

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 11 Οκτωβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αικατερίνη Ζερβού, Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος, Εισηγητής και Βικτωρία Πισμύρη, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.11.2021 προδικαστική προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Α.Ε.Π.Π. 2129/15.11.2021 της εταιρείας με την επωνυμία «... ..» και τον διακριτικό τίτλο «... ..», που εδρεύει στην ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά της «... ..» (εφεξής «αναθέτουσα αρχή»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα επιδιώκει να ακυρωθεί η υπ' αριθ. συν. 53/θέμα 12ο/1653/26-10-2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, περί εγκρίσεως του Πρακτικού Ι για την αξιολόγηση των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικών προσφορών που υποβλήθηκαν στο διαγωνισμό που προκηρύχθηκε με την υπ' αριθ. .../2021 Διακήρυξη, κατά το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς της και περαιτέρω στην κήρυξη ως άγονου του επίμαχου διαγωνισμού.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής έχει κατατεθεί και δεσμευθεί το νόμιμο παράβολο κατά τις διατάξεις του άρθρου 363 παρ.1 και

2 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 με κωδικό ..., ύψους 645,16€.

2. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθ. .../2021 και με ΑΔΑΜ ... 2021-04-05 Διακήρυξη, προκήρυξε επαναληπτικό, ηλεκτρονικό, ανοικτό διαγωνισμό, με αντικείμενο την προμήθεια 120 αυτόματων απιδινωτών (AEDs), αναλωσίμων και λοιπών υλικών, στα πλαίσια του προγράμματος απινίδωσης δημόσιας πρόσβασης της, προϋπολογισθείσας αξίας 160.000 ευρώ (με ΦΠΑ), με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής. Ο διαγωνισμός διενεργήθηκε ηλεκτρονικά μέσω του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε Συστημικό Αριθμό Αρχικώς ορίσθηκε ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών η 06.05.2021 και ώρα 15:00 μ.μ. και ως ημερομηνία ηλεκτρονικής αποσφράγισης των προσφορών η 11.05.2021 και ώρα 09:00 π.μ., λόγω όμως υποβολής αιτημάτων οικονομικών φορέων δόθηκε παράταση των ως άνω χρόνων και ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίσθηκε η 04.01.2021 και ώρα 15.00 και ως ημερομηνία αποσφράγισης των προσφορών η 24.05.2021. Η προσφεύγουσα έλαβε μέρος στον εν λόγω διαγωνισμό υποβάλλοντας προσφορά, η οποία κατόπιν αξιολόγησης των στοιχείων της σε συνδυασμό με τις χορηγηθείσες εκ μέρους της διευκρινίσεις, η Επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού με το υπ' αριθ. Ι Πρακτικό της έκρινε ότι το δηλωθέν στο ΕΕΕΣ αυτής ποσό των 1.516.691,76€ «αφορά μέσο όρο των ετών 2017-2018-2019 και επομένως δεν καλύπτεται ο σχετικός όρος της διακήρυξης περί οικονομικής και χρηματοοικονομικής ε-πάρκειας ο οποίος αφορά στα έτη 2018-2019-2020», με συνέπεια την απόρριψη της προσφοράς της. Αντιστοίχως, η Επιτροπή διενέργειας του διαγωνισμού γνωμοδότησε με το ίδιο ως άνω πρακτικό της υπέρ της απόρριψης των προσφορών και των υπολοίπων τριών συνδιαγωνιζομένων εταιρειών και ως εκ τούτου υπέρ της κήρυξης του διαγωνισμού ως άγονου. Με την υπ' αριθ. συν. 53/θέμα 12ο/1653/26-10-2021 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής της, κατόπιν εγκρίσεως του ανωτέρω υπ' αριθ. Ι Πρακτικού της Επιτροπής διενέργειας του διαγωνισμού, αναφορικά με την αξιολόγηση των φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής-

τεχνικών προσφορών των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό οικονομικών φορέων, αποφασίσθηκε η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, καθώς και του συνόλου των λοιπών υποψηφίων οικονομικών φορέων, καθώς και η κήρυξη του διαγωνισμού ως άγονου.

3. Επειδή, η προσφυγή έχει ασκηθεί νομίμως και εμπροθέσμως, σύμφωνα με το άρθρο 361 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, το άρθρο 4 παρ. 1 περ. α) και το άρθρο 8 παρ. 3 του Π.Δ. 39/2017, καθώς η αναθέτουσα αρχή κοινοποίησε στους διαγωνιζόμενους μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. την προσβαλλόμενη πράξη στις 03.11.2021, οπότε και έλαβε γνώση αυτής η προσφεύγουσα και η προσφυγή κατατέθηκε μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 12.11.2021, κοινοποιήθηκε, δε, από την προσφεύγουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π. και ήδη ΕΑΔΗΣΥ αυθημερόν.

4. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της ως άνω προσφυγής προς τους λοιπούς διαγωνιζόμενους, μέσω του συστήματος επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού, σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 περ. α) του Π.Δ. 39/2017, στις 16.11.2021 και υπέβαλε τις από 25.11.2021 απόψεις της, τις οποίες κοινοποίησε στους ενδιαφερόμενους αυθημερόν.

5. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον Διαγωνισμό και δεσμεύει, τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΣτΕ 3703/2010, 53/2011, ΕΣ VI Τμήμα Πράξεις 78/2007, 19/2005, 31/2003 κ.λπ.), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993 κλπ), αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους, καθιστά απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους. Επειδή, κατά την ερμηνεία των όρων κάθε Διακήρυξης ο ερμηνευτής του δικαίου πρέπει να αναζητεί το πραγματικό νόημα

των ενσωματωμένων σε αυτή κανόνων με αφετηρία τη λεκτική, ήτοι γραμματική διατύπωσή τους (γραμματική ερμηνευτική μέθοδος).

6. Επειδή, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή απορρίφθηκε σιωπηρά από το κρίνον Κλιμάκιο της πρώην ΑΕΠΠ και ήδη Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων.

7. Επειδή, η ως άνω σιωπηρή απόρριψη ακυρώθηκε με την υπ' αριθμ. 427/2022 απόφαση του Διοικητικού Εφετείου Θεσσαλονίκης. Κατόπιν τούτου η υπόθεση αναπέμφθηκε στην Ενιαία Αρχή Δημοσίων Συμβάσεων προκειμένου να ασκήσει εκ νέου την αρμοδιότητά της και να προβεί σε κρίση των αιτιάσεων της προδικαστικής προσφυγής.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι είναι μη νόμιμη η απόρριψη της προσφοράς της, και ως εκ τούτου η κήρυξη ως άγονης της διαγωνιστικής διαδικασίας, με την αιτιολογία ότι δεν καλύπτεται ο ζητούμενος κατά την διακήρυξη όρος περί οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας, που αφορά τα έτη 2018, 2019 και 2020. Ειδικότερα ισχυρίζεται ότι από την πρώτη υπό ημερομηνία 18.06.2021 διευκρινιστική απάντηση της δηλώθηκε ρητώς ο καθαρός κύκλος εργασιών μας ξεχωριστά για καθένα από τα έτη 2016, 2017, 2018, 2019 και 2020, ήτοι και για τα ζητούμενα κατά την διακήρυξη έτη 2018-2020, και συνεπώς ευχερώς μπορούσε κανείς να διαπιστώσει τον γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών της για τα τρία ζητούμενα κατά την διακήρυξη έτη, ήτοι για την τριετία 2018, 2019, 2020. Κατόπιν δε και της 2ης διευκρινιστικής απαντήσεώς της ισχυρίζεται ότι προκύπτει πως, παρότι ορθώς δηλώθηκε στο ΕΕΕΣ της το χρονικό διάστημα από 01.01.2017 έως 31.12.2020, στο οποίο προφανώς συμπεριλαμβάνονται τα ζητούμενα έτη 2018, 2019, 2020, εντούτοις από (μη ηθελημένους και) εσφαλμένους αριθμητικούς υπολογισμούς, προστέθηκαν οι γενικοί κύκλοι εργασιών των ετών 2017, 2018, 2019 στους οποίους αφορά το δηλωθέν ποσό των 1.516.691.76€. Με άλλα λόγια, καθίσταται απολύτως σαφές ότι εκ παραδρομής δηλώθηκε στο Ε.Ε.Ε.Σ. που υπέβαλε με την προσφορά και στο πεδίο σχετικά με την χρηματοοικονομική της επάρκεια, ως μέσος όρος κύκλου εργασιών αυτής, το ποσό των 1.516.691,76 ευρώ, το οποίο αφορά στα έτη 2017, 2018 και 2019, αντί του ποσού των 1.102.727,98 ευρώ, το οποίο

αφορά στα ζητούμενα έτη 2018, 2019, 2020. Ως εκ τούτου, η εν λόγω παραδρομή είναι απολύτως δεκτική διευκρινίσεως, διότι, εξ αρχής δήλωσε στο ΕΕΕΣ της ως χρονικό διάστημα αναφοράς συνολικά τα έτη από 01.01.2017 έως 31.12.2020, οπότε το σφάλμα αφορά αποκλειστικά και μόνον στον εσφαλμένο υπολογισμό του μέσου όρου κύκλου εργασιών με βάση τα έτη 2017-2019, αντί για τα έτη 2018-2020, το οποίο σφάλμα είναι υπολογιστικό και δύναται ευχερώς να διαπιστωθεί αντικειμενικά και να επαληθευθεί από τα οικονομικά στοιχεία της για έκαστο από τα επίμαχα έτη, χωρίς σε καμία περίπτωση να γεννάται ζήτημα αποκλεισμού της.

9. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα σχετικά με τον άνω λόγο της υπό κρίση προσφυγής: Το άρθρο 2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της Διακήρυξης ορίζει ότι *«Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για την τελευταία τριετία 2018, 2019, 2020 τουλάχιστον το 100% του προϋπολογισμού του διαγωνισμού χωρίς ΦΠΑ»*.

Η προσφεύγουσα προς πλήρωση της ως άνω απαίτησης της διακήρυξης δήλωσε στο Μέρος IV, πεδίο Β του ΕΕΕΣ της και στο ερώτημα σχετικά με τον ετήσιο κύκλο εργασιών, ότι για το διάστημα από 01.01.2017 έως 31.12.2020 διαθέτει μέσο όρο κύκλου εργασιών ποσού 1.516.691,76 ευρώ. Ακολούθως, η Επιτροπή του Διαγωνισμού με το από 17.06.2021 αίτημά της προς την προσφεύγουσα, ζήτησε να δηλωθεί ο ετήσιος κύκλος εργασιών της για τα έτη 2018,2019,2020. Η προσφεύγουσα με την από 18.06.2021 απάντησή της παρέθεσε πίνακα στον οποίο αναλυτικά αναφέρει τον κύκλο εργασιών της για τα έτη 2016 έως και 2020. Εν συνεχεία η Επιτροπή Διαγωνισμού με το από 22.06.2021 αίτημά της προς την προσφεύγουσα, ζήτησε να διευκρινήσει σε ποια έτη αντιστοιχεί ο δηλωθείς στο ΕΕΕΣ της μέσος όρος κύκλου εργασιών ποσού 1.516.691,76 ευρώ. Η προσφεύγουσα απάντησε αυθημερόν ότι εκ παραδρομής δήλωσε πως ο μέσος όρος κύκλου εργασιών που αναγράφεται στο ΕΕΕΣ της ποσού 1.516.691,76 ευρώ αφορά στα έτη 2017, 2018 και 2019

και παρέθεσε πίνακα για τα έτη 2018,2019 και 2020 με τον κύκλο εργασιών της και τον σωστό μέσο όρο αυτών ποσού 1.102.727,98 ευρώ.

Η αναθέτουσα αρχή με τις κατατεθείσες απόψεις της ενώπιον του κρίνοντος Κλιμακίου, συνομολογεί την βασιμότητα της υπό κρίση προσφυγής και αναφέρει ότι θα μπορούσε να δεχθεί τις διευκρινήσεις της προσφεύγουσας και να ζητήσει συμπλήρωση του ΕΕΕΣ και να συνεχίσει στην αξιολόγηση και των λοιπών στοιχείων της Προσφοράς της.

Η προϋπολογισθείσα αξία της δημοπρατούμενης σύμβασης χωρίς ΦΠΑ ανέρχεται στο ποσό των 129.032,26 ευρώ, επομένως ακόμα και από την εξέταση της 1^{ης} Διευκρινιστικής απάντησης της προσφεύγουσας προκύπτει σαφώς ότι ο ετήσιος κύκλος εργασιών της για καθένα από τα έτη 2018, 2019, 2020 κυμαίνεται αντίστοιχα στα ποσά των 1.191.587,21 ευρώ, 1.009.580,71 ευρώ και 1.107.016,01 ευρώ. Ως εκ τούτου προκύπτει ότι ακόμα και για ένα μόνο από τα ζητούμενα έτη ο κύκλος εργασιών της καλύπτει τον προϋπολογισμό της δημοπρατούμενης σύμβασης, πολλώ δε μάλλον από τον μέσο όρο αυτών. Η δήλωση της προσφεύγουσας στο ΕΕΕΣ της ότι ο μέσος κύκλος εργασιών της ανάγεται στο ποσό των 1.516.691.76 ευρώ, είναι αποτέλεσμα εσφαλμένων αριθμητικών υπολογισμών αφού εκ παραδρομής προστέθηκαν οι γενικοί κύκλοι εργασιών των ετών 2017, 2018, 2019. Επομένως, από το συνολικό διάστημα που δήλωσε η προσφεύγουσα στο ΕΕΕΣ της και αφορά από 01.01.2017 έως 31.12.2020, πρόσθεσε τους κύκλους εργασιών των ετών 2017, 2018, 2019, αντί των ετών 2018,2019, 2020, πλην όμως αυτό το λάθος στους υπολογισμούς θα μπορούσε να διορθωθεί με κλήση της αναθέτουσας αρχής για διευκρινήσεις κατ' άρθρο 102. Ν.4412/2016 αφού η προσφεύγουσα καλύπτει την απαίτηση περί χρηματοοικονομικής επάρκειας του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης. Ως εκ τούτου η αναθέτουσα αρχή λανθασμένα προχώρησε στην απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας και η προσβαλλόμενη απόφαση πρέπει να ακυρωθεί γενομένων δεκτών ως βάσιμων των ισχυρισμών της τελευταίας.

10. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να επιστραφεί το καταβληθέν παράβολο.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο σκεπτικό της παρούσης.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 11 Οκτωβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 13 Οκτωβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

ΑΙΚΑΤΕΡΙΝΗ ΖΕΡΒΟΥ

Η Γραμματέας

ΜΑΡΙΑ ΚΑΤΣΑΡΟΥ