΑΕΠΠ 452/2018) ότι συνάγεται ότι στα έγγραφα της σύμβασης μπορεί να προβλέπεται δικαίωμα προαίρεσης, ανεξάρτητα από την χρηματική του αξία και χωρίς μέγιστη επιτρεπόμενη διάρκεια, αρκεί ως τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, στα αρχικά έγγραφα της σύμβασης να προβλέπεται με σαφήνεια και ακρίβεια το αντικείμενο του δικαιώματος προαίρεσης, ο χρόνος και οι όροι ενεργοποίησής του και να μην μεταβάλλεται η συνολική φύση της σύμβασης. Ακόμα και όταν πράγματι μεταβάλλεται η συνολική φύση της, όμως, η τροποποίηση της αρχικής σύμβασης, αρκεί να μην είναι ουσιώδης. Συνακόλουθα, ούτε η «υπερβολική διάρκεια», ούτε άλλωστε η «υπερβολική χρηματική αξία» του δικαιώματος προαίρεσης, ήτοι του χρονικού διαστήματος των δύο (2) ετών, το οποίο, στο προσβαλλόμενο υπό τον αριθμό 6.2.1 άρθρο της διακήρυξης, επιπλέον της αρχικής χρονικής διάρκειας της υπηρεσίας του ενός (1) έτους, δύναται συμπληρωματικώς να αναθέσει η αναθέτουσα αρχή στον ανάδοχο, συνιστούν *per se* προϋποθέσεις για μη νόμιμη καθιέρωση δικαιώματος προαίρεσης, ούτε η διάρκειά του χρειάζεται ειδική αιτιολόγηση, ούτε προσβάλλει άνευ ετέρου τις αρχές του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού, δημιουργώντας αδικαιολόγητα τεχνητά εμπόδια («κλείσιμο» της αγοράς) στον ανταγωνισμό. Υπό το πρίσμα αυτό, έχει κριθεί ότι «... δικαίωμα προαίρεσης, το οποίο μεταβάλλει το είδος της αρχικής σύμβασης (πχ. από σύμβαση προμηθειών σε σύμβαση υπηρεσιών ή έργων ή σε σύμβαση παραχώρησης) θεωρείται μη επιτρεπτή ρήτρα, η οποία μεταβάλλει τη συνολική φύση της σύμβασης και, κατά συνέπεια, η αναθέτουσα αρχή, στην περίπτωση αυτή, οφείλει να προβεί σε νέα διαδικασία σύναψης σύμβασης» (βλ. ΕΑΔΗΣΣΥ, Κατευθυντήρια Οδηγία 22), ενώ στην προκειμένη περίπτωση η αύξηση της διάρκειας της αρχικής σύμβασης ακόμη και κατά χρονικό διάστημα πλέον του διπλασίου της

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

αρχικής, με τις ίδιες προδιαγραφές και προϋποθέσεις, δεν μεταβάλλει τη φύση της αρχικής σύμβασης, επιπλέον ότι «... ως προς την αξία των ρητρών αναθεώρησης και των δικαιωμάτων προαίρεσης, δεν τίθεται ρητά περιορισμός από τις σχετικές διατάξεις τόσο του εθνικού όσο και του ενωσιακού δικαίου, και, κατά συνέπεια, ρήτρες αναθεώρησης ή δικαιώματα προαίρεσης αξίας ακόμη και μεγαλύτερης από την αξία της αρχικής σύμβασης, εφόσον σωρευτικά πληρούν όλες τις προαναφερόμενες προϋποθέσεις, αποτελούν καταρχάς επιτρεπτές ρήτρες αναθεώρησης και κατ' επέκταση επιτρεπτές τροποποιήσεις, για τις οποίες η αναθέτουσα αρχή νόμιμα προσφεύγει στον ανάδοχο της αρχικής σύμβασης, χωρίς να απαιτείται να προβεί σε νέα διαδικασία.» (ΕΑΔΗΣΣΥ, ό.π.). Τ' αντίθετα δε υποστηριζόμενα από την προσφεύγουσα είναι αβάσιμα. Προβάλλονται δε και άνευ εννόμου συμφέροντος. Και τούτο διότι καμία συγκεκριμένη βλάβη ως προς την υποβολή προσφοράς από μέρους της δεν επικαλείται η προσφεύγουσα, εξαιτίας της διάρκειας ή του τρόπου άσκησης του δικαιώματος προαίρεσης της ελεγχόμενης σύμβασης από την αναθέτουσα αρχή, ούτε βεβαίως αρκεί η εντελώς αόριστη και αναπόδεικτη αναφορά ότι η πρόβλεψη περί προαίρεσης σε συνδυασμό με τους όρους περί χρηματοοικονομικής επάρκειας γεννούν υποψίες περί νόθευσης του ανταγωνισμού και αποκλεισμού των πολλών και συμμετοχής ελαχίστων. Αντίθετα, έχει κριθεί ότι δεν αρκεί η γενική μνεία περί του παράνομου χαρακτήρα του προσβαλλόμενου όρου, αλλά επιβάλλεται εξειδίκευση του τρόπου με τον οποίο η παρανομία αυτού, εμποδίζει τον προσφεύγοντα να λάβει μέρος στον διαγωνισμό ή ότι δυσχέρανε ουσιαδώς την συμμετοχή του (βλ ΕΑ ΣτΕ 182/2011, 6η σκέψη, 405/2009, 7η σκέψη, 105/2011, 1145/2010, 916/2009, 574/2009, 1141/2008, 1023/2007). Το δικαίωμα προαίρεσης, εξάλλου, αιτιολογείται και από το γεγονός ότι η βαλλόμενη διακήρυξη εκδόθηκε μετ' ακύρωση προηγούμενης όμοιας που είχε εκδοθεί στο ίδιο οικονομικό έτος και για το αντικείμενο της οποίας έχουν εγκριθεί πιστώσεις για ένα (1) έτος μόνον, επιπλέον διότι ο ανάδοχος δύναται να λειτουργήσει το εστιατόριο του νοσοκομείου, πλέον της σίτισης των ιατρών και ως κατάσταση, με την καταβολή μισθώματος, περίπτωση κατά την οποία θα προβεί σε επιπλέον δαπάνη για την τροποποίηση εγκαταστάσεων και

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

πρόσθετο εξοπλισμό. Συνακόλουθα, ο δεύτερος λόγος της κρινόμενης προσφυγής είναι αβάσιμος και απορριπτέος.

13. Επειδή, αντίθετα, είναι βάσιμος ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι οι όροι 3.1.2.β της διακήρυξης, σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών, κατά την οποία οι τεχνικές προσφορές των συμμετεχόντων προβλέπεται να βαθμολογηθούν και 3.1.2.δ κατά τις αναφορές του περί ισοδύναμων προσφορών, προκαλούν αμφισημία σε σχέση με τους όρους 1.3 της διακήρυξης περί ανάθεσης της σύμβασης με κριτήριο αποκλειστικά τη χαμηλότερη τιμή, κριτήριο που επαναλαμβάνεται και στον όρο 2.3.1 της διακήρυξης. Τούτο δε διότι, καίτοι το κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίζεται πράγματι αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή, όπως συνομολογείται και από την αναθέτουσα αρχή, οι εκ παραδρομής διατυπώσεις του άρθρου 3.1.2.β «...Στη συνέχεια το αρμόδιο γνωμοδοτικό όργανο προβαίνει στην αξιολόγηση και βαθμολόγηση μόνο των τεχνικών προσφορών των προσφερόντων, ... Η αξιολόγηση και βαθμολόγηση γίνεται σύμφωνα με τους όρους της παρούσας και συντάσσεται πρακτικό για την απόρριψη όσων τεχνικών προσφορών δεν πληρούν τους όρους και τις απαιτήσεις των τεχνικών προδιαγραφών και την αποδοχή και βαθμολόγηση των τεχνικών προσφορών, με βάση τα κριτήρια αξιολόγησης του άρθρου 2.3.1 και 2.3.2 της παρούσας....» και 3.2.1.δ «...Στην περίπτωση ισοδύναμων προσφορών, δηλαδή προσφορών με την ίδια συνολική τελική βαθμολογία μεταξύ δύο ή περισσότερων προσφερόντων η ανάθεση γίνεται: στην προσφορά με την μεγαλύτερη βαθμολογία τεχνικής προσφοράς. Αν οι ισοδύναμες προσφορές έχουν την ίδια βαθμολογία τεχνικής προσφοράς, η αναθέτουσα αρχή επιλέγει τον ανάδοχο με κλήρωση μεταξύ των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν τις ισοδύναμες προσφορές ...» προκαλούν σύγχυση με αυτήν που διατυπώνεται στον όρο 2.3.1. η οποία αντίθετα με τις προβλέψεις των διατάξεων της παρ. 1 του άρθρου 90 του ν. 4412/2016 και μολονότι κριτήριο ανάθεσης της επίμαχης σύμβασης ορίζεται αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή, αναφέρεται σε ισοδύναμες προσφορές με βάση τη συνολική βαθμολογία και ανάθεση της σύμβασης στον συμμετέχοντα με τη μεγαλύτερη βαθμολογία τεχνικής του προσφοράς, με βάση τις διατάξεις της παρ. 2 του

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

ίδιου ως άνω άρθρου. Όμως έχει κριθεί ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. υπόθεση C-496/1999 CAS Succhi di Frutta SpA). Συνακόλουθα, στο βαθμό που η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της διευκρίνισε ότι κριτήριο επιλογής του αναδόχου της προκηρυχθείσας υπηρεσίας είναι αποκλειστικά η χαμηλότερη τιμή, πλην όμως την άρση της ανωτέρω αμφισημίας δεν ήρε με σχετικό έγγραφό της, κοινοποιηθέν σε όλους τους συμμετέχοντες στην επικοινωνία του ηλεκτρονικού του διαγωνισμού και αναρτηθέν στην κεντρική σελίδα αυτού όπου αναρτώνται τα έγγραφα της σύμβασης, ώστε να πληρωθούν οι διατυπώσεις δημοσιότητας προς διασφάλιση των αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, επομένως το άρθρο 3.1.2.β της διακήρυξης, σχετικά με την αξιολόγηση των προσφορών, κατά το μέρος του που περιέχει διατυπώσεις περί «βαθμολόγησης» των τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων και το άρθρο 3.1.2.δ, κατά το μέρος του που περιέχει την διατύπωση «... δηλαδή προσφορών με την ίδια συνολική τελική βαθμολογία μεταξύ δύο ή περισσότερων προσφερόντων η ανάθεση γίνεται: στην προσφορά με την μεγαλύτερη βαθμολογία τεχνικής προσφοράς. Αν οι ισοδύναμες προσφορές έχουν την ίδια βαθμολογία τεχνικής προσφοράς...», πρέπει να ακυρωθούν, του τρίτου λόγου της κρινομένης προσφυγής γενομένου δεκτού.

14. Επειδή, τέλος, ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης των υποψηφίων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τον υπολογισμό της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, όπως στην

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

ελεγχόμενη διακήρυξη, πρέπει να ακυρωθεί η διακήρυξη στο σύνολό της (πρβλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92-95). Δοθέντος ότι είναι μη νόμιμοι και ακυρωτέοι ο όρος 2.2.5 της διακήρυξης που ρυθμίζει το κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των οικονομικών φορέων επί ποινή αποκλεισμού και ο όρος 3.2.1 β και δ της διακήρυξης, που ρυθμίζει τον τρόπο αξιολόγησης των προσφορών κατά το μέρος που στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας γίνεται δεκτό ότι είναι άκυροι, η προσβαλλόμενη διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της.

15. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή.

16. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να επιστραφεί, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 5 του Ν.4412/2016 και το άρθρο 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Ακυρώνει, σύμφωνα με το σκεπτικό, την από 11-11-2019 με αριθμό .../..... και α/α ΕΣΗΔΗΣ διακήρυξη διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου για την υπηρεσία με τίτλο «Σίτιση Ασθενών & Εφημερευόντων Ιατρών του Γ.Ν.» για ένα (1) έτος, με δικαίωμα προαίρεσης για επιπλέον δύο (2) έτη, του Γενικού Νοσοκομείου Λαμίας.

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα.

Αριθμός απόφασης: 123 / 2020

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 14 Ιανουαρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 03 Φεβρουαρίου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κων/νος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμυ Ελ. Γιάννακα