

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

3ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνεδρίασε την 29-9-2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος Πρόεδρος και Εισηγητής, Σωτηρία Σταματοπούλου και Μαρία Βύρρα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 9-9-2022 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1245/9-9-2022 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... ..», νόμιμα εκπροσωπούμενου .

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

Και του από 22-9-2022, κατόπιν της από 12-9-2022 κοινοποίησης της προσφυγής, παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «... ..», νομίμως εκπροσωπούμενου.

Με την ως άνω προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων ζητά την ακύρωση της από 1-9-2022 κοινοποιηθείσας με αρ./.../01-9-2022 απόφασης του και, καθ' ο μέρος αποκλείσθηκε ο προσφεύγων στο είδος Β («Προμήθεια δέκα (10) περιπολικών σκαφών με βενζινοκινητήρες (Αμόλυβδης) ναυτικού τύπου, ολικού μήκους από έντεκα (11) έως δεκατρία (13) μέτρα, με αεροθάλαμο ή με ... κλειστής κυψελίδας, με δικαίωμα προαίρεσης μέχρι επιπλέον δέκα (10)), επιμέρους εκτιμώμενης (απαλλασσομένης ΦΠΑ) άνευ προαιρέσεων αξίας 5.000.000,00 ευρώ, στο πλαίσιο της διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης για την Προμήθεια σκαφών για την κάλυψη των αναγκών του και των Πλοίων ανοικτής θαλάσσης ...-...-...-..., συνολικής εκτιμώμενης (απαλλασσομένης ΦΠΑ) άνευ προαιρέσεων αξίας 12.750.000,00 ευρώ, που απεστάλη για δημοσίευση στην ΕΕΕΕ την 20-7-2021 και δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ με Μον. ΑΔΑΜ ... την 23-7-2021 και στο ΕΣΗΔΗΣ

με συστημικό α/α Η αναθέτουσα υποβάλλει τις από 23-9-2022 Απόψεις της και ο προσφεύγων το από 26-9-2022 υπόμνημά του.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής κατεβλήθη κατ' άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο με αρ. ..., ποσού ευρώ 15.000,00.

2. Επειδή, στο πλαίσιο διαδικασίας εμπίπτουσας στην αρμοδιότητα της ΕΑΔΗΣΥ λόγω αξίας και χρόνου αποστολής προς δημοσίευση, εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται η προσφυγή εκ του αποκλεισθέντος προσφεύγοντος κατά της εκτελεστής πράξης περάτωσης σταδίου δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών, καθ' ο μέρος αποκλείσθηκε ο ίδιος, με την κατά την προσβαλλομένη αιτιολογία «...καθώς δεν συμμορφώνεται με τους όρους της αριθ. .../2021 Διακήρυξης .../.../.... 2ου (υπό στοιχείο 3 του προοιμίου της παρούσας) και συγκεκριμένα ο γενικός κύκλος εργασιών του κατά τα έτη 2018, 2019 και 2020, για τα είδη Α και Β, είναι μικρότερος από αυτόν που προβλέπεται στις παρ. 2.2.5 (β) και (γ) της προαναφερθείσας Διακήρυξης», ομοίως δε εμπροθέσμως και μετ' εννόμου συμφέροντος ασκείται και η από 22-9-2022 παρέμβαση εκ του αποδεκτού παρεμβαίνοντος. Άρα, η προσφυγή και η παρέμβαση πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξετασθούν περαιτέρω κατ' ουσία.

3. Επειδή, ο όρος 1.3 της διακήρυξης ορίζει τα εξής «Προσφορές υποβάλλονται είτε για το σύνολο των υπό προμήθεια ειδών (Α, Β, Γ, Δ, Ε και ΣΤ), είτε τμηματικά για το σύνολο της ποσότητας για τα είδη Α, Β, Γ και ΣΤ όπως περιγράφονται ανωτέρω και αναλυτικότερα στους Πίνακες υπό προμήθεια ειδών στις Γενικές Πληροφορίες της Διακήρυξης, με εξαίρεση για τα είδη Δ και Ε όπου δεν επιτρέπεται η τμηματική υποβολή προσφορών και υποβάλουν προσφορά και για τα δύο είδη Δ και Ε.». Ο δε όρος 2.2.5 θεσπίζει τα εξής κριτήρια επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα

διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν είτε γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα έτη 2018, 2019 και 2020, είτε μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών αριθμός ετών τρία (03), συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα, ως ακολούθως:...

β) Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στο διαγωνισμό για το ΕΙΔΟΣ Α είτε γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα ακόλουθα έτη: - έτος: (2018) κύκλο εργασιών (#2.500.000,00 #) νόμισμα (Ευρώ), - έτος: (2019) κύκλο εργασιών (#2.500.000,00 #) νόμισμα (Ευρώ), - έτος: (2020) κύκλο εργασιών (#2.500.000,00 #) νόμισμα (Ευρώ), είτε μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών κατά την τελευταία τριετία, ήτοι 2018,2019 και 2020, #2.500.000,00 # νόμισμα (ευρώ),

γ) Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας συμμετέχει στο διαγωνισμό για το ΕΙΔΟΣ Β είτε γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα ακόλουθα έτη: - έτος: (2018) κύκλο εργασιών (#2.500.000,00 #) νόμισμα (Ευρώ), - έτος: (2019) κύκλο εργασιών (#2.500.000,00 #) νόμισμα (Ευρώ), - έτος: (2020) κύκλο εργασιών (#2.500.000,00 #) νόμισμα (Ευρώ), είτε μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών κατά την τελευταία τριετία, ήτοι 2018,2019 και 2020, #2.500.000,00 # νόμισμα (ευρώ)...

* «Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας συμμετέχει για ορισμένα είδη θα λαμβάνεται υπόψη το άθροισμα των αναφερόμενων ανωτέρω ποσών.».

Άρα, τέθηκε δυνατότητα υποβολής προσφοράς διακριτά για τα αυτοτελώς δεκτικά προσφοράς και κατακύρωσης είδη Α και Β, για έκαστο επιμέρους εκ των οποίων τέθηκε εναλλακτική απαίτηση είτε ανά έτος εκ των ετών 2018, 2019 και 2020 γενικού ετήσιου κύκλου εργασιών 2.500.000 ευρώ είτε μέσου κύκλου εργασιών για τα έτη αυτά, ήτοι 2018, 2019 και 2020, 2.500.000 ευρώ. Περαιτέρω, δεδομένου ότι τυχόν προσφορά που περιλαμβάνει και αναφέρεται και στα 2 είδη, θα πρέπει προκειμένου να γίνει δεκτή ως υποβλήθηκε, ήτοι και για τα 2 είδη, να καλύπτει τις απαιτήσεις επί εκάστου είδους, προδήλως τέτοια αποδοχή προϋποθέτει την αυτοτελή κάλυψη των απαιτήσεων αμφοτέρων των τμημάτων και άρα, κύκλο εργασιών που καλύπτει αυτοτελώς την απαίτηση κύκλου εργασιών και για τα 2 είδη, συνεπώς, προκειμένου να γίνει δεκτή τέτοια αφορώσα δύο είδη προσφορά θα πρέπει ο κύκλος εργασιών να καλύπτει αθροιστικά τις απαιτήσεις τόσο του είδους Α, όσο και του είδους Β και άρα, να

ανέρχεται σε 5 εκατομμύρια. Αντίθετα, δεν αρκεί για την αποδοχή στα είδη αυτά, ο ίδιος και ενιαίος κύκλος εργασιών να υπερβαίνει απλώς το εξ εκάστου είδους, θεσπιζόμενο όριο, δηλαδή με κύκλο εργασιών 2,5 εκ., να θεωρηθεί ότι ο οικονομικός φορέας πληροί αυτοτελώς την απαίτηση 2,5 εκ. ευρώ τόσο του τμήματος Α, όσο και του τμήματος Β. Παρά η επίκληση κύκλου εργασιών για περισσότερα είδη θα πρέπει να είναι τέτοια, ώστε οι 2 επιμέρους απαιτήσεις κύκλου εργασιών να καλύπτονται αθροιστικά (δηλαδή, αφαιρουμένου του ελαχίστου κύκλου για το ένα τμήμα να απομένει υπόλοιπο που καλύπτει την ελάχιστη απαίτηση για το άλλο τμήμα και όχι ο συνολικός ανά έτος ή μέσος, αντίστοιχα, κύκλος εργασιών απλώς να είναι μεγαλύτερος από τα επιμέρους όρια του κάθε τμήματος). Τούτο είναι και το νόημα της ως άνω εντός του παραπάνω όρου σημείωσης, περί λήψης υπόψη του αθροιστικού κύκλου εργασιών, σε περίπτωση προσφοράς για περισσότερα είδη («Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας συμμετέχει για ορισμένα είδη θα λαμβάνεται υπόψη το άθροισμα των αναφερόμενων ανωτέρω ποσών.»), ήτοι, ότι όπως προεκτέθηκε, η αποδοχή προσφοράς σε περισσότερα τμήματα θα πρέπει να καλύπτει αθροιστικά, δηλαδή συναθροιζόμενα μεταξύ τους, τα ελάχιστα όρια κύκλου εργασιών του κάθε είδους και δεν αρκεί η υπέρβαση του επιμέρους ορίου κάθε είδους για την αποδοχή σε όλα τα είδη της προσφοράς. Αυτό όμως δεν σημαίνει, όπως αβάσιμα προβάλλει η αναθέτουσα, πως εφόσον προσφορά αφορά περισσότερα είδη και δη τα δύο νυν είδη Α και Β, δηλαδή αν με την ίδια προσφορά ο διαγωνιζόμενος μετέχει στην αυτοτελή ανταγωνιστική διαδικασία ανάθεσης καθενός εκ των ανωτέρω αυτοτελώς δεκτικών προσφοράς και κατακύρωσης, τμημάτων, η μη κάλυψη της απαίτησης του ενός είδους, τυχόν επιφέρει την απόρριψη και για το άλλο είδος. Αντιστοίχως, όπως η μη κάλυψη των απαιτήσεων για το ένα είδος δεν συνεπάγεται και αποκλεισμό για το άλλο, ομοίως και η μη κάλυψη δια της προσφοράς επί περισσότερων τμημάτων-ειδών, του ελαχίστου επιμέρους ορίου ενός είδους-τμήματος, δεν συνεπάγεται και τη μη κάλυψη και για το άλλο. Άρα, το γεγονός ότι η αποδοχή προσφοράς που αφορά δύο τμήματα απαιτεί, ακριβώς προκειμένου να γίνει αποδεκτή για το σύνολο του αντικείμενου της, ήτοι το σύνολο των τμημάτων στα οποία

αναφέρεται και το σύνολο των ειδών που προσφέρει, απαιτεί αθροιστική πλήρωση των ανά είδος απαιτήσεων, δεν συνεπάγεται ότι δεν δύναται να γίνει δεκτή για ένα από τα επιμέρους προσφερόμενα είδη, αν δύναται να καλύψει τις επιμέρους απαιτήσεις αυτού ούτε συνεπάγεται, πως είναι δυνατόν να γίνει δεκτή η προσφορά αποκλειστικά για το σύνολο των προσφερομένων ειδών (πράγμα που θα αντέφασκε με την κατά τον όρο 1.3 πρόβλεψη των τμημάτων Α και Β ως δεκτικών αυτοτελούς προσφοράς και κατακύρωσης, υπό την έννοια ότι άλλωστε, δύνανται να ανατεθούν σε διαφορετικό ανάδοχο έκαστο και το κριτήριο ανάθεσης εφαρμόζεται αυτοτελώς ανά είδος, με συνέπεια ακόμη και αν ένας διαγωνιζόμενος είναι καταρχήν ακόμη, αποδεκτός και στα δύο, ενδεχομένως η προσφορά του να μην είναι η πλέον συμφέρουσα και επί των δύο, αλλά τυχόν μόνο στο ένα εξ αυτών) ούτε ότι δια της προσφοράς για περισσότερα είδη χάνεται η αυτοτέλεια κάθε τμήματος και κάθε προσφερόμενου είδους ως αυτοτελώς εκ του διαγωνιζομένου προσφερομένου προς κάλυψη αυτοτελούς τμήματος της διαδικασίας. Ομοίως, η αθροιστική πλήρωση του κριτηρίου επιλογής περί κύκλου εργασιών δεν σημαίνει πως αν προσφορά δεν πληροί το απαιτούμενο άθροισμα, που παράγεται εκ της προσθέσεως των αυτοτελών απαιτήσεων των τμημάτων που αφορά, καταλήγει αποκλειστέα για το σύνολο των προσφερομένων ειδών ούτε ότι δύναται να γίνει αποκλειστικά εν όλω δεκτή (ήτοι για όλα τα είδη) ή εν όλω αποκλειστέα και μάλιστα ακόμη και αν τυχόν η προσφορά καλύπτει αυτοτελώς τις απαιτήσεις επιμέρους τμήματος, αλλά όχι το σύνολο των απαιτήσεων που προκύπτουν από τη συνάθροιση με τις απαιτήσεις άλλου τμήματος, εκ του οποίου τυχάνει αποκλειστέα. Αυτό, διότι η προσφορά για περισσότερα αυτοτελώς κατακυρώσιμα τμήματα συνιστά μια σύρρευση περισσότερων επιμέρους προσφορών, εκάστη για επιμέρους είδος απευθυνόμενο και διαγωνιζόμενο αυτοτελώς για επιμέρους διακριτό τμήμα και η προσφορά ούτως δύναται να γίνει αποδεκτή εν όλω, ήτοι για το σύνολο των προσφερομένων ειδών ή και εν μέρει, ήτοι για μέρος των προσφερομένων ειδών, όπως και να επιλεγεί προς κατακύρωση αντίστοιχα, είτε εν όλω είτε εν μέρει για επιμέρους προσφερόμενα είδη, εκ των τυχόν περισσότερων που αφορά η προσφορά. Ούτε, δια της ανωτέρω συναθροίσεως, όπως

προεκτέθηκε, παράγεται όρος που αυξάνει τις απαιτήσεις συμμετοχής για κάθε τμήμα αυτοτελώς, εις βάρος των οικονομικών φορέων που επέλεξαν τη συμμετοχή για περισσότερα τμήματα, σε σχέση με αυτούς που μεμονωμένα μετέχουν σε ένα τμήμα. Ερμηνεία ως η εκ της αναθέτουσας προβαλλόμενη, θα κατέληγε σε άνιση και δυσμενή μεταχείριση των οικονομικών φορέων που υπέβαλαν προσφορά για περισσότερα τμήματα και μάλιστα, η δυσμενής αυτή και άνιση μεταχείριση θα λάμβανε χώρα αυτοτελώς ανά επιμέρους τμήμα της προσφοράς τους. Τούτο, αφού υπό τα νυν δεδομένα και κατά τέτοια ερμηνεία, οικονομικός φορέας που τυχόν διαγωνίζεται μόνο για ένα τμήμα, θα αρκούσε να παρουσιάζει κύκλο εργασιών όσο ο απαιτούμενος για το τμήμα αυτό (εν προκειμένω για το τμήμα Β, 2,5 εκ. ευρώ ανά έτος ή κατά μέσο όρο), αλλά ο διαγωνιζόμενος για περισσότερα τμήματα, όχι απλά θα όφειλε να πληροί αθροιστικά τις απαιτήσεις των επιμέρους τμημάτων, αλλά θα έπρεπε να πληροί αθροιστικά τις απαιτήσεις αυτές, όχι μόνο για να γίνει δεκτός σε όλα τα επιμέρους τμήματα, αλλά και για να γίνει δεκτός σε έστω και ένα επιμέρους τμήμα. Εν προκειμένω, θα έπρεπε για το τμήμα Β, όπως προβάλλει η αναθέτουσα, να καλύπτει 5 εκ. ευρώ κύκλο εργασιών, απλώς και μόνο επειδή προσέφερε και για το τμήμα Α και τούτο, ενώ ήδη οριστικά αποκλείσθηκε ο νυν προσφεύγων από το τμήμα Α, με συνέπεια, η νυν προσβαλλόμενη να αφορά αποκλειστικά το τμήμα Β και να αποκλείει τον προσφεύγοντα, όχι γιατί δεν πληροί 5 εκ. ευρώ για να γίνει δεκτός στα τμήματα Α και Β, αλλά γιατί δεν πληροί 5 εκ. ευρώ, για να γίνει αυτοτελώς αποδεκτός μόνο στο τμήμα Β. Άρα, δεδομένου ότι εν προκειμένω, ο προσφεύγων ούτως ή άλλως, δυνάμει της προηγηθείσας της νυν προσβαλλομένης, διακριτής εκτελεστής πράξης περί του τμήματος Α, ισχύουσας και μη αμφισβητηθείσας με αρ./.../30-8-2022 Απόφασης και, απεκλείσθη από το τμήμα Α και μάλιστα οριστικά, όπως και η αναθέτουσα συνομολογεί, ενώ η προσφυγή του αφορά αποκλειστικά το τμήμα Β, προκύπτει πως το κριτήριο αποδοχής του επί του ως άνω όρου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας είναι αυτό που αφορά ειδικώς και αυτοτελώς το τμήμα Β, δηλαδή 2,5 εκ. ευρώ ανά έτος ή κατά μέσο

όρο, καθώς δεν τίθεται πλέον ζήτημα αθροιστικής κάλυψης απαιτήσεων και για το τμήμα Α, ακριβώς διότι έχει ήδη αποκλειστεί από το τμήμα Α.

4. Επειδή, περαιτέρω, ο όρος 2.2.9.2.B3 περί απόδειξης του προσόντος του όρου 2.2.5 ορίζει ότι «Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων της τελευταίας τριετίας, στην περίπτωση που η δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας, όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας... Εάν η επιχείρηση λειτουργεί για χρόνο μικρότερο της τριετίας θα υποβάλει οικονομικές καταστάσεις για όσο χρόνο λειτουργεί.», ενώ εξάλλου και ο ως άνω όρος 2.2.5 όρισε ότι «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν είτε γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα έτη 2018, 2019 και 2020, είτε μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών αριθμός ετών τρία (03), συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα..». Συνεπώς, η σύσταση και έναρξη λειτουργίας του οικονομικού φορέα μετά το εναρκτήριο σημείο των τριών καταρχήν οριζόμενων ως κριτηρίων διάγνωσης κύκλου εργασιών, ετών 2018, 2019 και 2020, ήτοι του 2018, ουδόλως συνεπάγεται τον αποκλεισμό του οικονομικού φορέα, λόγω μη κάλυψης του κριτηρίου επιλογής. Τούτο, διότι ρητά οι ανωτέρω όροι της διακήρυξης συναρτούν τον τρόπο πλήρωσης και απόδειξης της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, με βάση τον χρόνο σύστασης και λειτουργίας (δεδομένου ότι οι όροι 2.2.9.2.B3 και 2.2.5 είναι συνερμηνευτέοι, ο μιν πρώτος αναφέρεται σε λειτουργία και ο δεύτερος σε σύσταση και άρα, προκύπτει ότι αναφέρονται σε χρόνο όχι απλώς τυπικής καταστατικής σύστασης, αλλά ενάρξεως πραγματικής λειτουργίας) του διαγωνιζομένου και άρα, διαγωνιζόμενος που εκκίνησε τη λειτουργία σε χρόνο ύστερο του εναρκτήριου ανωτέρω σημείου, ήτοι της έναρξης του 2018, κρίνεται, ως προς τη διάγνωση πλήρωσης του κριτηρίου επιλογής, με βάση τα χρηματοοικονομικά στοιχεία των χρήσεων λειτουργίας του, στις οποίες και θα αναφέρονται οι κατά τον όρο 2.2.9.2.B3 οικονομικές καταστάσεις του. Ούτε εκ της διακήρυξης τέθηκε

ελάχιστος χρόνος έναρξης λειτουργίας πριν την υποβολή προσφοράς ούτε χρονικό σημείο στο οποίο οπωσδήποτε θα πρέπει να έχει εκκινήσει η λειτουργία ούτε ως τέτοια απαίτηση μπορεί να θεωρηθεί η καταρχήν αναφορά του όρου 2.2.5, σε έτη 2018, 2019 και 2020, ακριβώς διότι ο καθορισμός των ετών αυτών, κατά τον ίδιο όρο 2.2.5, ως ετών βάσει των οποίων κρίνεται η πλήρωση των απαιτήσεων του όρου 2.2.5, συναρτάται και άρα, τελεί υπό την επιφύλαξη του χρόνου έναρξης λειτουργίας. Άρα, σε περίπτωση οικονομικού φορέα που εκκίνησε τη λειτουργία του μετά το 2018, ο κύκλος εργασιών του για τους σκοπούς του όρου 2.2.5 και του όρου 2.2.9.2.B3 κρίνεται με βάση τα πλήρη έτη λειτουργίας του. Εξάλλου, αν οικονομικός φορέας εκκίνησε τη λειτουργία του εντός ενός έτους και σε οποιοδήποτε σημείο μετά την έναρξή του, τα ανωτέρω κρίνονται ακριβώς με βάση τα εφεξής από τη λειτουργία του πλήρη έτη-χρήσεις λειτουργίας του, διότι σε αντίθετη περίπτωση, ήτοι αν κρινόταν με βάση το υπολειπόμενο για το έτος πρώτης λειτουργίας του διάστημα, ως αν να συνιστούσε πλήρες έτος (καίτοι ενδεχομένως, να απέμενε ένα όλως μικρό χρονικό διάστημα εντός του έτους), αφενός θα παραβιαζόταν η ίση μεταχείριση, καθώς ο οικονομικός φορέας που εκκίνησε λειτουργία εν μέσω ή προς τη λήξη του έτους θα βρισκόταν σε μειονεκτική θέση, ως προς οικονομικό φορέα που εκκίνησε τη λειτουργία τους πρώτους μήνες ή κατά την ίδια την έναρξη του έτους, ήτοι θα απαιτείτο να πληρούνται οι ίδιες απαιτήσεις από τελούντες σε διαφορετική κατάσταση οικονομικούς φορείς και ενώ το μεταξύ τους διαφοροποιητικό στοιχείο, δηλαδή ο χρόνος έναρξης λειτουργίας, ανάγεται σε συμπτωματικές και τυχαίες συνθήκες που αναφέρονται σε προηγούμενο της εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης, χρονικό σημείο. Αφετέρου, θα ματαιωνόταν η ίδια η πρόβλεψη της διακήρυξης περί συναρτήσεως της πλήρωσης του υπό 2.2.5 κριτηρίου επιλογής όχι από ένα συνολικό για μια τριετία, κύκλο εργασιών, αλλά για ανά πλήρες και συγκεκριμένο έτος, κύκλο εργασιών ή μέσο όρο τέτοιων κύκλων εργασιών με σημείο αναφοράς πλήρη έτη, ενώ συγχρόνως θα ματαιωνόταν και η πρόβλεψη του όρου 2.2.9.2.B3 («Εάν η επιχείρηση λειτουργεί για χρόνο μικρότερο της τριετίας θα υποβάλει οικονομικές καταστάσεις για όσο χρόνο λειτουργεί.»),

σχετικά με ότι, σε περίπτωση ενάρξεως λειτουργίας μετά την έναρξη της καταρχήν τριετίας 2018-2020, η πλήρωση του κριτηρίου λαμβάνει χώρα βάσει των οικονομικών καταστάσεων, ήτοι χρηματοοικονομικών στοιχείων πλήρους έτους, των ετών λειτουργίας. Εξάλλου, η απαίτηση ανωτέρω τέθηκε εναλλακτικά περί κατ' έτος κύκλου εργασιών ή περί μέσου όρου επιμέρους ετήσιων (και όχι γενικώς αθροίσματος κύκλου εργασιών τριετίας) κύκλων εργασιών («...είτε μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών κατά την τελευταία τριετία, ήτοι 2018,2019 και 2020...») και επομένως, η δεύτερη παραδεκτή κατά τη διακήρυξη εναλλακτική (δηλαδή του μέσου όρου ετήσιων κύκλων), θα ματαιωνόταν από μια ερμηνεία ότι για επιμέρους έτη θα έπρεπε να ληφθεί υπόψη κύκλος εργασιών που δεν αφορά ετήσιες εργασίες, αλλά εργασίες περί μέρους του έτους, νοθεύοντας και την ίδια την έννοια του μέσου όρου, αφού θα μετέβαλε τη βάση υπολογισμού του (δεδομένου, ότι ο αριθμητής του κλάσματος υπολογισμού του θα περιλάμβανε στοιχεία που αφορούν μη ακέραια έτη, δηλαδή μέρος μη πλήρους έτους, ενώ ο παρονομαστής θα αφορούσε πλήρη έτη). Συνεπώς, σε περίπτωση διαγωνιζομένων των οποίων η λειτουργία εκκίνησε μετά την 1-1-2018, κατά τα ανωτέρω, λαμβάνονται υπόψη περί πλήρωσης του υπό 2.2.5 κριτηρίου επιλογής, τα πλήρη έτη και οι κύκλοι εργασιών επί πλήρους έτους λειτουργίας, που εκκινούν μετά την έναρξη λειτουργίας τους. Αλυσιτελώς προβάλλονται πάντως, οι μη κατατείνοντες άλλωστε, προς αποκλεισμό του παρεμβαίνοντος ισχυρισμοί της προσφυγής, περί του ότι ο παρεμβαίνων απέκτησε τον κύκλο εργασιών από άσχετες με το επίδικο αντικείμενο δραστηριότητες, αφού το ως άνω κριτήριο αφορούσε κύκλο εργασιών από εν γένει δραστηριότητες και δεν υπήρχε σχετικός περιορισμός στις πηγές επικαλούμενου κύκλου εργασιών, όπως και οι ισχυρισμοί περί μειωμένου εκ του αποκλεισμού του προσφεύγοντα, ανταγωνισμού και περί δημοσίου συμφέροντος, αφού ο όποιος ανταγωνισμός για την ανάληψη δημόσιας σύμβασης αναπτύσσεται επί αποδεκτών προσφορών βάσει του κριτηρίου ανάθεσης και η ικανοποίηση του δημοσίου συμφέροντος, βάσει της αρχής της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης, δεν δύναται να καταλήξει σε αποδοχή προσφοράς που αποκλίνει από τους όρους της διακήρυξης.

5. Επειδή, εν προκειμένω, ο προσφεύγων στο ΜΕΡΟΣ IV ΕΝΟΤΗΤΑ Β του ΕΕΕΣ του, περί ερωτημάτων σχετικών με τα κριτήρια επιλογής οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας απάντησε τα κάτωθι «B: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια Ο οικονομικός φορέας πρέπει να παράσχει πληροφορίες μόνον όταν τα σχετικά κριτήρια επιλογής έχουνε προσδιοριστεί από την αναθέτουσα αρχή ή τον αναθέτοντα φορέα στη σχετική προκήρυξη/γνωστοποίηση ή στα έγγραφα της διαδικασίας σύναψης σύμβασης που αναφέρονται στην προκήρυξη /γνωστοποίηση. Μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών Ο μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα για τον αριθμό ετών που απαιτούνται βάσει της σχετικής προκήρυξης/γνωστοποίησης ή των εγγράφων της διαδικασίας σύναψης σύμβασης είναι ο εξής: Αριθμός ετών 3 Μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών 2037333.30 EUR Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Όχι (“Ολικός”) Ετήσιος κύκλος εργασιών Ο (“ολικός”) ετήσιος κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα για τον αριθμό οικονομικών ετών που απαιτούνται βάσει της σχετικής προκήρυξης /γνωστοποίησης ή των εγγράφων της διαδικασίας σύναψης σύμβασης είναι ο εξής: Ημερομηνία Έναρξης 16.01.2019 Ημερομηνία Λήξης 31.12.2019 Ποσό 350213.00 EUR Ημερομηνία Έναρξης 01.01.2020 Ημερομηνία Λήξης 31.12.2020 Ποσό 3170879.00 EUR Ημερομηνία Έναρξης 01.01.2021 Ημερομηνία Λήξης 31.07.2021 Ποσό 2590839.39 EUR Εάν η σχετική τεκμηρίωση διατίθεται ηλεκτρονικά, αναφέρετε: Όχι Σύσταση οικονομικού φορέα Σε περίπτωση που οι πληροφορίες σχετικά με τον κύκλο εργασιών (ολικό ή ειδικό) δεν είναι διαθέσιμες για ολόκληρη την απαιτούμενη περίοδο, αναφέρετε την ημερομηνία που ιδρύθηκε ή άρχισε τις δραστηριότητές του ο οικονομικός φορέας: Προσδιορίστε 2019». Άρα, για τα έτη 2020 και 2021 (ως και τον Ιούλιο 2021, σημείο εκ του οποίου είναι σαφές ότι κάλυπτε ίσο ή μεγαλύτερο κύκλο εργασιών για το όλο έτος 2021) αυτοτελώς ο προσφεύγων ανά έτος πληρούσε την ελάχιστη απαίτηση κατ’ έτους κύκλου εργασιών για το τμήμα Β, ήτοι 2,5 εκ. ευρώ τουλάχιστον κύκλου εργασιών. Περαιτέρω, πάντως, εκ του διαστήματος 2018-2020 και δεδομένου ότι δεν είχε συσταθεί το 2018 ούτε λειτουργούσε το 2019, έτος εν μέσω του οποίου συστάθηκε, όπως δεν

αντικρούει ο παρεμβαίνων και η αναθέτουσα και όπως προβάλλει ο προσφεύγων, λαμβάνεται υπόψη εκ της ανωτέρω τριετίας, μόνο το έτος 2020, έτος κατά το οποίο καλύπτει τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών. Άλλωστε, ασχέτως αν όντως λειτούργησε ή όχι το 2019, πάντως δεν προκύπτει πως συστάθηκε στην έναρξη του έτους, παρά εν μέσω αυτού και επομένως, ούτως ή άλλως, κατά τα ανωτέρω, δεν λαμβάνεται υπόψη το 2019, ως έτος βάσης επί του οποίου θα πρέπει να πληρούνται η τεθείσαι για πλήρες έτος κατά τον όρο 2.2.5, απαίτηση 2,5 εκ. ευρώ ετήσιου κύκλου εργασιών. Επομένως, ούτως ή άλλως, ο προσφεύγων πληροί το κριτήριο για το μόνο πλήρες έτος λειτουργίας του εκ της ανωτέρω τριετίας, ήτοι το 2020, εκ των ετών 2018-2020 και τούτο είτε ληφθεί υπόψη ως ετήσιος κύκλος είτε ως μέσος όρος ετήσιων κύκλων εργασιών λειτουργίας (αφού αν το έτος είναι (1), ο μέσος όρος είναι αυτός του μόνου λαμβανόμενου υπόψη έτους). Επιπλέον, όπως προεκτέθηκε στη σκ. 3 παραπάνω, αβάσιμα προβάλλει η αναθέτουσα, ότι παρά τον ήδη εξ άλλης μη προσβληθείσας πράξης της, που δεν αμφισβητήθηκε άλλωστε, ο προσφεύγων απεκλείσθη ούτως ή άλλως από το τμήμα Α, θα έπρεπε για την αυτοτελή αποδοχή του αποκλειστικά και μόνο στο τμήμα Β, να πληροί τον κύκλο εργασιών όχι μόνο του τμήματος Β, αλλά και του τμήματος Α. Επομένως, το σύνολο των αιτιολογικών ερεισμάτων αποκλεισμού του προσφεύγοντος, όπως και δια των Απόψεων της αναθέτουσας συμπληρώθηκαν, είναι μη νόμιμα και άρα, ο αποκλεισμός του έλαβε χώρα με μη νόμιμη αιτιολογία και είναι ακυρωτέος.

4. Επειδή, επομένως πρέπει να γίνει δεκτή η Προδικαστική Προσφυγή. Να απορριφθεί η Παρέμβαση. Να ακυρωθεί η προσβαλλομένη, καθ' ο μέρος απέκλεισε τον προσφεύγοντα στο είδος Β της διαδικασίας.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφεί το παράβολο.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή.

Απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει τη με αρ./.../01-9-2022 απόφαση του και, καθ' ο μέρος αποκλείσθηκε ο προσφεύγων στο είδος Β

Ορίζει την επιστροφή του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 29-9-2022 και εκδόθηκε στις 3-10-2022.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ