

Η

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

5ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 22 Ιανουαρίου 2020 με την εξής σύνθεση:
Ευαγγελία Μιχολίτση - Πρόεδρος, Χρήστος Σώκος - Εισηγητής, Άννα Χριστοδουλάκου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 13.12.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης ΑΕΠΠ 1532/16.12.2019 της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», η οποία εδρεύει στ... ..., οδός ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Της παρεμβαίνουσας ένωσης οικονομικών φορέων με την επωνυμία «...» (εφεξής 1^η Παρεμβαίνουσα), με διεύθυνση ..., οδός ..., αρ. ..., η οποία αποτελείται από τις ακόλουθες εταιρίες: α) την ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «...» (δ.τ. «...»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, και β) την ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «...» (δ.τ. «...»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία κατέθεσε την από 27.12.2019 Παρέμβασή της.

Της παρεμβαίνουσας ένωσης εταιριών με την επωνυμία «...» (εφεξής 2^η παρεμβαίνουσα), που εδρεύει στ... ..., ... τ... ... Τ.Κ. ... και εκπροσωπείται νόμιμα, ως και τα κατ' ιδίαν μέλη αυτής, ήτοι: α) η ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...» που εδρεύει στ... ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, β) η ανώνυμη αλλοδαπή εταιρία με την επωνυμία «...», που εδρεύει στ... ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, γ) η ανώνυμη εταιρία με την επωνυμία «...» και με διακριτικό τίτλο «...», η οποία εδρεύει στ... ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία κατέθεσε την από 24.12.2019 Παρέμβασή της.

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται να ακυρωθεί άλλως τροποποιηθεί η υπ' αριθμ. 380/2019 Απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής της αναθέτουσας αρχής, με την οποία εγκρίθηκε το 1B Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού ως συμπροσβαλλόμενο και αναγκαίως συνεχόμενο και να ακυρωθεί και κάθε άλλη συναφής, προγενέστερη ή μεταγενέστερη, πράξη ή παράλειψη.

Με τις Παρεμβάσεις τους οι παρεμβαίνουσες επιδιώκουν την απόρριψη της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή Χρήστο Σώκο

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017, ποσού €15.000,00 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., αντίγραφο της από 13/12/2019 της Εθνικής Τράπεζας, αντίγραφο της σελίδας της ΓΓΠΣ όπου το παράβολο φέρεται «δεσμευμένο» ως «αυτόματης δέσμευσης»).

2. Επειδή, με την υπ' αριθμ. ... διακήρυξη προκηρύχθηκε διεθνής ηλεκτρονικός διαγωνισμός με τη διαδικασία της ανταγωνιστικής διαπραγμάτευσης (άρθρο 29, Ν. 4412/2016) για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο τη «Μελέτη, κατασκευή έργων για την α' φάση αποκατάστασης της ... και μεταβατικής διαχείρισης αποβλήτων», προϋπολογισμού 29.672.562,30 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. Η προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη προς δημοσίευση στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ε.Ε. στις 22.8.2019 (αριθμός αναφοράς: 2019-117911) και δημοσιεύθηκε στις 27.8.2019, ενώ αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 28.8.2019. Ως ημερομηνία και ώρα λήξης της προθεσμίας υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής ορίστηκε η 9η Σεπτεμβρίου 2019, ημέρα Δευτέρα και ώρα 23:59:59. Ως ημερομηνία και ώρα ηλεκτρονικής αποσφράγισης των αιτήσεων συμμετοχής ορίστηκε η 10η Σεπτεμβρίου 2019, ημέρα Τρίτη και ώρα 10:00:00. Η σύμβαση είναι μικτή και περιλαμβάνει την εκπόνηση των μελετών, την εκτέλεση του έργου, την υποστήριξη στη λειτουργία και την αποκατάσταση του

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

χώρου, κατατασσόμενη στους ακόλουθους κωδικούς του Κοινού Λεξιλογίου δημοσίων συμβάσεων (CPV): ... και συμπληρωματικών (CPV): ..., ..., ... Στο Παράρτημα Ι περιέχεται συνοπτική περιγραφή του αντικειμένου της σύμβασης κατά τις τέσσερις (4) φάσεις (στάδια) αυτής και δη την Α' Φάση (σύνταξη μελετών), τη Β' φάση (εκτέλεση έργων), τη Γ Φάση (λειτουργία χώρου) και τη Δ' Φάση (μέτρα / υπηρεσίες μεταβατικής διαχείρισης). Η Ανταγωνιστική Διαπραγμάτευση θα διεξαχθεί σε δύο φάσεις, ως ακολούθως: Α' Φάση: Επιλογή Συμμετεχόντων στη διαδικασία με την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής. Στο στάδιο αυτό οι ενδιαφερόμενοι προσκομίζουν, επί ποινή αποκλεισμού, το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ). Δεν απαιτείται κατάθεση εγγυητικής επιστολής συμμετοχής. Β' Φάση: Πρόσκληση για υποβολή αρχικής προσφοράς και ανταγωνιστική διαπραγμάτευση (Στάδιο Ι) και Υποβολή Τελικής Προσφοράς - Ανάθεση (Στάδιο ΙΙ). Σύμφωνα με τις αναλυτικές πληροφορίες που δίνονται στο άρθρο 10 της προκήρυξης, κατά το Στάδιο Ι της Β' φάσης του Διαγωνισμού θα αποσταλεί Πρόσκληση από την Αναθέτουσα Αρχή στους μη αποκλεισθέντες οριστικά, με την οποία θα κληθούν να υποβάλουν την Αρχική Προσφορά τους. Η Αρχική Προσφορά θα αποτελεί τη βάση των επακόλουθων διαπραγματεύσεων και εφόσον η Αναθέτουσα Αρχή κρίνει σκόπιμη και αναγκαία τη βελτίωση του περιεχομένου της Αρχικής Προσφοράς τους, έτσι ώστε αυτή να εξυπηρετεί κατά τον καλύτερο τρόπο τις ανάγκες της, δύναται να ξεκινά σειρά διαπραγματεύσεων με έναν ή περισσότερους από τους προεπιλεγέντες κατά τις προβλέψεις του άρθρου 29 του Ν. 4412/2016. Κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης είναι η «πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά» βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής. Για να προσδιοριστεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής, θα αξιολογηθούν οι Τεχνικές και Οικονομικές προσφορές των προσφερόντων με βάση τα κριτήρια και υποκριτήρια, καθώς και τη σχετική στάθμισή τους, όπως παρατίθενται στο άρθρο 14 της προκήρυξης.

3. Επειδή, σε συνέχεια της δημοσίευσης της προκήρυξης, στις 3.9.2019 υποβλήθηκαν εμπροθέσμως δύο (2) διευκρινιστικά ερωτήματα από ενδιαφερομένους οικονομικούς φορείς και ένα (1) αίτημα παράτασης της προθεσμίας υποβολής αιτήσεων συμμετοχής. Με την από 5.9.2019 Ανακοίνωση της αρμόδιας Διεύθυνσης Διάθεσης Υπολειμμάτων - Αποβλήτων του ..., η οποία εγκρίθηκε με την με αρ. 266/2019 Απόφαση της Εκτελεστικής

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

Επιτροπής, η Αναθέτουσα Αρχή: α) χορήγησε τις απαιτούμενες διευκρινίσεις στα ερωτήματα που τέθηκαν, β) ενέκρινε τη χορηγηθείσα παράταση ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής, με νέα ημερομηνία τη Δεύτερα, 23.9.2019 και ώρα 23:59:59, και ως ημερομηνία αποσφράγισης των αιτήσεων συμμετοχής την Τρίτη, 24.9.2019 και ώρα 10:00 π.μ., γ) ενέκρινε τη διευκρίνιση επί του εκ παραδρομής σφάλματος ως προς την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης, βάσει της οποίας αποκαθίσταται η εκτιμώμενη συνολική αξία της σύμβασης στο ποσό των 31.292.562,30 ευρώ, πλέον του αναλογούντος ΦΠΑ. Στις 13.9.2019 υποβλήθηκε μέσω της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ η από 23.9.2019 προδικαστική προσφυγή (γεν αρ. κατ. ΑΕΠΠ 1138/16-09-2019) της 2^{ης} Παρεμβαίνουσας, με την οποία ζητούσε να ακυρωθεί η επίμαχη διακήρυξη. Με την υπ' αριθ. Α443/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ έγινε δεκτό το αίτημα αναστολής που περιεχόταν στην προδικαστική προσφυγή και ανεστάλη η διαγωνιστική διαδικασία. Συνεπεία της απόφασης αυτής, ως νέα καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής ορίστηκε αρχικώς η Δευτέρα 21.10.2019 και ώρα 23:59:59, και νέα ημερομηνία αποσφράγισης την Τρίτη 22.10.2019 και ώρα 10:00 π.μ., δυνάμει της υπ' αριθ. 272/2019 απόφασης της Εκτελεστικής Επιτροπής του Εντέλει, με την υπ' αριθ. 296/2019 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του ... (ΑΛΑ: ...) ορίστηκε τελική καταληκτική ημερομηνία ηλεκτρονικής υποβολής των αιτήσεων συμμετοχής η Τρίτη 12/11/2019 και ώρα 23:59:59 και ως ημερομηνία αποσφράγισης των αιτήσεων η Τετάρτη 13/11/2019 και ώρα 10:00 π.μ.. Εν συνεχεία, εκδόθηκε η υπ' αριθ. 1260/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, δυνάμει της οποίας απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή της 2^{ης} Παρεμβαίνουσας, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος για την προβολή συγκεκριμένων ισχυρισμών, ήτοι επειδή δεν υφίστατο βλάβη από τους όρους της διακήρυξης και από το είδος της διαγωνιστικής διαδικασίας. Μετά την εξέλιξη αυτή, η διαγωνιστική διαδικασία διεξήχθη κανονικά. Ωστόσο, με την υπ' αριθ. 327/2019 απόφαση της Ε.Ε. του ... (ΑΔΑ: ...), κάνοντας δεκτό το Πρακτικό ΙΑ της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού, μετατέθηκε η αποσφράγιση των αιτήσεων συμμετοχής. Η μετάθεση του χρόνου αποσφράγισης των αιτήσεων συμμετοχής οφειλόταν σε τεχνικά προβλήματα του ΕΣΗΔΗΣ κατά την 12.11.2019, καταληκτική ημερομηνία υποβολής αιτήσεων συμμετοχής, που είχε αποτέλεσμα την αδυναμία οικονομικού φορέα να υποβάλλει την αίτηση συμμετοχής του.

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

Προκειμένου να καταστεί εφικτή η υποβολή αίτησης συμμετοχής μετατέθηκε η καταληκτική ημερομηνία υποβολής αίτησης συμμετοχής του συγκεκριμένου οικονομικού φορέα για την Πέμπτη 14.11.2019 και ώρα 10:00πμ και αντίστοιχα ο χρόνος αποσφράγισης όλων των αιτήσεων συμμετοχής για την Πέμπτη 14.11.2019 και ώρα 10:10πμ. στις 14.11.2019 έλαβε χώρα η αποσφράγιση των αιτήσεων συμμετοχής και διαπιστώθηκε ότι υποβλήθηκαν τέσσερις (4) αιτήσεις ως κατωτέρω: Α) Η αίτηση συμμετοχής υπ' αριθ. 129743 της προσφεύγουσας. Β) Η αίτηση συμμετοχής υπ' αριθ. 130705 της 2^{ης} Παρεμβαίνουσας. Γ) Η αίτηση συμμετοχής υπ' αριθ. 129990 της 1^{ης} Παρεμβαίνουσας και Δ) Η αίτηση συμμετοχής υπ' αριθ. 130624 του οικονομικού φορέα «...», με τον διακριτικό τίτλο «...». Ακολούθως, με την υπ' αριθ. 380/30.11.2019 απόφαση της Ε.Ε. της αναθέτουσας αρχής έγινε δεκτό το Πρακτικό 1B της Επιτροπής Διενέργειας Διαγωνισμού και αποφασίστηκε ο αποκλεισμός από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας της συμμετοχής της προσφεύγουσας με την εξής αιτιολογία *«...Σύμφωνα με το άρθρο 18. Δ της Διακήρυξης αναφέρεται χαρακτηριστικά ότι: «... Για την συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει:... γ) το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και ο αριθμός των διευθυντικών στελεχών τους (συνολικά) κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018 να είναι άνω των πενήντα (50) ατόμων.» Η ως άνω εταιρεία βάσει του κατατεθειμένου ΕΕΕΣ δηλώνει ότι: «...Αριθμός διευθυντικών Στελεχών. Ο αριθμός των διευθυντικών στελεχών του οικονομικού φορέα κατά τα τελευταία τρία έτη ήταν ο εξής «...Έτος 2016... Αριθμός: 7...» Μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό. Το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του οικονομικού φορέα κατά τα τελευταία τρία έτη ήταν το εξής: ...Έτος 2016... Αριθμός 35...». Εκ των ανωτέρω προκύπτει ότι δεν πληρούται η προϋπόθεση συμμετοχής, σύμφωνα με το σημείο 18.Δ.γ της Διακήρυξης που απαιτεί το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό των υποψηφίων να είναι άνω των πενήντα ατόμων για κάθε έτος, εφόσον η υποψήφια κατά το έτος 2016 διέθετε προσωπικό 42 ατόμων. Για τον λόγο αυτό συντρέχει λόγος απόρριψης της αίτησης συμμετοχής του οικονομικού φορέα...».*

4. Επειδή, κατά της τελευταίας υπ' αριθ. 380/30.11.2019 απόφασης, με την οποία αποκλείσθηκε από το επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας, προσέφυγε η προσφεύγουσα καταθέτοντας, δια καταθέσεως μέσω της

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στο ΕΣΗΔΗΣ την 13.12.2019, με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου της ΑΕΠΠ όπως προβλέπεται από τα άρθρα 362 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 Κανονισμού, την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή – νομίμως υπογεγραμμένη - αιτούμενη την ακύρωσή της.

5. Επειδή, εμπρόθεσμα η προσφεύγουσα στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης Απόφασης καθώς, από τον ηλεκτρονικό τόπο του αντίστοιχου δημόσιου Διαγωνισμού, αποδεικνύεται πως αυτή κοινοποιήθηκε ηλεκτρονικά στους προσφέροντες, στις 05.12.2019, ώστε η κατ' αυτής στρεφόμενη Προδικαστική Προσφυγή να έχει κατατεθεί, δια ανάρτησης στο ΕΣΗΔΗΣ στις 13.12.2019, εντός της προθεσμίας που ορίζουν τα άρθρα 361 παρ. 1 περ. (α) Ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. (α) Κανονισμού.

6. Επειδή, η προσφεύγουσα, στρεφόμενη κατά της επίμαχης Απόφασης ασκεί την Προδικαστική Προσφυγή με άμεσο, προσωπικό και ενεστώως έννομο συμφέρον (ΣΤΕ (Γ' Τμήμα) 328/2011, ΕΑ 213/2011, (Δ' Τμήμα, 7μελές) 2166/2003, (Ε' Τμήμα) 414/2002, Ολομ. 280/1996), καθώς, δραστηριοποιούμενη επιχειρηματικά στον τομέα της επίμαχης σύμβασης, συμμετείχε στον Διαγωνισμό και πλέον μετά την έκδοση της προσβαλλόμενης απόφασης με την οποία αποκλείσθηκε από τη συνέχειά του, υφίσταται βλάβη, όπως απαιτείται από τις διατάξεις των άρθρων 360 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και 3 παρ. 1 Π.Δ. 39/2017.

7. Επειδή, η Αναθέτουσα Αρχή, κοινοποίησε στις 17.12.2019 την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο, ο οποίος μπορεί να θίγεται από την αποδοχή της και απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις από 20.12.2019 απόψεις της σχετικά με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, τις οποίες κοινοποίησε στην προσφεύγουσα στις 23/12/2019, ζητώντας παράλληλα την απόρριψή της, ενώ η προσφεύγουσα στις 15.01.2010 κατέθεσε το με ίδια ημερομηνία Υπόμνημά της προς αντίκρουση των απόψεων της αναθέτουσας αρχής.

8. Επειδή, εν γένει παραδεκτώς και εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ. 39/2017 παρεμβαίνει η συμμετέχουσα εταιρεία με την επωνυμία «...», αφού η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην Παρεμβαίνουσα μέσω του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.Δ.Η.Σ.

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

στις 17.12.2019, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 27.12.2019, η παρεμβαίνουσα, δε, έχει προφανές έννομο συμφέρον να παρέμβει, αφού επιδιώκει τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης με την οποία έχει γίνει αποδεκτή η προσφορά της.

9. Επειδή, εν γένει εμπροθέσμως, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017 παρεμβαίνει η συμμετέχουσα εταιρεία με την επωνυμία «...» αφού η εν λόγω προσφυγή κοινοποιήθηκε από την αναθέτουσα αρχή στην Παρεμβαίνουσα μέσω του δικτυακού τόπου του διαγωνισμού στο Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ. στις 17.12.2019, οπότε και εκκινεί η σχετική 10ήμερη προθεσμία προς άσκηση παρέμβασης, και η εν λόγω Παρέμβαση ασκήθηκε στις 27.12.2019, πλην όμως απαραδέκτως ελλείπει εννόμου συμφέροντος, καθόσον σύμφωνα με τα παγίως κριθέντα στη νομολογία του ΣτΕ, ήδη υπό την ισχύ των, προγενέστερων του Ν. 4412/2016 (ΒΙΒΛΙΟ IV), Νόμων 2522/1997 και 3886/2010: διαγωνιζόμενος, του οποίου η προσφορά νομίμως αποκλείεται, καθίσταται τρίτος ως προς την εξέλιξη της αντίστοιχης διαδικασίας, ώστε να στερείται καταρχήν εννόμου συμφέροντος προς αμφισβήτηση της νομιμότητας της αποδοχής της προσφοράς άλλου διαγωνιζομένου. Υπενθυμίζεται από το κρίνον Κλιμάκιο, ότι υπό τα σύγχρονα νομικά δεδομένα, η διαστολή του εννόμου συμφέροντος της παρεμβαίνουσας, ώστε να δύναται να προβάλλει ανεξαιρέτως λόγους ακύρωσης κατά της αποδοχής προσφοράς της προσφεύγουσας, δεν μπορεί να γίνει δεκτή καθώς δεν έχει παραχθεί σε επίπεδο οριστικής δικαστικής προστασίας εκείνη η ακυρωτική νομολογία εκ του Ανώτατου Ακυρωτικού όπου θα γίνεται ρητά λόγος από τους Δικαστές του για «μεταστροφή της πάγιας νομολογίας του». Μάλιστα, κατά την πρώτη επιστημονική διαπραγμάτευση του ζητήματος αυτού τον Μάιο 2018 στο 5ο Ετήσιο Επιστημονικό Συνέδριο «ΔΙΑΛΟΓΟΙ ΣΥΝΤΑΓΜΑΤΙΚΟΥ, ΔΙΟΙΚΗΤΙΚΟΥ ΚΑΙ ΕΥΡΩΠΑΪΚΟΥ ΔΙΚΑΙΟΥ», που διοργάνωσε η Ένωση Ελλήνων Δημοσιολόγων (ΕΕΔ) σε συνεργασία με τον Δικηγορικό Σύλλογο Βόλου (ΔΣΒ), στο Τεχνικό Επιμελητήριο (Τ.Ε.Ε.) Μαγνησίας στις 11-12.5.2017, επισημάνθηκε από τον Ι. Κίτσο, «Το έννομο συμφέρον ως προϋπόθεση παραδεκτού της ακυρωτικής διοικητικής δίκης», πως το νομικό ζήτημα είναι προδήλως «επιστημονικά ανοιχτό» καθώς «δεν είναι διόλου αυτονόητη η αναλογική εφαρμογή στο ημέτερο Δίκαιο των Δημοσίων Συμβάσεων» της

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

περίφημης Απόφασης του ΔΕΕ της 11.5.2017 στην υπόθεση C-131/16, Archus και Gama λαμβανομένης, τονίζοντας την ειδική περιπτώσιολογία της υπόθεσης που έκρινε το ΔΕΕ υπό το φως των νομικών ιδιαιτεροτήτων του πολωνικού Δικαίου των Δημοσίων Συμβάσεων. Αργότερα δε, στο Άρθρο του Παρέδρου του ΣΤΕ Ν. Μαρκόπουλου, «Το έννομο συμφέρον αποκλεισθέντος οικονομικού φορέα για την προσβολή πράξεων της διαγωνιστικής διαδικασίας αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων», Νομολογία Δημοσίων Έργων & Περιβάλλοντος Τεύχος 7, 2018, σελ. 5επ. γίνεται ρητά λόγος πως (σελ. 16-17) η νομολογία του ΣΤΕ «δεν έχει κατασταλάξει οριστικώς» και «βρίσκεται σε στάδιο διαμορφώσεως» τασσόμενος πάντως αρνητικά επί του νομικού ζητήματος, καθώς έτσι επέρχεται «αλλοίωση της ηθικής της διαγωνιστικής διαδικασίας» (βλ. και Ν. Μαρκόπουλος, «Η νομολογία του Δικαστηρίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης (Δ.Ε.Ε.) για το έννομο συμφέρον προσβολής πράξεων ή παραλείψεων αναθέσεως δημοσίων συμβάσεων», Ομιλία στο Ιδρυτικό Συνέδριο της ΑΕΠΠ, 08.02.2019, Αγ. Ιωάννης Ρέντης). Με την πρόσφατη Μελέτη του ίδιου του Συμβούλου της Επικρατείας, Η. Μάζου, «Δικαστική προστασία ενώπιον του ΣΤΕ στις δημόσιες συμβάσεις», σε: Ε.-Ε. Κουλουμπίνη – Η. Μάζου – Ι. Κίτσου, Δημόσιες Συμβάσεις - Ν 4412/2016: Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή (συλλογικό έργο), Νομική Βιβλιοθήκη 2019, σελ. 501-502, επισημαίνεται η δεδομένη νομική διάσταση που πράγματι επικράτησε στους κόλπους της Επιτροπής Αναστολών, και προκρίνεται, υπό καθεστώς ασφάλειας δικαίου, ότι: «Η επίλυση του ζητήματος μεταφέρεται αναγκαίως στον ακυρωτικό σχηματισμό του Δικαστηρίου» το οποίο δεν έχει ακόμη οριστικά κατασταλάξει. Εντελώς πρόσφατα, τέλος, δυνάμει παραπομπής από την Απόφαση 180/2019 της Επιτροπής Αναστολών του Α΄ Τμήματος Διακοπών του ΣΤΕ παραπέμφθηκε στην Επιτροπή Αναστολών της Ολομελείας το κρίσιμο ζήτημα η οποία με την Απόφασή της 235/2019 διατύπωσε προς το Δικαστήριο της Ευρωπαϊκής Ένωσης σειρά προδικαστικών ερωτημάτων εν προκειμένω (πηγή www.adjustice.gr Ανακοίνωση 18.10.2019). Μέχρι την εκ νέου αναπομπή της υπόθεσης όμως στο ημέτερο Ανώτατο Ακυρωτικό Δικαστήριο κατά τα όσα θα κρίνει το ΔΕΕ, λόγοι ασφάλειας δικαίου επιτάσσουν, κατά την κρίση του Κλιμακίου, την εφαρμογή της πάγιας, μέχρι σήμερα, σαφούς νομολογίας του όπως εφαρμόστηκε. Εξάλλου, εν προκειμένω δεν πληρούνται και οι τιθέμενες από τις πρόσφατες αποφάσεις προϋποθέσεις εφαρμογής της διεύρυνσης του

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

εννόμου συμφέροντος, άλλως τελούν αυτές υπό αίρεση. Ειδικότερα, επισημαίνεται ότι έννομο συμφέρον σύμφωνα με πρόσφατες αποφάσεις αναστολών (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 30/2019, 180/2019) έχει προσφεύγων εφόσον επιδιώκει την ματαίωση διαγωνιστικής διαδικασίας, είναι, δε, λυσιτελής η προβολή των σχετικών αιτιάσεων, εφόσον πλήττεται με την ίδια προδικαστική προσφυγή η συμμετοχή απάντων ανεξαιρέτως των συνδιαγωνιζομένων του στα επόμενα στάδια της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης και δύναται να επιδιώξει βάσει όμοιας διακήρυξης την ανάθεση στον ίδιο της ίδιας σύμβασης. Δεδομένου, ωστόσο, ότι κατά το στάδιο της άσκησης της υπό εξέταση προσφυγής, δεν έχουν απορριφθεί όλοι οι συμμετέχοντες, η, δε, παρεμβαίνουσα δεν δύναται παραδεκτως να στραφεί κατά της συμμετοχής του συνόλου αυτών, δεν τυγχάνει, εν πάση περιπτώσει αναλογικής εφαρμογής και η πρόσφατη νομολογία που αφορά την διεύρυνση του εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος και η οποία δεν έχει, ως προελέχθη, κατασταλάξει.

10. Επειδή το άρθρο 18 Δ - Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της Διακήρυξης ορίζει ότι: *«Για την συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει: (...)*

γ) το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και ο αριθμός των διευθυντικών στελεχών τους (συνολικά) κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018 να είναι άνω των πενήντα (50) ατόμων.»

11. 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 ουσιαδών 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).

12. Επειδή η προσφεύγουσα με τον μοναδικό λόγο της προσφυγής της

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

ισχυρίζεται επί λέξει ότι «[...] Σύμφωνα με το άρθρο 18.Δ.γ) της διακήρυξης «... Για την συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει: γ) το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και ο αριθμός των διευθυντικών στελεχών τους (συνολικά) κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018 να είναι άνω των πενήντα (50) ατόμων.».[...] Από την ίδια τη γραμματική ερμηνεία του όρου της διακήρυξης, η οποία, ως κανονιστικό πλαίσιο που διέπει το διαγωνισμό δεσμεύει τόσο τους υποψηφίους όσο και την Αναθέτουσα Αρχή, κατά τα ήδη γνωστά στην Αρχή Σας και παγίως νομολογηθέντα (βλ. ΣΤΕ 1415/2000 Ολ., 3634/2007 κ.ά.), όπως αυτή η ερμηνεία εξάγεται σε συνδυασμό με την γραμματική ερμηνεία της αντίστοιχης διάταξης του άρθρου 75 παρ. 4 του ν. 4412/2016, προκύπτει ότι βούληση του συντάξαντος την διακήρυξη εν προκειμένω ήταν να μην χρησιμοποιήσει το κριτήριο του ελάχιστου ετήσιου εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και διευθυντικών στελεχών των οικονομικών φορέων για ένα, δύο ή περισσότερα έτη προ του διαγωνισμού, κατά τη διατύπωση του νόμου, αλλά να διαγνώσει την ικανότητα και επάρκεια ενός οικονομικού φορέα να ανταπεξέλθει στις απαιτήσεις της σύμβασης βάσει του μέσου ετήσιου εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και διευθυντικών στελεχών του εντός μιας χρονικής περιόδου την οποία προσδιόρισε στην τριετία. Με άλλα λόγια, η Αναθέτουσα Αρχή, αξιοποιώντας την διακριτική της ευχέρεια να θέσει κριτήριο τεχνικής επαγγελματικής επάρκειας των υποψηφίων, άσκησε την αρμοδιότητά της αυτή δια της θέσπισης σχετικού ειδικού όρου στην διακήρυξη, η τήρηση κατ' αρχάς του οποίου δεν ανήκει στην διακριτική ευχέρειά της πλέον, αλλά συνιστά δέσμια αρμοδιότητά της. Περιεχόμενο περαιτέρω του όρου αυτού δεν είναι ένας ελάχιστος ετήσιος αριθμός εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και διευθυντικών στελεχών, ήτοι αριθμός εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και διευθυντικών στελεχών ενός εκάστου εκ των τριών τελευταίων ετών, τουλάχιστον ίσου με μια προκαθορισμένη ελάχιστη τιμή, αλλά ο μέσος όρος του εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και διευθυντικών στελεχών κατά τη διάρκεια μιας περιόδου, ήτοι της τριετίας. Κατά την μόνη υπαρκτή και γνωστή από τα διδάγματα της κοινής πείρας έννοια του όρου «μέσος», αυτός οριοθετείται ως η δειγματική μέση τιμή ενός συνόλου παρατηρήσεων και ορίζεται ως το άθροισμα των παρατηρήσεων δια του πλήθους αυτών. Είναι δηλαδή η μαθηματική πράξη ανεύρεσης της «μέσης απόστασης» ανάμεσα σε δύο ή περισσότερους αριθμούς προκύπτουσα ως το πηλίκο της διαίρεσης του αθροίσματος αριθμών με τον

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

αριθμό που αντιπροσωπεύει το πλήθος τους (Γ. Μπαμπινιώτη, Λεξικό της Νέας Ελληνικής Γλώσσας, υπό το λήμμα «μέσος», σελ. 1084). Εν προκειμένω, βάσει της διατύπωσης του άνω όρου της διακήρυξης και της απόδοσης αυθύπαρκτου περιεχομένου και υπόστασης στον όρο «μέσος» που χρησιμοποιείται όντως από την διακήρυξη, μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και διευθυντικών στελεχών της τελευταίας τριετίας είναι κατ' αρχάς ένα μέγεθος και όχι τρία και ορίζεται ως το πηλίκο της διαίρεσης του αθροίσματος των τριών ετήσιων αριθμών σε αυτή την περίοδο (δηλαδή αριθμός έτους 2016 + αριθμός έτους 2017 + αριθμός έτους 2018) με τον αριθμό που αντιπροσωπεύει το πλήθος τους (δηλαδή με το 3). Οποιαδήποτε άλλη θεώρηση της διάταξης αυτής της διακήρυξης, δυνάμει της οποίας δεν αναζητάται ο μέσος όρος των ετήσιων αριθμών την τελευταία τριετία, ώστε το ένα αυτό νούμερο να είναι τουλάχιστον ίσο με το ελάχιστο απαιτούμενο ύψος, αλλά συγκρίνεται έκαστος ατομικά αριθμός κάθε έτους εντός της επίμαχης τριετίας με το ελάχιστο απαιτούμενο αριθμό, παραβιάζει ρητό όρο της διακήρυξης, όπως αυτός διατυπώνεται στο άρθρο 18.Δ.γ) αυτής καθώς διαγράφει από αυτόν σαφώς και ρητώς προσδιορισμένη λέξη (τη λέξη «μέσο» από τη φράση «μέσο ετήσιο») και εξομοιώνει αυτή με τον όρο όπως θα ήταν αν δεν υπήρχε η επίμαχη λέξη (οπότε και η διατύπωση του σχετικού όρου της διακήρυξης θα ήταν «ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και διευθυντικών στελεχών» την τελευταία τριετία). Υπό το πρίσμα των ανωτέρω, η Επιτροπή Διαγωνισμού και ακολούθως η προσβαλλόμενη απόφαση που υιοθέτησε το Πρακτικό της Επιτροπής εγκρίνοντάς το, έσφαλαν κρίνοντας ότι η εταιρεία μας «...» δεν κάλυπτε τον ελάχιστο απαιτούμενο αριθμό ετήσιου εργατοϋπαλληλικού δυναμικού, ήτοι τον αριθμό των 50, για το έτος 2016 (οπότε και αντίστοιχος αριθμός της ήταν 42) και το κάλυπτε για τα έτη 2017 και 2018 (οι αριθμοί εκάστου έτους ήταν 60 και 83 αντίστοιχα). Και τούτο διότι, το πηλίκο της διαίρεσης του αθροίσματος των τριών ετών της εταιρείας μας στην κρίσιμη τριετία με τον αριθμό που αντιπροσωπεύει το πλήθος τους ($83 + 60 + 42 = 185 : 3$), ήτοι ο αριθμός 61,66, είναι αφενός το μοναδικό μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό της την τριετία αυτή αφετέρου μέγεθος αριθμητικά μεγαλύτερο του ελάχιστου απαιτούμενου των 50 ατόμων που ορίζει η διακήρυξη.

Ακόμα δε κι αν γίνει δεκτό ότι ο όρος 18.Δγ είναι ασαφής, ο αντίστοιχος όρος που καθορίζει τα αποδεικτικά μέσα για το ελάχιστο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό (άρθρο 19.6γ της Διακήρυξης) είναι μονοσήμαντος και δεν επιδέχεται

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

διαφορετικής ερμηνείας, αφού προβλέπει την υποβολή υπεύθυνης δήλωσης του οικονομικού φορέα, όπου θα δηλώνεται ο μέσος όρος κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018 για το εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και τα διευθυντικά στελέχη αυτού συνοδευόμενης από τους αντίστοιχους ετήσιους πίνακες προσωπικού από την αρμόδια αρχή (Επιθεώρηση Εργασίας ή/και ΕΦΚΑ). Στο πλαίσιο αυτό, επισημαίνεται ότι ο ετήσιος πίνακας προσωπικού που κάθε εργοδότης υποχρεούται να καταθέτει μια φορά το χρόνο καταγράφει το σύνολο του προσωπικού, που απασχολεί με σχέση εξαρτημένης εργασίας στην επιχείρηση του κατά την ώρα υποβολή του εν λόγω πίνακα στο Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας (άρθρο 16 του ν. 2874/2000). Με άλλα λόγια, οι ετήσιοι πίνακες προσωπικού δεν εξάγουν το μέσο όρο των εργαζομένων ενός φορέα καθ' όλη τη διάρκεια του έτους αλλά αποτυπώνουν τον αριθμό των εργαζομένων τη δεδομένη χρονική στιγμή της υποβολής τους. Επομένως, η λέξη «μέσος» στη διακήρυξη δε θα μπορούσε να σημαίνει το μέσο πλήθος των εργαζομένων μέσα σε καθένα από τα έτη 2016, 2017 και 2018 (π.χ. μέσος όρος των εργαζομένων ανά μήνα) αλλά μόνο το μέσο όρο των εργαζομένων κατά τα τρία (3) έτη, για την εξαγωγή του οποίου λαμβάνεται υπόψη ένας και μοναδικός αριθμός ανά έτος, ήτοι ο αριθμός που φαίνεται στις τελικές καταστάσεις προσωπικού.

Επομένως, μη νομίμως και κατά παράβαση ρητού όρου της διακήρυξης η προσβαλλόμενη απόφαση αφαίρεσε οίκοθεν και αυθαίρετα από τον άνω όρο της διακήρυξης που εφάρμοσε την λέξη «μέσο» και, αντί να αναζητήσει ως όφειλε το μέσο τέτοιο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό, αναζήτησε το ελάχιστο απαιτούμενο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό την τελευταία τριετία ανά έτος, ανεξαρτήτως της μέσης τιμής αυτού και πρέπει εξ αυτού του λόγου να ακυρωθεί. Είναι, άλλωστε, αυτονόητο ότι η συμπερίληψη των ελάχιστων τεχνικών και οικονομικών απαιτήσεων σε μια διακήρυξη αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής σε σχέση με την υπό ανάθεση σύμβαση (βλ. ΑΕΠΠ 687/2019). Στο πλαίσιο αυτό, η ερμηνεία του επίμαχου όρου του υπό κρίση διαγωνισμού προς την κατεύθυνση της προσβαλλόμενης, δεν δικαιολογείται ούτε από τη φύση ούτε από τις απαιτήσεις της δημοπρατούμενης σύμβασης ως προς το ανθρώπινο δυναμικό. Η δε ερμηνεία στην οποία προέβη η αναθέτουσα αρχή

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

επί όρου του άρθρου 18.Δ.γ) της διακήρυξης, αντίκειται στα διδάγματα της κοινής λογικής και πείρας, καθώς είναι αναμφισβήτητο ότι ο μέσος συναλλασσόμενος έχει συνδέσει τη λέξη «μέσος» με την έννοια της μέσης τιμής και όχι με επιμέρους μεγέθη τα οποία απαρτίζουν τη μέση τιμή. Προς επίρρωση των ισχυρισμών μας, επικαλούμαστε την ad hoc 786/2019 Απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία, καίτοι αναφέρεται σε κρίση επί της ελάχιστης χρηματοοικονομικής ικανότητας του εκεί προσφεύγοντος, εμπεριέχει σαφή και απόλυτη ερμηνεία και τελικώς κρίση επί της έννοιας της λέξης «μέσος», όταν αυτή προσδιορίζει αριθμητικό μέγεθος κατά τη διάρκεια ορισμένης περιόδου. Συγκεκριμένα, η 786/2019 Απόφαση της ΑΕΠΠ, επί αντίστοιχης διατύπωσης άλλης διακήρυξης έκρινε ότι εκ της γραμματικής διατύπωσης του όρου «ο διαγωνιζόμενος να διαθέτει τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών Χ» προκύπτει με σαφήνεια ότι «απαιτείται να δηλωθεί ο μέσος κύκλος εργασιών, ήτοι ο κύκλος εργασιών που προκύπτει από το άθροισμα των ετήσιων κύκλων εργασιών των τελευταίων οικονομικών χρήσεων διαιρούμενο δια του τρία». Λαμβάνοντας δε υπόψη ότι η αναθέτουσα αρχή δεσμεύεται από τους όρους που θεσπίζει με τη διακήρυξη, όπως περιγράφεται αναλυτικότερα παρακάτω, απαραδέκτως με την ήδη προσβαλλόμενη εξέφρασε ότι βούλησή της ήταν να απαιτήσει από τους διαγωνιζόμενους να έχουν κατ' έτος τουλάχιστον 50 άτομα προσωπικού τα τελευταία τρία χρόνια, καθώς η υποτιθέμενη αυτή βούληση ουδόλως εκφράστηκε στους όρους της διακήρυξης, σε κάθε δε περίπτωση συνιστά μεταγενέστερη ανεπίτρεπτη μεταβολή αυτών.[...] Η εταιρεία μας, λαμβάνοντας υπόψη ότι η διακήρυξη, χρησιμοποιώντας έναν όρο με αυτοτελές περιεχόμενο (τον όρο «μέσο»), προφανώς, επιθυμούσε να εφαρμόσει τον όρο αυτό και όχι να τον αγνοήσει, εύλογα σχημάτισε την βεβαία πεποίθηση ότι και στην περίπτωση της δικής μας εταιρείας αρκούσε το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό της εταιρείας μας την τελευταία τριετία να είναι μεγαλύτερο του ελάχιστου και όχι το ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό κάθε έτους της τριετίας διακριτά και αυτοτελώς να ξεπερνά το όριο αυτό, για να καλύψει την απαίτηση της διακήρυξης. Πολλώ δε μάλλον προκύπτει η εύλογη εμπιστοσύνη μας στον συγκεκριμένο όρο της διακήρυξης και από το γεγονός ότι η εταιρεία μας δεν επικαλέσθηκε τη τεχνική- επαγγελματική ικανότητα τρίτου φορέα για την κάλυψη του ελάχιστου απαιτούμενου εργατοϋπαλληλικού δυναμικού, καίτοι είχε τη δυνατότητα αυτή βάσει του όρου 18Στ της διακήρυξης, ευχέρεια που προφανώς

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

θα ασκούσε, εάν είχε την παραμικρή κατανόηση ότι έθετε σε κίνδυνο την παραδεκτή συμμετοχή της στον υπό κρίση διαγωνισμό.»

13. Επειδή, η αναθέτουσα αντικρούει τον ως άνω λόγο της προσφυγής και αναφέρει σχετικώς ότι «[...]Ορίζεται στο άρθρο 18.Δ. της Διακήρυξης με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», στην περ. γ' αυτού ότι:[...] Η προσφεύγουσα ότι κατά την έννοια του ανωτέρου όρου της Διακήρυξης, το απαιτούμενο μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό αποτελεί το μέσο όρο του απασχολούμενου από τους διαγωνιζόμενους προσωπικού των ετών 2016, 2017, 2018. Ωστόσο η ερμηνεία αυτή έρχεται ευθέως σε αντίθεση με τη γραμματική διατύπωση του όρου : ο όρος δεν αναφέρεται ούτε σε «μέσο όρο» ούτε σε μέσο δυναμικό «των ετών 2016, 2017 και 2018», ώστε να δύναται ερμηνευτικά να συναχθεί ότι η απαίτηση αφορά τον μέσο όρο των ετών 2016-2018. Εξάλλου, ο όρος «μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό» έχει καθιερωθεί στη συναλλακτική πρακτική της λειτουργίας των επιχειρήσεων και στους σχετικούς με τη λειτουργία των επιχειρήσεων κανόνες της επιστήμης με συγκεκριμένη έννοια που αποτυπώνεται και στο νόμο. Ειδικότερα: Στην ΠΟΑ.1003/31.12.2014 «Παροχή οδηγιών για την εφαρμογή των διατάξεων του ν. 4308/2014 (ΦΕΚ Α' 251) περί των «Ελληνικών Λογιστικών Προτύπων, συναφείς ρυθμίσεις και άλλες διατάξεις», και συγκεκριμένα στο άρθρο 2, παρ. 2.4 και 2.5 αναφέρονται τα εξής: «2.4 Σκοπός των κριτηρίων του άρθρου 2, σύμφωνα και με τις σχετικές διατάξεις της Οδηγίας, 2013/34/ΕΕ είναι η κατάταξη των οντοτήτων σε κατηγορίες μεγέθους, ανάλογα με την οικονομική τους σημασία. Ο μέσος όρος του προσωπικού υπολογίζεται στη βάση πλήρους απασχόλησης σε ημερήσια και ετήσια βάση, για όλους τους εργαζόμενους που έχουν ή τεκμαίρεται ότι έχουν εργασία έμμισθης απασχόλησης. Συγκεκριμένα, περιλαμβάνονται οι έχοντες έμμισθη σχέση αλλά και τα πρόσωπα που απασχολούνται με σχέση που εξομοιώνεται με έμμισθη εργασία, όπως δικηγόροι, λογιστές ή μηχανικοί όταν είναι πλήρους απασχόλησης και ανεξάρτητα του τρόπου που αμείβονται (π.χ. με τιμολόγιο). Συμπεριλαμβάνονται επίσης οι απασχολούμενοι με μίσθωση από άλλη οντότητα καθώς και οι ιδιοκτήτες επιχειρηματίες, εφόσον απασχολούνται στην οντότητα και αμείβονται από αυτή. Διευκρινίζεται ότι δεν λαμβάνονται υπόψη εκπαιδευόμενοι και σπουδαστές που απασχολούνται με συμβάσεις εκπαίδευσης και κατάρτισης, καθώς και εργαζόμενοι που έχουν λάβει γονική άδεια. Αναφορικά με τον

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

υπολογισμό του μέσου όρου προσωπικού, ποσοστά μικρότερα του 0,5 στρογγυλοποιούνται προς τα κάτω και ποσοστά μεγαλύτερα του 0,5 στρογγυλοποιούνται προς τα πάνω. Για παράδειγμα, μια οντότητα απασχολεί 5 άτομα σε πλήρη απασχόληση, 2 άτομα με εποχιακή απασχόληση 5 μηνών αλλά πλήρους ημερήσιας απασχόλησης και 7 άτομα πλήρους ετήσιας απασχόλησης αλλά μερικής ημερήσιας απασχόλησης τριών ωρών, καθώς και έναν επαγγελματία πλήρους απασχόλησης που αμείβεται με τιμολόγιο. Ο μέσος όρος του προσωπικού που απασχολήθηκε στην περίοδο είναι $(5 * 12/12) + (2 * 5/12) + (7 * 12/12 * 3/8) + 1 = 9.46$ και για την στρογγυλοποίηση 9 (σε ισοδύναμες μονάδες ετήσιας απασχόλησης).». Σύμφωνα με τα ανωτέρω η στρογγυλοποίηση γίνεται στον τελικό αριθμό που προκύπτει σε ετήσια βάση, βάσει του μέσου όρου για την κάθε χρονική περίοδο εντός του έτους και όχι για ένα σύνολο ετών. Είναι λοιπόν σαφές ότι το «μέσο ετήσιο εργατικοϋπαλληλικό δυναμικό» αποτελεί όρο με συγκεκριμένη έννοια και περιεχόμενο, καθιερωμένο στην επιστήμη και στις συναλλαγές και ως εκ τούτου γνωστό στον μέσο συναλλασσόμενο επιμελή και αρκούντως ενημερωμένο διαγωνιζόμενο. Λόγω ακριβώς της καθιερωμένης στις συναλλαγές έννοιας του όρου, είναι σαφέστατο από τη διατύπωση της Διακήρυξης ότι η λέξη «μέσο» αναφέρεται και συνδέεται με το «ετήσιο» εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και όχι με «μέσο όρο» ετών όπως αβάσιμα υποστηρίζει η προσφεύγουσα. Επομένως, το κρίσιμο εν προκειμένω σημείο, δεν είναι τι σημαίνει η λέξη «μέσος», όπως επιχειρεί να μας διδάξει η προσφεύγουσα, καταφεύγοντας σε λήμματα λεξικών, αφού είναι εκ προοιμίου κατανοητή σε οποιονδήποτε άνθρωπο που διαθέτει κοινή λογική, αλλά πώς συνδέεται συντακτικά με τις υπόλοιπες λέξεις, προκειμένου να σχηματίσει ένα συγκεκριμένο όρο γνωστό στις συναλλαγές, το νόημα του οποίου όχι μόνο είναι καθιερωμένο στις συναλλαγές αλλά αποτυπώνεται και στο νόμο (ανωτέρω ΠΟΛ.). Έτσι, η λέξη «μέσος» συνδέεται με την επόμενη λέξη «ετήσιο» και όχι με τον χρονικό προσδιορισμό «κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018», όπως προσπαθεί με εντυπωσιακά, πλην άκυρα, άλματα συντακτικής λογικής να δείξει η προσφεύγουσα. Η δε ως άνω φράση της διακήρυξης «κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018», όπως είναι δομημένη, δηλώνει σαφώς ότι ο μέσος όρος αυτός ζητείται για κάθε έτος ξεχωριστά, με την παρατακτική σύνδεση όμοιων αλλά ανεξάρτητων εννοιών, χρησιμοποιώντας το κόμμα και τον σύνδεσμο «και». Αντιθέτως, αν το ζητούμενο ήταν ο μέσος όρος των ετών αυτών, όπως αυθαίρετα μας καλεί να

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

υιοθετήσουμε η προσφεύγουσα, η διατύπωση θα γινόταν σε γενική (δηλ. μέσο δυναμικό «των ετών 2016,2017 και 2018»), είτε θα είχε χρησιμοποιηθεί η λέξη «τριετία», όπως πολλακίς αναφέρεται στην προδικαστική προσφυγή της ..., κάθε φορά που εναγωνίως προσπαθεί να επιβάλει την ερμηνεία της για τον υπό κρίση όρο και να τον φέρει στα μέτρα της. Είναι χαρακτηριστικό ότι στη σελίδα 13 της προσφυγής, όταν υποδεικνύει πώς θα έπρεπε να είχε διατυπωθεί ο όρος της διακήρυξης, αφού, κατά την κρίση της, η προσβαλλόμενη απόφαση δεν λαμβάνει υπόψη της τη λέξη «μέσος», γράφει επί λέξει «οπότε και η διατύπωση του σχετικού όρου της διακήρυξης θα ήταν «ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και διευθυντικών στελεχών» την τελευταία τριετία». Η φράση αυτή μεταφέρεται σχεδόν αυτολεξεί από την 786/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ (σκέψη 14), που επικαλείται εξάλλου η προσφεύγουσα, αφού έχει αλλάξει μόνο η εκεί φράση «ετήσιος κύκλος εργασιών», δεν προσαρμόστηκε όμως, και η λέξη «τριετία» που συνάδει με τα εκεί αναφερόμενα στη διακήρυξη που δεν ξεχωρίζει τα έτη αλλά τα ομαδοποιεί, αλλά στον υπό εξέταση διαγωνισμό είναι αυθαίρετη. Να σημειώσουμε ακόμα ότι -σκόπιμα;- παραλείπεται στην προτεινόμενη διατύπωση, και η καθοριστική για την περίπτωση μας λέξη «συνολικά» που βρίσκεται εντός παρενθέσεως στην διακήρυξη, πριν τον χρονικό προσδιορισμό και η οποία ετέθη στο σημείο αυτό για να ενοποιήσει τις δύο ξεχωριστές έννοιες του εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και των διευθυντικών στελεχών, προς άρση οποιαδήποτε αμφισημίας, ότι δηλαδή δεν ζητείται ο μέσος όρος εκάστου μέρους. Είναι προφανές ότι η λέξη αυτή θα είχε τεθεί μετά τα έτη 2016, 2017 και 2018 αν ίσχυαν όσα επιχειρεί εναγωνίως να τεκμηριώσει η προσφεύγουσα. Τέλος, η προσπάθεια αποκοπής της λέξης «μέσος» από τις υπόλοιπες λέξεις και η αποσιώπηση των επακόλουθων νοηματικών και συντακτικών σχέσεων είναι σε επίπεδο λογικής διεργασίας ανεπίτρεπτη έως σκόπιμη, αφού, για να παραφράσουμε ένα σκεπτικό του ΔΕΕ, στην απόφαση της 20ής Δεκεμβρίου 2017, στην υπόθεση C-677/15P, «...το ζήτημα αν η αιτιολογία πράξεως ανταποκρίνεται στις κατά το άρθρο 296 ΣΛΕΕ απαιτήσεις πρέπει να εκτιμάται με γνώμονα όχι μόνον το γράμμα της, αλλά και το πλαίσιο στο οποίο εντάσσεται, καθώς και το σύνολο των κανόνων δικαίου που διέπουν τον σχετικό τομέα», μία λέξη από μόνη της μπορεί να φέρει πολλές σημασίες, όχι όμως, όπως αποδείξαμε, όταν συσχετίζεται με άλλες ή όταν είναι συνδεδεμένη και οριοθετημένη ως προς την έννοιά της στον οικείο κύκλο συναλλαγών ή στους

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

κανόνες της επιστήμης που ισχύουν σε αυτόν...».

14. Επειδή, η 1^η Παρεμβαίνουσα αντικρούει τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας και ισχυρίζεται ότι «Από το σαφές γράμμα της παραπάνω διάταξης της Διακήρυξης προκύπτει ότι προϋπόθεση συμμετοχής στον Διαγωνισμό είναι, μεταξύ άλλων, «το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό» και «ο αριθμός των διευθυντικών στελεχών» αθροιστικά («συνολικά») να υπερβαίνει τα πενήντα (50) άτομα, κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018. Συναφώς, όπως προκύπτει από το άρθρο 3 της Οδηγίας 2013/34/ΕΕ και από το άρθρο 2 του Ν. 4308/2014, η έννοια του «μέσου ετήσιου εργατοϋπαλληλικού δυναμικού» (ή αλλιώς «μέσος όρος προσωπικού» ή «μέσος όρος απασχολουμένων») είναι γνωστή έννοια στην ενωσιακή και εθνική νομοθεσία (βλ. και την ΠΟΛ 1003/2015, στις παρ. 2.4 και 2.5 της οποίας δίνονται και συγκεκριμένα παραδείγματα υπολογισμού του εν λόγω μεγέθους). Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα εταιρία δήλωσε στο υποβληθέν ΕΕΕΣ, μεταξύ άλλων, ότι, κατά το έτος 2016, το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό ανήλθε σε 35 άτομα και ο αριθμός των διευθυντικών στελεχών της ανήλθε σε 7 άτομα. Συνεπώς, συνολικά, κατά το έτος 2016, το άθροισμα των εν λόγω ατόμων ανήλθε σε 42 άτομα, αριθμός που υπολείπεται των 50 ατόμων που αποτελούσε προϋπόθεση συμμετοχής, σύμφωνα με την προαναφερθείσα διάταξη της Διακήρυξης. Συνεπώς, ορθώς κρίθηκε απαράδεκτη η αίτηση συμμετοχής της προσφεύγουσας εταιρίας, με την προσβαλλόμενη απόφαση. Τα δε περί του αντιθέτου προβαλλόμενα είναι προδήλως αβάσιμα. Ειδικότερα: Ο ισχυρισμός ότι η «βούληση του συντάξαντος την διακήρυξη» ήταν διαφορετική από το γράμμα της Διακήρυξης είναι αβάσιμος, ουδόλως δε βρίσκει έρεισμα σε κάποιο σημείο της Διακήρυξης ή στον φάκελο αυτής. Η πραγματικότητα είναι ότι από το γράμμα της Διακήρυξης προκύπτει η σαφής βούληση του «συντάξαντος» αυτήν η προϋπόθεση συμμετοχής να αφορά το άθροισμα δύο διαφορετικών μεγεθών: α) «του μέσου ετήσιου εργατοϋπαλληλικού δυναμικού» και β) «του αριθμού των διευθυντικών στελεχών». Είναι προφανές ότι ο «συντάξας» τη Διακήρυξη, εάν ήθελε ο μέσος ετήσιος όρος να αφορά και το εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και τον αριθμό των διευθυντικών στελεχών, εντός της χρονική περιόδου των ετών 2016 έως και 2018, δεν θα είχε παραθέσει τις λέξεις «μέσο» και «ετήσιο», σε ουδέτερο γένος και σε οριστική πτώση, μετά το οριστικό άρθρο «το» και σε συμφωνία με τη φράση «εργατοϋπαλληλικό δυναμικό», αλλά θα είχε χρησιμοποιήσει ουσιωδώς

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

διαφορετική διατύπωση (λ.χ. θα είχε χρησιμοποιήσει τη φράση: «ο μέσος ετήσιος αριθμός εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και διευθυντικών στελεχών να είναι άνω των 50, για τα έτη 2016 έως και 2018»). Είναι χαρακτηριστικό ότι, προκειμένου να παραθέσει την επιχειρηματολογία της στην υπό κρίση προσφυγή, η προσφεύγουσα εταιρία συνεχώς χρησιμοποιεί τη φράση «ο μέσος όρος του εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και διευθυντικών στελεχών», φράση η οποία δεν ανταποκρίνεται στο γράμμα της Διακήρυξης. Το γεγονός δε αυτό επιβεβαιώνει όλα όσα αναφέρουμε παραπάνω. Η προσφεύγουσα εταιρία σε πολλά σημεία της υπό κρίση προσφυγής εντέχνως αφήνει να νοηθεί ότι η Διακήρυξη δόθηκε αναφερόταν σε μέσο όρο «εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και διευθυντικών στελεχών». Ωστόσο, όπως προαναφέρθηκε, η Διακήρυξη αναφέρει παρατακτικά, σε οριστική πτώση, δύο διαφορετικά μεγέθη: α) «το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό» και β) τον «[αριθμό] των διευθυντικών στελεχών». Η επίκληση του άρθρου 19.6 γ της Διακήρυξης είναι αλυσιτελής. Καταρχάς, η εν λόγω διάταξη ρυθμίζει τα σχετικά αποδεικτικά μέσα και όχι το περιεχόμενο της ζητούμενης επάρκειας. Σε κάθε δε περίπτωση, ουδεμία διάσταση υπάρχει, ούτε δημιουργείται μεταξύ των δύο διατάξεων της Διακήρυξης, πρωτίστως διότι η προαναφερθείσα διάταξη του άρθρου 18Δ της Διακήρυξης είναι αρκούντως σαφής και δεν επιδέχεται καμία περί του αντιθέτου ερμηνεία ή ανάγνωση. Ομοίως αλυσιτελής είναι και η επίκληση της διάταξης του άρθρου 16 του Ν. 2874/2000, διότι, όπως προαναφέρθηκε, η έννοια του «μέσου ετήσιου εργατοϋπαλληλικού δυναμικού» (ή αλλιώς «μέσος όρος προσωπικού» ή «μέσος όρος απασχολούμενων») είναι γνωστή έννοια στην ενωσιακή (Οδηγία 2013/34) και εθνική (Ν. 4308/2014) νομοθεσία...».

15. Επειδή, με το νομίμως κατατεθέν Υπόμνημά της, η προσφεύγουσα αντικρούει τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής και ισχυρίζεται επί λέξει ότι «[...]Δια του υπομνήματος, η Αναθέτουσα Αρχή, πρωτίστως παραβιάζει όρους της διακήρυξης που η ίδια έχει θέσει καθώς ενάντια στην κοινή λογική, με παντελώς αστήρικτες ερμηνείες, επί της ουσίας διαγράφει τη λέξη «μέσο». Συγκεκριμένα αναφέρει «... Ωστόσο η ερμηνεία αυτή έρχεται ευθέως σε αντίθεση με τη γραμματική διατύπωση του όρου: ο όρος δεν αναφέρεται ούτε σε «μέσο όρο» ούτε σε μέσο δυναμικό «των ετών 2016, 2017 και 2018», ώστε να δύναται ερμηνευτικά να συναχθεί ότι η απαίτηση αφορά τον μέσο όρο των ετών 2016-2018.». Πλην όμως η ίδια η διακήρυξη στα δικαιολογητικά Τεχνικής και

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

Επαγγελματικής Ικανότητας του άρθρου 18.Δ., ήτοι της εν λόγω απαίτησης, ρητά ορίζει στο άρθρο 19.6.γ): «... γ) υπεύθυνη δήλωση του οικονομικού φορέα, όπου θα δηλώνεται ο μέσος όρος κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018 για το εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και τα διευθυντικά στελέχη αυτού συνοδευόμενη από τους αντίστοιχους ετήσιους πίνακες προσωπικού από την αρμόδια αρχή (Επιθεώρηση Εργασίας ή/και ΕΦΚΑ), κατά τα στην παρούσα σχετικώς ζητούμενα ως κριτήρια επιλογής.». Επιπλέον, για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητας των οικονομικών φορέων ορίζονται τα σχετικά μέσα απόδειξης στις διατάξεις της παρ. 5 του άρθρου 80 σε συνδυασμό με το Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016. Ειδικότερα ορίζεται: «... Μέρος II: Τεχνική ικανότητα. Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: ... η) δήλωση στην οποία αναφέρονται το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό του παρόχου υπηρεσιών ή του εργολήπτη και ο αριθμός των στελεχών της επιχείρησής του κατά τα τελευταία τρία χρόνια.». Στην περίπτωση του κριτηρίου αυτού προβλέπεται η δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να επιλέγει υποχρεωτικά τα μέσα απόδειξης από τον σχετικό κατάλογο του Παραρτήματος. Εν προκειμένω, όπως προκύπτει εκ των ρητώς αναφερόμενων στη Διακήρυξη του διαγωνισμού καθώς και στην εθνική και κοινοτική νομοθεσία, η Αναθέτουσα Αρχή, με την επιχειρούμενη ερμηνεία, προφανώς βάλλει τόσο κατά των όρων που η ίδια έχει θέσει, όσο και κατά της εφαρμοστέας νομοθεσίας. Όπως προαναφέρθηκε, καταλογίζει στην εταιρεία μας ότι ερμηνεύουμε ενάντια στην κοινή λογική και μάλιστα εμφαντικά διατυπώνει «ότι δεν αναφέρεται «ούτε σε μέσο όρο», ενώ στο άρθρο 19.6.γ) της Διακήρυξης ρητώς απαιτείται «ο μέσος όρος κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018 για το εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και τα διευθυντικά στελέχη». Με το από 20/12/2019 Υπόμνημά της, η Αναθέτουσα Αρχή, το πρώτον, εισάγει στην εφαρμοστέα νομοθεσία της Διακήρυξης, την ΠΟΛ. 1003/31.12.2014 «Παροχή οδηγιών για την εφαρμογή των διατάξεων του ν.4308/2014 περί των «Ελληνικών Λογιστικών Προτύπων, συναφείς ρυθμίσεις και άλλες διατάξεις». Πλην όμως, με το υπό κρίση Υπόμνημα, επιχειρείται από την Αναθέτουσα Αρχή μη νόμιμη τροποποίηση και ερμηνεία πέραν των ρητά προβλεπομένων, των όρων της Διακήρυξης. Ειδικότερα, ο κανονιστικός χαρακτήρας της διακήρυξης (ΣτΕ ΕΑ 352/2016) δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα όσο και τους συμμετέχοντες, οι οποίοι οφείλουν να υποβάλουν τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣτΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχουν νομίμως στο διαγωνισμό. Αυτά όμως, προϋποθέτουν ρητό και σαφή όρο ή έστω σαφή παραπομπή σε σαφή έτερη διάταξη και όχι εκ των υστέρων και κατά την αξιολόγηση, το πρώτον ερμηνεία της διακήρυξης με τρόπο ώστε να εισάγονται όροι αποκλεισμού και υποχρεώσεις των προσφερόντων, οι οποίες δεν προέκυπταν με σαφήνεια από την ίδια τη διακήρυξη (πρβλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2017). Σε κάθε περίπτωση, η επίκληση της ΠΟΛ. 1003/31.12.2014, είναι τουλάχιστον ατυχής, καθώς αφενός ουδεμία σχέση έχει με το υπό κρίση ζήτημα αλλά και τους κανόνες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Εξάλλου η ίδια η Διακήρυξη στα αποδεικτικά μέσα της τεχνικής ικανότητας στο του άρθρου 18.Δ. ορίζει στο 19.6.γ ότι απαιτείται να προσκομιστούν οι ετήσιοι πίνακες προσωπικού από την αρμόδια αρχή (Επιθεώρηση Εργασίας ή/και ΕΦΚΑ). Στο πλαίσιο αυτό, επισημαίνεται ότι ο ετήσιος πίνακας προσωπικού που κάθε εργοδότης υποχρεούται να καταθέτει μια φορά το χρόνο καταγράφει το σύνολο του προσωπικού, που απασχολεί με σχέση εξαρτημένης εργασίας στην επιχείρηση του κατά την ώρα υποβολή του εν λόγω πίνακα στο Σώμα Επιθεώρησης Εργασίας (άρθρο 16 του ν. 2874/2000). Με άλλα λόγια, οι ετήσιοι πίνακες προσωπικού δεν εξάγουν το μέσο όρο των εργαζομένων ενός φορέα καθ' όλη τη διάρκεια του έτους αλλά αποτυπώνουν τον αριθμό των εργαζομένων τη δεδομένη χρονική στιγμή της υποβολής τους. Επομένως, η λέξη «μέσος» στη διακήρυξη δε θα μπορούσε να σημαίνει το μέσο πλήθος των εργαζομένων μέσα σε καθένα από τα έτη 2016, 2017 και 2018 (π.χ. μέσος όρος των εργαζομένων ανά μήνα) αλλά μόνο το μέσο όρο των εργαζομένων κατά τα τρία (3) έτη, για την εξαγωγή του οποίου λαμβάνεται υπόψη ένας και μοναδικός αριθμός ανά έτος, ήτοι ο αριθμός που φαίνεται στις τελικές καταστάσεις προσωπικού.».

16. Επειδή, ύστερα από την μελέτη του ηλεκτρονικού φακέλου της υπόθεσης προκύπτει ότι σύμφωνα με το άρθρο 18 Δ - Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα της Διακήρυξης ορίζεται ότι: «Για την συμμετοχή στην παρούσα διαδικασία οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς θα πρέπει: (...) γ) το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό και ο αριθμός των διευθυντικών στελεχών τους (συνολικά) κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018 να είναι άνω των πενήντα (50) ατόμων.». Η προσφεύγουσα στο ΕΕΕΣ της δήλωσε ότι ο αριθμός των διευθυντικών στελεχών ήταν: 7 στελέχη κατά το έτος 2018, 7 στελέχη κατά το

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

έτος 2017 και 7 στελέχη κατά το έτος 2016, ενώ το μέσο ετήσιο εργατοϋπαλληλικό δυναμικό: 76 άτομα κατά το έτος 2018, 53 άτομα κατά το έτος 2017 και 35 άτομα κατά το έτος 2016. Επομένως για το έτος 2016 το σύνολο εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και διευθυντικών στελεχών ανερχόταν στον αριθμό των 42. Από την γραμματική ερμηνεία του υπό κρίση όρου της Διακήρυξης, προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή έθεσε ως προϋπόθεση για την συμμετοχή στον διαγωνισμό ο κάθε υποψήφιος οικονομικός φορέας να διαθέτει για κάθε έτος ξεχωριστά από το 2016 έως και το 2018 μέσο όρο εργατοϋπαλληλικού δυναμικού και διευθυντικών στελεχών 50 ατόμων και όχι μέσο όρο 50 ατόμων συνδυαστικά για την τριετία αυτή όπως αβασίμως ισχυρίζεται η προσφεύγουσα. Η έννοια του «μέσου ετήσιου εργατοϋπαλληλικού δυναμικού» είναι γνωστή έννοια στην ενωσιακή (Οδηγία 2013/34) και εθνική (Ν. 4308/2014) νομοθεσία και ουδεμία σχέση έχει με την επικαλούμενη από την προσφεύγουσα 786/2019 απόφαση της ΑΕΠΠ, η οποία αναφέρεται σαφώς στο κριτήριο χρηματοοικονομικής ικανότητας σε μία τριετία αφού δε νοείται σαν έννοια μέσος όρος χρηματοοικονομικός για ένα έτος. Περαιτέρω, απαραδέκτως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι ο επίμαχος όρος της Διακήρυξης είναι σε κάθε περίπτωση ασαφής και τούτο διότι δεν αμφισβήτησε τον εν λόγω όρο ασκώντας προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ ενώ δεν αιτήθηκε, αν και είχε τη δυνατότητα, την παροχή σχετικών διευκρινίσεων. Επομένως συμμετείχε ανεπιφύλακτα στον διαγωνισμό και έχει αποδεχτεί πλήρως τη νομιμότητα όλων των όρων της Διακήρυξης. Επίσης η αναθέτουσα αρχή δεν θα μπορούσε να καλέσει την προσφεύγουσα για διευκρινήσεις σύμφωνα με το άρθρο 102 του ν.4412/2016 και το άρθρο 21 της Διακήρυξης, καθόσον αυτή, κατά παράβαση του όρου 18Δ, δήλωσε ότι διέθετε συνολικά 42 άτομα ως ετήσιο εργατοϋπαλληλικό προσωπικό και διευθυντικά στελέχη για το έτος 2016 και η συγκεκριμένη πλημμύεια δεν θεραπεύεται, καθώς δεν είναι ήσσονος σημασίας, ούτε προφανώς πρόδηλο τυπικό σφάλμα και σε κάθε περίπτωση συνιστά τροποποίηση της υποβληθείσας προσφοράς (ΕΑ ΣΤΕ 135/2018).Εξάλλου, δεδομένης της σαφούς έννοιας του επίμαχου όρου της διακήρυξης, η τυχόν αναζήτηση διευκρίνισης θα ήταν αλυσιτελής καθώς τουλάχιστον για το έτος 2016, σε κάθε περίπτωση δεν πληρούται η απαίτηση της κανονιστικής διάταξης.

17. Επειδή, κατ' ακολουθία, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

Αριθμός απόφασης: 165 /2020

18. Επειδή, πρέπει να γίνει δεκτή η παρέμβαση της 1^{ης} Παρεμβαίνουσας και να απορριφθεί ως απαράδεκτη η παρέμβαση της 2^{ης} Παρεμβαίνουσας.

19. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν. 4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Κάνει δεκτή την παρέμβαση της 1ης Παρεμβαίνουσας και απορρίπτει την παρέμβαση της 2ης Παρεμβαίνουσας.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου ποσού 15.000,00 ευρώ με κωδικό

... .

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 22 Ιανουαρίου 2019 και εκδόθηκε στις 11 Φεβρουαρίου 2019 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Ευαγγελία Μιχολίτση

Φωτεινή Μαραντίδου