

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 20 Νοεμβρίου 2020, με την εξής σύνθεση: Μαρία Μανδράκη, Πρόεδρος, Ελισάβετ Αλαγιαλόγλου και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη, δυνάμει της με αριθμό 1753/2020 Πράξης της 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) 1471/15-10-2020 της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει «..» , νόμιμα εκπροσωπούμενης

Κατά του "...", που εδρεύει «...» , όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την κρινόμενη προσφυγή ζητείται να ακυρωθεί η με αριθμό 24/2020 Απόφαση (Απόσπασμα από το Πρακτικό με αριθ. 10/2020 συνεδρίασης) της Εκτελεστικής Επιτροπής του καθ' ου Συνδέσμου με θέμα την Έγκριση ή μη του 1ου Πρακτικού της Επιτροπής Διενέργειας του διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης με τίτλο «...», κατά το μέρος που, κατ' έγκριση του ως άνω 1^{ου} Πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού, αφενός απορρίπτεται η προσφορά της προσφεύγουσας, αφετέρου κηρύσσεται ο διαγωνισμός άγονος και ματαιώνεται.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο και αποφάσισε τα εξής

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό «...»), ποσού 840,00€, το οποίο αναλογεί στο προβλεπόμενο αναλογικό ποσοστό (0,5%) επί της, χωρίς ΦΠΑ,

Αριθμός απόφασης: 1612 / 2020

προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης (168.000,00€), σχετικά με την οποία ασκείται η προσφυγή.

2. Επειδή, η κρινόμενη προσφυγή ανατέθηκε στο 2^ο Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ με το από 15-10-2020 ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της Αρχής.

3. Επειδή, ο «...» (στο εξής καλούμενος στην παρούσα «Σύνδεσμος» ή «αναθέτουσα αρχή»), με την με αρ. πρωτ. «...» διακήρυξή του προκήρυξε ανοιχτό, δημόσιο, ηλεκτρονικό διαγωνισμό με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου της σύμβασης παροχής υπηρεσιών για την ανάπτυξη Πιλοτικών δράσεων χαρτογράφησης δικτύου στο πλαίσιο της Πράξης με τίτλο "SaveSafeWater", στην οποία συμμετέχει ο «...», και ειδικότερα στο παραδοτέο 5.1.2 - Πιλοτικές δράσεις, Συνοπτική έκθεση πιλοτικών δράσεων & Κοινή έκθεση εκ των υστέρων αξιολόγησης, εκτιμώμενης αξίας 168.000,00€, μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ (εφεξής «διαγωνισμός»). Η διακήρυξη του διαγωνισμού αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) στις «...» με Αριθμό Διαδικτυακής Ανάρτησης Μητρώου (ΑΔΑΜ) «...», ο δε διαγωνισμός διεξάγεται μέσω της διαδικτυακής πύλης του ΕΣΗΔΗΣ, υπό τον συστημικό αριθμό «...». Στον διαγωνισμό υποβλήθηκαν προσφορές από δύο (2) οικονομικούς φορείς και συγκεκριμένα, από την προσφεύγουσα και την εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», μετά τον έλεγχο και την αξιολόγηση των δικαιολογητικών συμμετοχής των οποίων, με το 1^ο από 24-08-2020 πρακτικό της, η επιτροπή του διαγωνισμού έκρινε ότι «τα υποβληθέντα δικαιολογητικά ... δεν είναι σύμφωνα με τις σχετικές προβλέψεις της Διακήρυξης του Διαγωνισμού» και συγκεκριμένα, για μεν την «...», έκρινε ότι «α) δεν προσκόμισε ξεχωριστό ΤΕΥΔ για τους οικονομικούς φορείς: «...», «...» και «...» ως όφειλε ... και β) δεν προσκόμισε το απαραίτητο δικαιολογητικό για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 της Διακήρυξης, ήτοι Ισολογισμός για το έτος 2019» για δε την προσφεύγουσα ότι «δεν προσκόμισε το απαραίτητο δικαιολογητικό για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 της Διακήρυξης, ήτοι Ισολογισμός για το έτος 2019. Η Υπεύθυνη Δήλωση από τον οικονομικό φορέα

Αριθμός απόφασης: 1612 / 2020

που προσκομίστηκε δεν υποκαθιστά οικονομική κατάσταση του φορέα, καθώς αφορά οικονομικούς φορείς που δεν υποχρεούνται στην έκδοση Ισολογισμών, σύμφωνα με το εδάφιο Β3 της παρ. 2.2.8.2 της Διακήρυξης. Τέλος στην περίπτωση μη δημοσιευμένου Ισολογισμού για το έτος 2019, αποδεκτό δικαιολογητικό θεωρείται ο εγκεκριμένος Ισολογισμός 2019 ή το ισοζύγιο Δεκεμβρίου 2019 ή Ένορκη Βεβαίωση». Λαμβάνοντας υπόψη τα παραπάνω «και με δεδομένο ότι δεν προκρίνεται στο επόμενο στάδιο του διαγωνισμού κανένας οικονομικός φορέας», η επιτροπή του διαγωνισμού στο ίδιο ως άνω πρακτικό της έκρινε τον διαγωνισμό άγονο και εισηγήθηκε την εκ νέου δημοπράτησή του. Την 1^η Οκτωβρίου 2020, τέλος, συνήλθε η Εκτελεστική Επιτροπή του καθ' ου Συνδέσμου και με τη με αριθμό 24/2020 Απόφασή της (Απόσπασμα από το Πρακτικό με αριθ. 10/2020 συνεδρίασής της) (στο εξής «προσβαλλόμενη απόφαση» ή «προσβαλλόμενη πράξη») ενέκρινε το ως άνω από 24-08-2020 1^ο πρακτικό της επιτροπής του διαγωνισμού, το οποίο και συμπεριέλαβε αυτούσιο στην ως άνω απόφασή της και κήρυξε τον διαγωνισμό άγονο. Κατά της απόφασης αυτής της Εκτελεστικής Επιτροπής του “...” στρέφεται η προσφεύγουσα, για τους λόγους και με τους ειδικούς ισχυρισμούς που αναπτύσσονται στην κρινόμενη προσφυγή.

4. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει α) της νομικής φύσης του “...” και των δραστηριοτήτων που ως αναθέτουσα αρχή ασκεί (ύδωρ), β) του αντικειμένου του (υπηρεσίες), το οποίο τελεί σε άμεση σχέση με την άσκηση της δραστηριοτήτων της αναθέτουσας αρχής, γ) του ύψους της προϋπολογιζόμενης δαπάνης του διαγωνισμού και δ) του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (ανάρτηση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ στις 25-06-2020), δεν εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, υπάγεται όμως στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου ΙΙ αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 345 παρ. 1 και την παρ. 7 του άρθρου 379 αυτού, όπως ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

5. Επειδή, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου που παρατίθεται στο Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, σύμφωνα με την

Αριθμός απόφασης: 1612 / 2020

παρ. 2 του άρθρου 8 αυτού και την παρ. 2 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016, είναι δε και εμπρόθεσμη, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ. 1 περ. α' του π.δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ. 1 περ. α' του ν. 4412/2016, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη πράξη κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα στις 05-10-2020 και η προσφυγή ασκήθηκε στις 15-10-2020, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης, κατά τις ανωτέρω διατάξεις, δεκαήμερης προθεσμίας για την άσκησή της.

6. Επειδή, από την επισκόπηση του φακέλου του διαγωνισμού προκύπτει ότι η προσφεύγουσα συμμετείχε στον διαγωνισμό και υπέβαλε εμπρόθεσμη και νομότυπη προσφορά, συνεπώς διατηρεί την προσδοκία να της ανατεθεί η επίμαχη σύμβαση. Δοθέντος, μάλιστα, ότι η επίσης αποκλεισθείσα συνδιαγωνιζόμενη της δεν άσκησε προσφυγή κατά της πράξης αποκλεισμού της, επομένως ο αποκλεισμός της κατέστη οριστικός, αν η απόρριψη της προσφοράς της προσφεύγουσας, κατά τα ιστορούμενα στην προσφυγή, είναι μη νόμιμη, η πιο πάνω προσδοκία της παρίσταται αυξημένη, αφού θα είναι η μόνη συμμετέχουσα που θα συνεχίζει στον διαγωνισμό. Κατά συνέπεια, 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 η προσφεύγουσα κατά της προσβαλλόμενης πράξης του καθ' ου Συνδέσμου, με την οποία απορρίπτεται και η δική της προσφορά στον διαγωνισμό και κηρύσσεται αυτός άγονος.

7. Επειδή, συνακόλουθα η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

8. Επειδή, με την προσφυγή της η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι εκτός από τη δήλωση στο ΤΕΥΔ της ότι τις δύο (2) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις έχει μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών 1.016.384,99€, με την προσφορά της υπέβαλε τον δημοσιευμένο μέχρι την ημερομηνία υποβολής της προσφοράς ισολογισμό και τις οικονομικές καταστάσεις αποτελεσμάτων χρήσης του έτους 2018 και δεδομένης της μη δημοσίευσης οικονομικών στοιχείων για το έτος 2019, υπέβαλε και την από 15-07-2020 υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της, στην οποία, μεταξύ άλλων, δηλώνεται υπεύθυνα ότι για το έτος 2019 δεν υπάρχουν ακόμα δημοσιευμένα οικονομικά στοιχεία καθώς δεν έχει παρέλθει ο χρόνος υποχρέωσης υποβολής τους και ότι τα δηλωμένα

Αριθμός απόφασης: 1612 / 2020

οικονομικά στοιχεία για το έτος 2019 προκύπτουν από το ισοζύγιο Δεκεμβρίου 2019. Δοθέντος, ότι στη διακήρυξη προβλέπεται ότι 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, όπως η υπεύθυνη δήλωση που υπέβαλε για τον μη εισέτι δημοσιευμένο ισολογισμό 2019, η προσφεύγουσα προβάλλει ότι ο αποκλεισμός της είναι μη νόμιμος, αντίκειται δε τόσο στο κανονιστικό πλαίσιο της διακήρυξης, όσο και στις διατάξεις των άρθρων 73 και 74 του ν. 4412/2016, σε συνδυασμό με το Παράρτημα XII του νόμου αυτού, είναι όμως και πλημμελώς αιτιολογημένος, αφού δεν εξηγείται ούτε για ποιον λόγο απορρίφθηκε το δικαιολογητικό (υπεύθυνη δήλωση) που προσκόμισε, ούτε για ποιον λόγο θεωρούνται περιοριστικώς κατάλληλα μέσα απόδειξης τα αναφερόμενα στην απόφαση αποκλεισμού της έναντι του από την προσφεύγουσα υποβληθέντος.

9. Επειδή, εξάλλου, ο καθ' ου η προσφυγή "...", στις 22-10-2020 παραδεκτώς ανήρτησε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, προς γνώση και της προσφεύγουσας και κοινοποίησε στην ΑΕΠΠ, τις με αριθμό πρωτ. 1106/22-10-2020 έγγραφες απόψεις του επί της προσφυγής, στις οποίες εμμένει στην αιτιολογία της προσβαλλόμενης απόφασής του, σε αντίκρουση δε των ισχυρισμών της προσφυγής και προς συμπλήρωση της προσβαλλομένης, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016, προβάλλει και τα εξής: Από τη γραμματική διατύπωση του άρθρου Β-3 της διακήρυξης, επί του οποίου ούτε ένσταση προβλήθηκε, ούτε ερώτημα προς διευκρίνιση τέθηκε, προκύπτει ότι η δήλωση του συνολικού ύψους του ετήσιου κύκλου εργασιών, αποτελεί αποδεικτικό έγγραφο για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια αποκλειστικά και μόνο στην περίπτωση οικονομικού φορέα που δεν υποχρεούται στην έκδοση ισολογισμών, προϋπόθεση η οποία, όπως προκύπτει από τα στοιχεία και τα έγγραφα που περιλαμβάνονταν στην προσφορά που κατέθεσε στην ηλεκτρονική πλατφόρμα ΕΣΗΔΗΣ, δεν πληρούνταν για την προσφεύγουσα. Εξάλλου, ο ισχυρισμός της ότι δεν προσκομίστηκε ισολογισμός του έτους 2019 διότι δεν ήταν δημοσιευμένος, είναι απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος, δεδομένου ότι από τη διατύπωση του πιο πάνω άρθρου δεν απαιτείται να είναι δημοσιευμένοι οι ισολογισμοί των δύο τελευταίων ετών. Στην

Αριθμός απόφασης: 1612 / 2020

έννοια του κάθε άλλου κατάλληλου εγγράφου, τέλος, για την απόδειξη της ζητούμενης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι ενδεικτικά - όχι δεσμευτικά – περιλαμβάνονται τα εξής έγγραφα: απόσπασμα ισολογισμού των δύο τελευταίων ετών ή Δηλώσεις Φόρου Εισοδήματος ή επικυρωμένο φωτοαντίγραφο θεωρημένου από την Εφορία ισοζυγίου μηνός Δεκεμβρίου 2019, το οποίο να συνοδεύεται από κατάσταση στην οποία θα εμφανίζεται ο Συνολικός Κύκλος Εργασιών για τη χρήση 2019 και από ποιους λογαριασμούς του ισοζυγίου αποτελείται αυτός. Ενόψει των ανωτέρω, αλλά και επειδή η προσφεύγουσα όφειλε να γνωρίζει το είδος των κατάλληλων εγγράφων που έπρεπε να προσκομίσει για να αποδείξει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, όπως ενδεικτικά αναφέρονται ανωτέρω, νομίμως, κατ' εφαρμογή των όρων της διακήρυξης, η οποία αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του εν λόγω διαγωνισμού, των αρχών της νομιμότητας, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, οι οποίες διέπουν κάθε διαγωνιστική διαδικασία κρίθηκε ότι τα προσκομισθέντα αποδεικτικά έγγραφα για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της προσφεύγουσας δεν μπορούν να γίνουν αποδεκτά.

10. Επειδή, επί των ως άνω απόψεων του καθ' ου Συνδέσμου, η προσφεύγουσα δεν ανήρτησε, ούτε κοινοποίησε υπόμνημα στην ΑΕΠΠ, κατά τους όρους του τελευταίου εδαφίου της πρώτης παρ. του άρ. 365 του ν. 4412/2016, όπως έχει τροποποιηθεί και ισχύει.

11. Επειδή, σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό, το άρθρο 2.2.5 της διακήρυξης, προβλέπει τα εξής: «Οι οικονομικοί φορείς Θα πρέπει να έχουν μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών των δύο (2) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων ίσο ή μεγαλύτερο με το 50% του προϋπολογισμού χωρίς το ΦΠΑ. Σε περίπτωση που ο οικονομικός φορέας δραστηριοποιείται για χρονικό διάστημα μικρότερο των δύο (2) διαχειριστικών χρήσεων, τότε ο συνολικός μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών για όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιείται, θα πρέπει να είναι ίσος ή μεγαλύτερος με το 100% του προϋπολογισμού.» Στο άρθρο 2.2.8.1, εξάλλου, με τίτλο «Προκαταρκτική απόδειξη κατά την υποβολή προσφορών», ορίζονται μεταξύ άλλων τα εξής: «Προς προκαταρκτική απόδειξη ότι οι

Αριθμός απόφασης: 1612 / 2020

προσφέροντες οικονομικοί φορείς: α) δεν βρίσκονται σε μία από τις καταστάσεις της παραγράφου 2.2.3 και β) πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής των παραγράφων 2.2.4, 2.2.5 και 2.2.6 της παρούσης, προσκομίζουν κατά την υποβολή της προσφοράς τους ως δικαιολογητικό συμμετοχής, το προβλεπόμενο από το άρθρο 79 παρ. 4 του ν. 4412/2016 Τυποποιημένο Έντυπο Υπεύθυνης Δήλωσης (ΤΕΥΔ) (B/3698/16-11-2016), σύμφωνα με το επισυναπτόμενο στην παρούσα Παράρτημα, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986. ...». Περαιτέρω, στο άρθρο 2.2.8.2 της διακήρυξης, με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα», μεταξύ άλλων, ορίζεται ότι «Α. Το δικαίωμα συμμετοχής των οικονομικών φορέων και οι όροι και προϋποθέσεις συμμετοχής τους, όπως ορίζονται στις παραγράφους 2.2.1 έως 2.2.5, κρίνονται κατά την υποβολή της προσφοράς, κατά την υποβολή των δικαιολογητικών της παρούσας παραγράφου και κατά τη σύναψη της σύμβασης στις περιπτώσεις του άρθρου 105 παρ. 3 περ. γ του ν. 4412/2016. ... Β.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν Ισολογισμούς των τελευταίων δύο (2) διαχειριστικών χρήσεων, σε περίπτωση που υποχρεούται στην έκδοση Ισολογισμών ή Δήλωση του συνολικού ύψους του ετήσιου κύκλου εργασιών, σε περίπτωση που δεν υποχρεούται στην έκδοση Ισολογισμών. 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. Ειδικότερα, αν ο υποψήφιος Ανάδοχος δραστηριοποιείται για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων, καταθέτει τα στοιχεία τεκμηρίωσης της χρηματοοικονομικής του ικανότητας για το χρονικό διάστημα της λειτουργίας του. Τα συγκεκριμένα στοιχεία θα αξιολογηθούν από την Επιτροπή Διαγωνισμού, προκειμένου να αποφασισθεί το δικαίωμα ή μη συμμετοχής του υποψηφίου στα επόμενα στάδια της διαδικασίας. Ο υποψήφιος Ανάδοχος θα πρέπει κατ' ελάχιστο να πληροί τις ελάχιστες προϋποθέσεις συμμετοχής για τις ενεργές διαχειριστικές χρήσεις του χρονικού διαστήματος λειτουργίας του. ... Τα παραπάνω δικαιολογητικά των σημείων Β.2 - Β.9 υποβάλλονται εντός του φακέλου «δικαιολογητικών συμμετοχής», κατά το στάδιο υποβολής της προσφοράς, εκτός από αυτά που ρητώς αναφέρεται ότι υποβάλλονται κατά το στάδιο της κατακύρωσης».

Αριθμός απόφασης: 1612 / 2020

12. Επειδή, από τη γραμματική διατύπωση των παρατεθέντων στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας όρων της διακήρυξης, προκύπτει ότι κάθε συμμετέχων, για τη νόμιμη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, εκτός άλλων, πρέπει να έχει μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών των δύο (2) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων ίσο ή μεγαλύτερο με το 50% του προϋπολογισμού χωρίς το ΦΠΑ και σε περίπτωση που δραστηριοποιείται για χρονικό διάστημα μικρότερο των δύο (2) διαχειριστικών χρήσεων, τότε ο συνολικός μέσος ετήσιος κύκλος εργασιών για όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιείται, θα πρέπει να είναι ίσος ή μεγαλύτερος με το 100% του προϋπολογισμού. Για την απόδειξη πλήρωσης του ως άνω κριτηρίου επιλογής, εξάλλου, από τους όρους του άρθρου 2.2.8.2 Β3 της διακήρυξης, με σαφήνεια και χωρίς αμφισημία προκύπτει ότι κάθε συμμετέχων οφείλει να υποβάλει είτε ισολογισμούς των τελευταίων δύο (2) διαχειριστικών χρήσεων, σε περίπτωση που υποχρεούται στην έκδοση ισολογισμών ή δήλωση του συνολικού ύψους του ετήσιου κύκλου εργασιών, σε περίπτωση που δεν υποχρεούται στην έκδοση ισολογισμών. Δήλωση, επομένως, του συνολικού ύψους του ετήσιου κύκλου εργασιών προβλέπεται ότι μπορεί να υποβάλει ο συμμετέχων μόνο στην περίπτωση που δεν υποχρεούται στην έκδοση ισολογισμών και όχι σε κάθε άλλη περίπτωση. Για την περίπτωση αυτή, όταν δηλαδή, καίτοι υποχρεούται στην έκδοση ισολογισμών, εντούτοις έχει βάσιμο λόγο για τον οποίο δεν είναι σε θέση να τους προσκομίσει, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο. Από τις διατυπώσεις του άρθρου 2.2.8.2. Β3, εξάλλου, δεν προκύπτει ότι απαιτείται να προσκομίζονται δημοσιευμένοι ισολογισμοί, ούτε ότι σε περίπτωση που δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για την έγκριση ή τη δημοσίευσή τους δύναται ο συμμετέχων να υποβάλει δήλωση με τον ετήσιο κύκλο εργασιών. Διαφορετική ερμηνευτική εκδοχή, τέτοια δηλαδή που να επιτρέπει την υποβολή δήλωσης σχετικά με τον κύκλο εργασιών, ακόμη και αν ο συμμετέχων υποχρεούται στην έκδοση ισολογισμών, αλλά δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για τη δημοσίευσή τους, όχι μόνον δεν ερείδεται στις ρητές διατυπώσεις της διακήρυξης, αλλά αντιβαίνει και στο πνεύμα τους. Και τούτο, διότι, η απαίτηση, εκτός από το ΤΕΥΔ, το οποίο αποτελεί ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986, επιπλέον να υποβάλλονται και οι ισολογισμοί, όχι απαραίτητως δημοσιευμένοι, καλύπτει την ανάγκη πλήρους απόδειξης της

Αριθμός απόφασης: 1612 / 2020

ζητούμενης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ήδη από το στάδιο της υποβολής προσφορών, ανάγκη που δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι μπορεί να καλύπτεται με μίαν ακόμη δήλωση σχετικά με τον κύκλο εργασιών, επιπλέον του ΤΕΥΔ, παρά μόνον, όταν ισολογισμοί δεν εκδίδονται καθόλου. Και ναι μεν στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016, μεταξύ των άλλων μέσων για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, προβλέπεται ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ζητούν και δήλωση σχετικά με τον κύκλο εργασιών, δεν έπεται όμως ότι στην περίπτωση που αδυνατούν να προσκομίσουν τα έγγραφα που με τη διακήρυξη ζητούνται οι οικονομικοί φορείς μπορούν να προσκομίζουν οποιοδήποτε έγγραφο της επιλογής τους από τα αναφερόμενα στο ως άνω Παράρτημα του νόμου. Αντιθέτως, κατά τις διατυπώσεις του άρθρου 80 του ν. 4412/2016 «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», συνάγεται ότι η αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να αποδειχθεί αν πληρούται η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό, έχει τη διακριτική ευχέρεια να μην κάνει δεκτά ως κατάλληλα τα στοιχεία που οι συμμετέχοντες θα προσκομίσουν, όταν δεν υποχρεούνται στην έκδοση ισολογισμών, ακόμα και αν πρόκειται για στοιχεία που αναφέρονται στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, αρκεί η κρίση της αυτή να είναι αιτιολογημένη. Από τη διατύπωση της προσβαλλόμενης απόφασης, εξάλλου, «στην περίπτωση μη δημοσιευμένου Ισολογισμού για το έτος 2019, αποδεκτό δικαιολογητικό θεωρείται ο εγκεκριμένος Ισολογισμός 2019 ή το ισοζύγιο Δεκεμβρίου 2019 ή Ένορκη Βεβαίωση», όπως νομίμως συμπληρώθηκε με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 365 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (βλ. 9^η σκ. της παρούσας), χωρίς αντίκρουση από την προσφεύγουσα (βλ. 10^η σκ. της παρούσας), προκύπτει ότι για την αναθέτουσα αρχή κατάλληλα έγγραφα για την απόδειξη της ζητούμενης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των συμμετεχόντων στον διαγωνισμό, εφόσον αυτοί δεν μπορούν να προσκομίσουν δημοσιευμένο ισολογισμό, συνιστούν ο εγκεκριμένος ισολογισμός ή απόσπασμα αυτού, η δήλωση φόρου εισοδήματος ή το θεωρημένο από την εφορία ισοζύγιο μηνός Δεκεμβρίου, συνοδευόμενο, μάλιστα, από κατάσταση στην οποία θα

Αριθμός απόφασης: 1612 / 2020

εμφανίζεται ο συνολικός κύκλος εργασιών της οικείας χρήσης και από ποιους λογαριασμούς των ισοζυγίων αποτελείται αυτός, έγγραφα δηλαδή από τα οποία ο δηλούμενος συνολικός κύκλος εργασιών να προκύπτει από τα τηρούμενα και ελεγχόμενα από τις αρμόδιες αρχές για την ακρίβειά τους βιβλία και στοιχεία των συμμετεχόντων.

13. Επειδή, όπως προκύπτει από τον φάκελο της υπόθεσης, σχετικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκειά της, η προσφεύγουσα με τον φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής της υπέβαλε, α) ΤΕΥΔ, στο ερώτημα του οποίου «Ο οικονομικός φορέας έχει μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών των δύο (2) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων ίσο ή μεγαλύτερο με το 50% του προϋπολογισμού χωρίς το ΦΠΑ.», απάντησε «ΝΑΙ "...»», β) ισολογισμό για τη χρήση 2018, όπως συντάχθηκε και υπεγράφη στις 31-07-2019, γ) πιστοποιητικό της 18^{ης} Νοεμβρίου 2019 της Υπηρεσίας ΓΕΜΗ του «...» περί καταχώρισης (δημοσίευσης δηλαδή) του ως άνω ισολογισμού και δ) την από 15-07-2020 Υπεύθυνη δήλωση του νομίμου εκπροσώπου της, στην οποία δηλώνονται τα εξής: «ο κύκλος εργασιών των δύο (2) προηγούμενων διαχειριστικών χρήσεων της εταιρείας είναι: ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΙΚΗ ΧΡΗΣΗ 01/01/2019-31/12/2019 ΚΥΚΛΟΣ ΕΡΓΑΣΙΩΝ "... ΔΙΑΧΕΙΡΙΣΤΙΚΗ ΧΡΗΣΗ 01/01/2018-31/12/2018 ΚΥΚΛΟΣ ΕΡΓΑΣΙΩΝ "...». Επίσης, δηλώνω υπεύθυνα ότι τα οικονομικά στοιχεία του έτους 2018 προκύπτουν από τον Δημοσιευμένο Ισολογισμό και τις Οικονομικές καταστάσεις αποτελεσμάτων χρήσης. Για το έτος 2019, δεν υπάρχουν ακόμα δημοσιευμένα οικονομικά στοιχεία καθώς δεν έχει παρέλθει ο χρόνος υποχρέωσης υποβολή τους. Τα δηλωμένα οικονομικά στοιχεία για το έτος 2019 προκύπτουν από το ισοζύγιο Δεκεμβρίου 2019.». Από τα ως άνω έγγραφα και στοιχεία, όμως, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στη 12^η σκέψη της παρούσας, δεν αποδεικνύεται κατά τους όρους της διακήρυξης ότι η προσφεύγουσα πληροί τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας για τη νόμιμη συμμετοχή της στον διαγωνισμό, ούτε προσκόμισε τα ζητούμενα αποδεικτικά έγγραφα. Και τούτο, διότι δεν προσκόμισε ισολογισμό για τη χρήση 2019, όπως προβλέπει το άρθρο 2.2.8.2 Β3 της διακήρυξης, η δε δήλωση του κύκλου εργασιών για τη χρήση αυτή που προσκόμισε δεν μπορούσε να γίνει δεκτή, αφού τότε μόνον μπορούσε να υποβάλει δήλωση, αν δεν υποχρεούτο να εκδίδει ισολογισμούς, περίπτωση όμως που δεν συνέτρεχε στο πρόσωπό της, αφού

Αριθμός απόφασης: 1612 / 2020

από τον ισολογισμό της χρήσης 2018 που προσκόμισε προκύπτει ότι ήταν υποχρεωμένη να εκδίδει ισολογισμούς. Ούτε, άλλωστε, συνιστά βάσιμο λόγο για τη μη προσκόμιση ισολογισμού για τη χρήση του 2019 το γεγονός ότι αυτός δεν έχει ακόμη δημοσιευτεί και δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για τη νόμιμη δημοσίευσή του. Και τούτο, διότι, όπως γίνεται δεκτό στη 12^η σκέψη της παρούσας, από τις διατυπώσεις του άρθρου 2.2.8.2. Β3 της διακήρυξης δεν προκύπτει ότι απαιτείται να προσκομίζονται δημοσιευμένοι ισολογισμοί, αλλά απαιτείται να προσκομίζονται ισολογισμοί, όχι απαραίτητως δημοσιευμένοι, ούτε προβλέπεται ότι σε περίπτωση που δεν έχει παρέλθει η προθεσμία για τη δημοσίευσή τους δύναται ο συμμετέχων να υποβάλει δήλωση με τον ετήσιο κύκλο εργασιών. Η προσφεύγουσα, εξάλλου, δεν επικαλείται άλλο λόγο για τον οποίο δεν δύναται να προσκομίσει ισολογισμό για το έτος 2019, όπως λόγου χάρη ότι δεν έχει συνταχθεί ακόμη και δεν έχει παρέλθει η νόμιμη προθεσμία για την έγκρισή του. Κατά συνέπεια, για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της προσφεύγουσας, η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε καταρχήν να εξετάσει άλλο έγγραφο ως κατάλληλο, πλην του ζητούμενου από τους όρους της διακήρυξης ισολογισμού. Αντιθέτως, αφού η προσφεύγουσα δεν προσκόμισε το ζητούμενο δικαιολογητικό, ούτε προέβαλε βάσιμο λόγο για την αδυναμία προσκόμισής του, η αναθέτουσα αρχή είχε δέσμια υποχρέωση να απορρίψει την προσφορά της. Και τούτο, διότι κατά τις ρητές και χωρίς αμφισημία διατυπώσεις του άρθρου 2.4.6 της διακήρυξης με τίτλο «Λόγοι απόρριψης προσφορών», «Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά: α) η οποία δεν υποβάλλεται εμπρόθεσμα, με τον τρόπο και με το περιεχόμενο που ορίζεται πιο πάνω και συγκεκριμένα στις παραγράφους 2.4.1 (Γενικοί όροι υποβολής προσφορών), 2.4.2. (Χρόνος και τρόπος υποβολής προσφορών), 2.4.3. (Περιεχόμενο φακέλων δικαιολογητικών συμμετοχής, τεχνικής προσφοράς) ... θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.».

Η αρχή της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, άλλωστε, επιβάλλει την εφαρμογή των όρων της διακήρυξης κατά τρόπο ενιαίο για όλους τους προσφέροντες κατά την υποβολή, αλλά και αξιολόγηση προσφορών (ΔΕΕ, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2001, C-19/00 Siac Construction Ltd, Συλλογή

Αριθμός απόφασης: 1612 / 2020

2001, σ. Ι-7725, σκέψεις 34 και 44 και απόφαση της 25ης Απριλίου 1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. Ι-2043, σκέψη 54), κάθε προσφέρων δε οφείλει, επιδεικνύοντας τη δέουσα επιμέλεια προσφέροντος που επιδιώκει να κατακυρωθεί σε αυτόν μια δημόσια σύμβαση να προσκομίσει τα ζητούμενα δικαιολογητικά με το νόμιμο περιεχόμενό τους. Και υπό την εκδοχή, όμως, ότι η προσφεύγουσα είχε βάσιμο λόγο ένεκα του οποίου δεν ήταν σε θέση να προσκομίσει τον ισολογισμό για τη χρήση του έτους 2019, εκδοχή ωστόσο, που κατά τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω δεν ισχύει στην προκειμένη περίπτωση, εντούτοις δεν προσκόμισε κατάλληλα κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής έγγραφα για την απόδειξη του ετήσιου κύκλου εργασιών του έτους 2019. Τούτο δε, διότι δεν προσκόμισε ούτε απόσπασμα του ισολογισμού του έτους 2019 ούτε ισοζύγιο μηνός Δεκεμβρίου 2019, έγγραφα δηλαδή από τα οποία ο δηλούμενος συνολικός κύκλος εργασιών του επίμαχου έτους να προκύπτει από τα τηρούμενα και ελεγχόμενα από τις αρμόδιες αρχές για την ακρίβειά τους βιβλία και στοιχεία της, η δε δήλωση που υπέβαλε, ενόψει των όσων γίνονται δεκτά στην αμέσως προηγούμενη σκέψη της παρούσας, αιτιολογημένα δεν έγινε δεκτή ως κατάλληλο έγγραφο από την αναθέτουσα αρχή. Και η ίδια η προσφεύγουσα, άλλωστε, το ισοζύγιο μηνός Δεκεμβρίου 2019 επικαλείται για την τεκμηρίωση του κύκλου εργασιών της χρήσης αυτής που δηλώνει, άλλο που δεν το προσκομίζει. Οι δε περί του αντιθέτου ισχυρισμοί της είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Ομοίως απορριπτέοι ως αβάσιμοι είναι και οι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας περί της υποχρέωσης της αναθέτουσας αρχής να την καλέσει σε συμπλήρωση ή διευκρίνιση της προσφοράς της, κατά της διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016. Και τούτο, διότι κατά τις διατάξεις του άρθρου 102 του ν. 4412/2016, η αναθέτουσα αρχή έχει την ευχέρεια και αν επίκειται αποκλεισμός την υποχρέωση να ζητήσει διευκρινίσεις και συμπληρώσεις νόμιμα καταρχήν υποβληθέντων δικαιολογητικών και στοιχείων για τη συμμετοχή στο διαγωνισμό και μόνο για ασάφεια και επουσιώδη σφάλματα, ιδίως όλως τυπικής φύσης, γραφικά, λεκτικά, φραστικά, ως προς τη σήμανση και τη συσκευασία του φακέλου και των εγγράφων και ως προς τη νομιμοποίηση, όχι όμως και την αναπλήρωση μη υποβληθέντων ή μη νόμιμα υποβληθέντων δικαιολογητικών και στοιχείων (ΣΤΕ 2660/2004, 3526/2001, 2854/1997, Γνωμ. ΝΣΚ 219/1995, ΕΛΣυν Τμ. VI/10/2008). Επομένως, είναι παραδεκτή η συμπλήρωση και η διόρθωση, όταν από το ίδιο το περιεχόμενο των εγγράφων της προσφοράς προκύπτει η

Αριθμός απόφασης: 1612 / 2020

ασάφεια ή προκύπτει ότι το σφάλμα είναι έλασσον σε σχέση με το αποδεικτέο γεγονός και ευχερές να λάβει χώρα κατά τη σύνταξη της προσφοράς και κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας. Σε κάθε περίπτωση, η ευχέρεια ή αναλόγως η υποχρέωση του άρ. 102 του ν. 4412/2016 δεν είναι δυνατό να χρησιμοποιηθεί για τη θεραπεία μιας σοβαρής ολιγωρίας του οικονομικού φορέα ή για τη διάσωση μιας προσφοράς που τελεί σε πλήρη έλλειψη στοιχείου που αποτελεί προαπαιτούμενο για το παραδεκτό της συμμετοχής του στο διαγωνισμό, το οποίο επιβάλλεται να κατατεθεί το πρώτον μετά την υποβολή της προσφοράς. Και τούτο, διότι ενόψει της ρητής διάταξης του άρθρου 102 παρ. 3 του ν. 4412/2016, η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση εγγράφων δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση εγγράφων που δεν έχουν υποβληθεί σύμφωνα με τους όρους της προκήρυξης (πρβλ. Ε.Α. 135/2018, πρβλ. Ε.Α. 1065/2009, 1044/2010 κ.ά.) Διαφορετικά, η χρήση αυτής της ευχέρειας από την αναθέτουσα θα προσέκρουε στο άκρο όριο που κατοχυρώνει το άρ. 102 παρ. 3 Ν. 4412/2016 (πρβλ. ενδεικτικά ΑΕΠΠ 585/2018). Όσα δε περί του αντιθέτου προβάλλονται είναι απορριπτέα. Κατόπιν όλων αυτών, προκύπτει ότι από τα δικαιολογητικά συμμετοχής που προσκόμισε η προσφεύγουσα δεν αποδείχθηκε η από μέρος της πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης, επιπλέον ότι δεν προσκόμισε τα ζητούμενα δικαιολογητικά με το περιεχόμενο που απαιτείτο, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8.2 Β3 αυτής, ούτε αυτά μπορούσαν νομίμως να συμπληρωθούν και για τους λόγους αυτούς νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της και ελλείπει άλλης παραδεκτής προσφοράς στον διαγωνισμό νομίμως αυτός κηρύχθηκε άγονος.

14. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί, το δε παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει, 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

Απορρίπτει την προσφυγή.

Αριθμός απόφασης: 1612 / 2020

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου, που κατέθεσε η προσφεύγουσα .

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 20 Νοεμβρίου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 9 Δεκεμβρίου 2020 από τον νέο Πρόεδρο του 2^{ου} Κλιμακίου, δυνάμει της με αριθμό 104/2020 Πράξης Προέδρου ΑΕΠΠ.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Νικόλαος Σ. Σαββίδης

Αλεξάνδρα Κ. Παπαχρήστου