

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 17-7-2023 με την εξής σύνθεση Ιωάννης Λαμπρόπουλος, Πρόεδρος, Αγγελική Πουλοπούλου, Εισηγήτρια και Βικτωρία Πισμίρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 06-06-2023 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 839/06.06.2023 του Οικονομικού φορέα με την επωνυμία «Ε... (...) Α.Ε.» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά της ... (εφεξής η «Αναθέτουσα Αρχή»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την προδικαστική προσφυγή, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της Διακήρυξης .../2023 της Αναθέτουσας Αρχής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ»).

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. πρωτ. .../2023 Διακήρυξη της Αναθέτουσας Αρχής προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την παροχή Ταχυδρομικών Υπηρεσιών για χρονικό διάστημα τριών (3) ετών, CPV για την κάλυψη αναγκών φορέων του Δημοσίου, συνολικής εκτιμώμενης αξίας 66.119.303 ευρώ χωρίς Φ.Π.Α., με το κριτήριο της πλέον συμφέρουσας από

Αριθμός Απόφασης: 1233/2023

οικονομική άποψη προσφοράς βάσει τιμής, ο οποίος αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) την 24.05.2023 με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε συστημικό αριθμό

3. Επειδή, ο ένδικος διαγωνισμός, ως εκ του αντικειμένου του και της προϋπολογισθείσας δαπάνης, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Ν. 4412/2016 (Α' 147) και η ένδικη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV αυτού, περί έννομης προστασίας κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 05-06-2023 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η διακήρυξη αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ.) την 24.05.2023. Περαιτέρω ασκείται μετ' εννόμου συμφέροντος δοθέντος ότι ο προσφεύγων έχει υποβάλει προσφορά με επιφύλαξη στο διαγωνισμό, όπως προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου.

5. Επειδή, εμπροθέσμως ,κατ' αρ. 365 παρ. ν.4412/2016, και δη την 20-06-2023 η Αναθέτουσα Αρχή ανήρτησε στην «Επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού και κοινοποίησε τις απόψεις της επί της κρινόμενης προσφυγής.

6. Επειδή, με την προσφυγή της, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο όρος της παραγράφου 2.2.5 της Διακήρυξης που αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, προβλέπει ένα «διπλό κριτήριο επιλογής», το οποίο εισάγει δυσμενή μεταχείριση των διαγωνιζομένων και στρεβλώνει τον ανταγωνισμό. Συγκεκριμένα, όσον αφορά τους οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται για χρονικό διάστημα μεγαλύτερο των τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων 2019, 2020, 2021, η Διακήρυξη απαιτεί να διαθέτουν, επί ποινή αποκλεισμού, γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών αθροιστικά μεγαλύτερο ή ίσο από το 25% της αξίας της συμφωνίας πλαίσιο συνολικά ή του κάθε τμήματος/των στα οποία συμμετέχουν. Όσον αφορά, όμως, τους οικονομικούς φορείς που δραστηριοποιούνται για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων 2019, 2020, 2021, η Διακήρυξη απαιτεί να διαθέτουν γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών, για όσες διαχειριστικές χρήσεις

Αριθμός Απόφασης: 1233/2023

δραστηριοποιούνται, αθροιστικά μεγαλύτερο ή ίσο από το 10% της αξίας του τμήματος/ων στα οποία συμμετέχουν. Υποστηρίζει δε η προσφεύγουσα ότι η βλάβη της συνίσταται στο γεγονός ότι, αν και έχει εύλογο ενδιαφέρον και προτίθεται να συμμετάσχει στον υπόψη διαγωνισμό, υποβάλλοντας σχετική προσφορά για την υπό ανάθεση Συμφωνία Πλαίσιο, σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος του προσβαλλόμενου όρου της Διακήρυξης, καθίσταται ιδιαιτέρως δυσχερής η συμμετοχή της στον εν λόγω διαγωνισμό και η υποβολή της προσφοράς της, με συνέπεια να διακινδυνεύονται εν προκειμένω τα συμφέροντά της. Τέλος η προσφεύγουσα προβάλλει ότι σε περίπτωση διατήρησης της ισχύος του προσβαλλόμενου όρου της Διακήρυξης η προσφορά της θα καταστεί ατελέσφορη, ισχυρισμός ωστόσο που αφορά σε γεγονός μελλοντικό και αβέβαιο που θα κριθεί στο πλαίσιο αξιολόγησης των προσφορών.

7. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή αιτείται την απόρριψη της προσφυγής υποστηρίζοντας τη νομιμότητα του όρου, αφού έχει διακριτική ευχέρεια να θέτει τους όρους του διαγωνισμού, με γνώμονα τη διεύρυνση του ανταγωνισμού, υπό την επιφύλαξη των προβλέψεων του νόμου, οι οποίες εν προκειμένω τηρήθηκαν, ενώ αμφισβητεί το έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας προβάλλοντας ότι ο προσβαλλόμενος όρος δεν την αποκλείει.

8. Επειδή σύμφωνα με την παρ. 2.2.5 «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» της οικείας Διακήρυξης: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης συμφωνίας πλαίσιο, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών των τριών (3) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων 2019, 2020, 2021 για τις οποίες έχουν καταχωρηθεί ισολογισμοί στο ΓΕΜΗ, αθροιστικά μεγαλύτερο ή ίσο από το 25% της συνολικής εκτιμωμένης αξίας της παρούσας χωρίς ΦΠΑ ή του συνόλου της εκτιμωμένης αξίας του κάθε τμήματος/ων χωρίς ΦΠΑ της παρούσας, στα οποία συμμετέχουν. Για τους υποψήφιους αναδόχους που δραστηριοποιούνται για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων 2019, 2020, 2021, τότε ο γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών για όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιούνται, θα πρέπει αθροιστικά να είναι μεγαλύτερος ή ίσος από

Αριθμός Απόφασης: 1233/2023

το 10% της εκτιμώμενης αξίας του τμήματος/ων της διακήρυξης, στα οποία συμμετέχουν, χωρίς ΦΠΑ. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η παραπάνω ελάχιστη απαίτηση θα πρέπει να καλύπτεται αθροιστικά από όλα τα μέλη της ένωσης». Σύμφωνα δε με την περ. Β3 της παρ. 2.2.9.2 της Διακήρυξης «Αποδεικτικά μέσα»: «Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: - Ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών κάθε μιας εκ των τριών (3) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων (2019, 2020, 2021), για τις οποίες έχουν καταχωρηθεί ισολογισμοί στο ΓΕΜΗ. Στις περιπτώσεις που υφίσταται σχετική εκ του νόμου υποχρέωση προς καταχώρηση ισολογισμών στο ΓΕΜΗ, προσκομίζονται οι σχετικές ανακοινώσεις καταχώρησης αυτών από το ΓΕΜΗ. Εάν ο τελευταίος ισολογισμός έχει αποσταλεί προς καταχώρηση αλλά δεν έχει ακόμη ολοκληρωθεί ο έλεγχος μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών, τότε προσκομίζονται μαζί με τον ισολογισμό, η αίτηση καταχώρησης και απόδειξη πληρωμής. Σε περίπτωση που ο υποψήφιος δραστηριοποιείται για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων, τότε θα προσκομίσει τους ισολογισμούς για τις χρήσεις που δραστηριοποιείται. Σε περίπτωση συμμετέχοντος που δεν έχει κατά νόμο υποχρέωση δημοσίευσης ισολογισμών, είναι υποχρεωτική η προσκόμιση άλλου κατάλληλου εγγράφου που αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια (λ.χ. φορολογικές δηλώσεις). Εάν ο διαγωνιζόμενος είναι ένωση φυσικών ή νομικών προσώπων ή κοινοπραξία, η οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια μπορεί να προκύπτει και αθροιστικά από όλα τα μέλη της κοινοπραξίας ή της ένωσης. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο. Η καταλληλότητα προσκομιζόμενου από τον οικονομικό φορέα εγγράφου για την απόδειξη της χρηματοοικονομικής του επάρκειας, πέραν των όσων ρητά αναφέρονται στην παράγραφο Β3, εναπόκειται στην κρίση της αναθέτουσας αρχής (άρθρο 80 παρ. 4 εδ.β΄ν. 4412/2016)».

Αριθμός Απόφασης: 1233/2023

9. Επειδή, όπως έχει κριθεί (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 106/2021, 189/2015, 124/2015, 354/2014 κ.ά.), η αναθέτουσα αρχή είναι κατ' αρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση σύμβασης παροχής υπηρεσιών, ως προς τα χαρακτηριστικά των υπό ανάθεση υπηρεσιών, καθορίζοντας τις τεχνικές προδιαγραφές και τις ανάγκες της από ποσοτική και ποιοτική άποψη. Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές και οι όροι από την άποψη της τήρησης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων, καθώς επίσης και της αρχής της αναλογικότητας (πρβλ. ΕΑ ΣτΕ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.). Έτσι, οι ελάχιστες απαιτήσεις που ορίζονται με τα έγγραφα της σύμβασης πρέπει να σχετίζονται με το αντικείμενό της, ήτοι να τελούν σε σχέση αναλογίας και να είναι προσαρμοσμένα προς αυτό, χωρίς όμως, να βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου για την εξυπηρέτηση του κατά περίπτωση επιδιωκόμενου σκοπού (βλ. αντί άλλων ΕΑ ΣτΕ 170/2021).

10. Επειδή, από τη μελέτη της προσφυγής και του προσβαλλόμενου όρου της διακήρυξης δεν προκύπτει ουσιαστική αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό λόγω του προσβαλλόμενου αυτού όρου, αφού εξάλλου η προσφεύγουσα υπέβαλε προσφορά με επιφύλαξη, ενώ η επικαλούμενη δυσχέρεια συμμετοχής εξαντλείται στο γεγονός ότι τυχόν προσφορά της θα είναι ατελέσφορη και μη συμφέρουσα επιχειρηματικά. Περαιτέρω, οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί άνισης μεταχείρισης προβάλλονται αβασίμως, αφού ερείδονται επί υποθέσεων περί ατελέσφορης προσφοράς, οι οποίες εκκινούν από επιχειρηματικές επιλογές, ειδικά εφόσον δια της προσβολής του επίμαχου όρου της διακήρυξης επιδιώκεται ουσιαστικά ο περιορισμός του ανταγωνισμού. Εξάλλου οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ότι «ακόμη και αν ένας οικονομικός φορέας δεν καλύπτει την οικονομική και χρηματοοικονομική ικανότητα που κρίνει η Αναθέτουσα Αρχή ότι είναι απαιτούμενη για τον συγκεκριμένο Διαγωνισμό (π.χ. απαίτηση περί κύκλου εργασιών 25% επί της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης), έχει σε κάθε περίπτωση δυνατότητα να συμμετάσχει στον Διαγωνισμό, υποβάλλοντας προσφορά ως μέλος ένωσης» αβασίμως προβάλλονται αφού η αναθέτουσα αρχή είναι η μόνη αρμόδια να καθορίσει τους όρους του διαγωνισμού, ενώ οι ενδιαφερόμενοι δεν δύνανται να προσβάλλουν την παράλειψη της να θεσπίσει

Αριθμός Απόφασης: 1233/2023

πρόσθετους όρους περιοριστικούς του ανταγωνισμού, εκτός αν τούτο υπαγορεύεται από το αντικείμενο της σύμβασης ή διάταξη νόμου. Εν προκειμένω δε οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι αβάσιμοι και για τον πρόσθετο λόγο ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα μπορούσε εξ αρχής να έχει θέσει ως κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας το χαμηλότερο όριο (10%) ή και κανένα απολύτως κριτήριο (τα οποία επίσης θα πληρούσε η προσφεύγουσα). Ενόψει όλων των ανωτέρω, σύμφωνα και με όσα έγιναν δεκτά ερμηνευτικώς στη μείζονα πρόταση, ο προσβαλλόμενος όρος τέθηκε κατά την απόλυτη διακριτική ευχέρεια της Αναθέτουσας Αρχής, η δε προσφεύγουσα θίγει απαραδέκτως τη σκοπιμότητα και την ανάγκη θέσπισης του συγκεκριμένου όρου, επιχειρώντας, ταυτόχρονα, να προδιαγράψει αυτόν, κατά τις δικές της επαγγελματικές ανάγκες και δυνατότητες.

11. Επειδή ενόψει των ανωτέρω, πρέπει να απορριφθεί η προσφυγή και να καταπέσει το παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε, αποφασίσθηκε στις 17-07-2023 και εκδόθηκε στις 6-09-2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο Πρόεδρος

Ιωάννης Λαμπρόπουλος

Η Γραμματέας

Φωτεινή Μαραντίδου