

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

4^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στις 10 Φεβρουαρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Γεώργιος Κουκούτσης, Πρόεδρος, Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή – Εισηγήτρια και Μαργαρίτα Κανάβα, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 3.01.2021 Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 11/4.01.2022 του προσφεύγοντος οικονομικού φορέα «...» και δ.τ. «...», που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., (εφεξής «ο προσφεύγων»), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» και κατά του ΑΡ./ΗΜ.:ΔΔ/13788/23.12.2021 Πρακτικού Νο1 της επιτροπής του διαγωνισμού, το οποίο επέχει θέση πράξης του αναθέτοντος φορέα (κατά την έννοια του άρθρου 360 παρ. 1 του Ν. 4412/2016), όπως προκύπτει από τις διατάξεις των παρ. 7 και 8 του άρθρου 22 και 1 του άρθρου 23 της διακήρυξης, κατά το σκέλος αυτού με το οποίο έγινε δεκτή η προσφορά της μειοδότηρας εταιρίας, στο τμήμα (εργολαβία) «...» της Περιφέρειας ..., εφεξής «η προσβαλλομένη» και

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...», που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται, εφεξής «ο παρεμβαίνων».

Με την προδικαστική προσφυγή του ο προσφεύγων, αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλομένη κατά το ως άνω σκέλος.

Με την παρέμβασή του ο παρεμβαίνων αιτείται την απόρριψη της προσφυγής και τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλομένης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε την Εισηγήτρια
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

Σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί παράβολο κατά το άρθρο 363 παρ.1 και 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 5 παρ.1 και 2 του Π.Δ. 39/2017, συνολικού ποσού 15.000 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την πληρωμή στην τράπεζα και την εκτύπωση από την σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών περί αυτόματης δέσμευσης) που, αποτελεί το ανώτερο ποσό νομίμου παραβόλου ενόψει της εκτιμώμενης αξίας χωρίς ΦΠΑ του τμήματος (εργολαβίας) «ΔΙΚΤΥΑ ΠΕΡΙΟΧΩΝ ...ΚΑΙ ...» της Περιφέρειας ..., στο πλαίσιο του οποίου ασκείται η υπό κρίση προσφυγή, ποσού 34.000.000,00 ευρώ.

2. Επειδή, ο αναθέτων φορέας με την αριθ. ... διακήρυξη προκήρυξε δημόσιο ανοιχτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχων κατασκευής και συντήρησης έργων δικτύων Διανομής, συνολικού προϋπολογισμού 2.400.000.000 ευρώ (πλέον ΦΠΑ), εκ των οποίων ποσό 800.000.000 ευρώ αφορά σε δικαίωμα προαίρεσης (επαύξηση του αντικειμένου έως 50%), και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά, μόνον βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή). Το ποσό του προϋπολογισμού κατανέμεται σε τριάντα επτά (37) εργολαβίες (έργα) κατασκευής και συντήρησης δικτύων Διανομής ηλεκτρικής ενέργειας στο σύνολο των διοικητικών Περιοχών του ... και τους ΤΚΣΔ/ΔΠΑ και ΤΤΕΔ/ΔΠΝ. Σύμφωνα με το άρθρο 5 της Διακήρυξης (Υποδιαίρεση σύμβασης σε τμήματα) «1. Η Σύμβαση υποδιαιρείται σε τριάντα επτά (37) τμήματα (Εργολαβίες-Έργα), όπως φαίνονται στους συνημμένους στην παρούσα Πίνακες. Οι προσφορές μπορούν να υποβάλλονται για έναν αριθμό ή και για όλα τα τμήματα. 2. Ο αριθμός των τμημάτων που μπορούν να ανατεθούν σε έναν προσωρινό Ανάδοχο, για λόγους διασφάλισης των συμφερόντων του ... και μη εξάρτησης των Περιφερειών από έναν και μόνο Ανάδοχο, αλλά και για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού, περιορίζεται, στο παρακάτω πλήθος Εργολαβιών, ανά Περιφέρεια Διανομής: ΔΠΑ ..3, ΔΠΜ-Θ ..3, ΔΠΠ-Η ..3, ΔΠΚΕ ..3, ΔΠΝ ..3. 3. Το κριτήριο με βάση το οποίο θα γίνει ο προσδιορισμός των τμημάτων (Εργολαβιών) που θα ανατεθούν σε έναν

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

προσωρινό Ανάδοχο ο οποίος μειοδοτεί σε περισσότερες από το προαναφερόμενο πλήθος Εργολαβιών ανά Περιφέρεια είναι ο μεγαλύτερος προϋπολογισμός της εργολαβίας, δηλαδή θα ανατίθενται μεταξύ περισσότερων στον μειοδότη ανάδοχο οι εργολαβίες με τον μεγαλύτερο προϋπολογισμό ...»

3. Επειδή, προκήρυξη της παρούσας απεστάλη στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 15. 7. 2021. Ο παρών διαγωνισμός διενεργείται μέσω των Συστημάτων Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών και Ηλεκτρονικών Δημοπρασιών της εταιρείας «cosmoONE», με χρήση της πλατφόρμας «sourceONE» (εφεξής: Σ.Η.Δ. –Σύστημα Ηλεκτρονικών Διαγωνισμών).

4. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός που προκήρυξε ο αναθέτων φορέας ενόψει του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας ανάθεσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε εμπρόθεσμα στις 3-01-2022, δεδομένου ότι ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλομένης στις 24-12-2021, οπότε του κοινοποιήθηκε μέσω ανάρτησής της στην ηλεκτρονική πλατφόρμα του διαγωνισμού. Επίσης ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του ΠΔ 39/2017 και κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία συμμετείχαν, μεταξύ άλλων, ο προσφεύγων και ο παρεμβαίνων, αμφότερων των οποίων έγιναν δεκτές οι προσφορές και κατατάχθηκαν δεύτερος κατά σειρά μειοδοσίας (με προσφερόμενη έκπτωση 42%) ο προσφεύγων και πρώτος ο παρεμβαίνων (προσφερόμενη έκπτωση 47%). Συνεπώς, με έννομο συμφέρον ασκείται η υπό κρίση προσφυγή καθώς ο προσφεύγων συμμετέχει νόμιμα στη διαγωνιστική διαδικασία κι επικαλείται ζημία του ερειδόμενη στην παράνομη αποδοχή της προσφοράς του συμμετέχοντος που προηγείται του

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

ίδιου σε σειρά μειοδοσίας και ήδη προσωρινού αναδόχου και όφελος από την ανάδειξη του ίδιου ως αναδόχου.

7. Επειδή, ο αναθέτων φορέας την 3-01-2022 προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής, δια μέσω της «επικοινωνίας» του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού προς όλους τους ενδιαφερόμενους σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

8. Επειδή με την υπ' αριθμ. 10/2022 Πράξη του Προέδρου του 4ου Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις του επί της υπό εξέταση προσφυγής.

9. Επειδή, ο αναθέτων φορέας στις 18-01-2022 απέστειλε στην ΑΕΠΠ τις απόψεις του επί της προδικαστικής προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε στον προσφεύγοντα μέσω της ανάρτησής τους στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού.

10. Επειδή, ο παρεμβαίνων άσκησε στις 13-01-2022 παρέμβασή του ενώπιον της ΑΕΠΠ, νομίμως κι εμπροθέσμως, ήτοι εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση σε αυτόν της ασηθείσας προσφυγής και με έννομο συμφέρον καθώς τα έννομα συμφέροντά του θίγονται σε περίπτωση ευδοκίμησης της προσφυγής.

11. Επειδή, στις 24-01-2022 ο προσφεύγων υπέβαλε εμπροθέσμως ενώπιον της ΑΕΠΠ υπόμνημά του προς αντίκρουση των απόψεων του αναθέτοντος φορέα.

12. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 4ου Κλιμακίου της ΑΕΠΠ.

13. Επειδή, με την υπό κρίση προσφυγή του ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι την προκειμένη περίπτωση, η προσωρινώς μειοδότηρια εταιρία ... δεν περιλάβε στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε τα ποσά που προκύπτουν από τον υπολογισμό του χρηματοοικονομικού δείκτη Κέρδη Προ Τόκων Φόρων Αποσβέσεων (EBITDA) των ετών 2018 - 2020, όπως απαιτούσε το άρθρο 9.Γ της Διακήρυξης, αλλά ποσά που προκύπτουν από διαφορετικό/προσαρμοσμένο χρηματοοικονομικό δείκτη, κατά τη σαφή δήλωσή της, και με αυτόν τον τρόπο παρέλειψε να παρέχει πληροφορίες των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης και

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

κατέστησε απορριπτέα την προσφορά της. Έτι περαιτέρω, το γεγονός ότι η εταιρία ... δεν έχει σε τουλάχιστον δύο από τα έτη της τελευταίας τριετίας θετικό EBITDA συνεπάγεται τη μη ικανοποίηση και του κριτηρίου χρηματοοικονομικής ικανότητας του άρθρου 9.Γ.1 της Διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο *«Ο προσφέρων Οικονομικός Φορέας πρέπει να διαθέτει κύκλο εργασιών, κατ' ελάχιστο ίσου με το 75% του Προϋπολογισμού της Υπηρεσίας (μη συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης), της μεγαλύτερης Εργολαβίας, για την οποία υποβάλλει προσφορά συνολικά, κατά την τελευταία τριετία»*. Και τούτο διότι προϋπόθεση για να αθροιστούν οι κύκλοι εργασιών του προσφέροντος οικονομικού φορέα και του τρίτου στου οποίου την χρηματοοικονομική ικανότητα στηρίζεται είναι, κατά το άρθρο 8.4 της Διακήρυξης, να έχουν αμφότεροι θετικό EBITDA σε δύο τουλάχιστον έτη. Στην προκειμένη περίπτωση δεν πρέπει να συνυπολογιστεί ο κύκλος εργασιών της ... αφού δεν διαθέτει δύο θετικά EBITDA την τελευταία τριετία, ενώ ο κύκλος εργασιών της τρίτης ως προς τον διαγωνισμό εταιρίας ... (ύψους 21.454.265 ευρώ, βλ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β, σελ. 10 του Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού) δεν επαρκεί για την ικανοποίηση της απαίτησης του άρθρου 9.Γ.1 της Διακήρυξης, δεδομένου ότι για την υπόψη εργολαβία ΔΙΚΤΥΑ ΠΕΡΙΟΧΩΝ ... ΚΑΙ ... η απαιτούμενη χρηματοοικονομική ικανότητα ανέρχεται κατ' ελάχιστο σε 25.500.000 ευρώ (βλ. Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, σελ. 25).

14. Επειδή, σύμφωνα με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής, δεδομένου ότι στο υπό κρίση στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας δεν υποβάλλονται τα αποδεικτικά μέσα των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, τα οποία θα υποβληθούν με τα δικαιολογητικά κατακύρωσης, αρκούσε η δήλωση στο ΕΕΕΣ των ζητούμενων στοιχείων ενώ το αν η δήλωση αυτή είναι αληθής ή ακριβής θα ελεγχθεί στο επόμενο στάδιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Γι, αυτό, άλλωστε η επιτροπή του διαγωνισμού επιφυλάχθηκε με την προσβαλλομένη να εξετάσει το ανωτέρω ζήτημα, που της έθεσε ο νυν προσφεύγων με επιστολή του, στο επόμενο στάδιο της διαδικασίας.

15. Επειδή, ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται σχετικά ότι, ακόμη κι αν παρ' ελπίδα υποθεθεί, όπως υποστηρίζει ο προσφεύγων, ότι δήθεν η απομείωση περιουσιακών στοιχείων δεν εμπίπτει στην έννοια της απόσβεσης άυλων

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

περιουσιακών στοιχείων (quod non), ώστε ο EBITDA έπρεπε να υπολογιστεί χωρίς αυτό το κονδύλι, και υπό τούτη την εκδοχή η εταιρία έχει θετικό δείκτη EBITDA για δύο έτη. Προς τούτο προσκομίζει τη γνωμοδότηση δύο ορκωτών ελεγκτών. Άλλως, ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι ο αναθέτων φορέας όφειλε στην περίπτωση αυτή να τον καλέσει προς παροχή διευκρινίσεων κατ' άρθρ. 102 ν.4412/2016, προκειμένου να επανυπολογίσει τον EBITDA, και όχι ν' απορρίψει την προσφορά του. Σε κάθε περίπτωση ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι ο παραπάνω ισχυρισμός είναι νομικά αβάσιμος, διότι η εταιρία υπολόγισε ορθά τον δείκτη EBITDA, σύμφωνα με τους ορισμούς των Διεθνών Λογιστικών Προτύπων και τις Οδηγίες της Επιτροπής Κεφαλαιαγοράς, σύμφωνα με τις οποίες όφειλε να εξαιρέσει από τον υπολογισμό του δείκτη και τις απομειώσεις περιουσιακών στοιχείων.

16. Επειδή, σύμφωνα με το υπόμνημα του προσφεύγοντος εφόσον, στην προκειμένη περίπτωση, η προσωρινώς μειοδότρια εταιρία δεν περιλάβε στο ΕΕΕΣ που υπέβαλε τα ποσά που προκύπτουν από τον υπολογισμό του χρηματοοικονομικού δείκτη Κέρδη Προ Τόκων Φόρων Αποσβέσεων (EBITDA) των ετών 2018 - 2020, όπως απαιτούσε το άρθρο 9.Γ της Διακήρυξης, αλλά ποσά που προκύπτουν από διαφορετικό/προσαρμοσμένο χρηματοοικονομικό δείκτη, κατά τη σαφή δήλωσή της, αφενός παρέλειψε να «παρέχει πληροφορίες των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης» αφετέρου προέβη, κατά την υποβολή της προσφοράς της και συγκεκριμένα κατά την συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, σε απαγορευμένη από το άρθρο 16 παρ. 7 της διακήρυξης τροποποίηση/προσθήκη του όρου του άρθρου 9Γ της Διακήρυξης που αφορά στο κριτήριο της χρηματοοικονομικής ικανότητας, και κατέστησε απορριπτέα την προσφορά της.

17. Επειδή, σύμφωνα με τη διακήρυξη: «[...]

8.4 *«Οι μεμονωμένοι προσφέροντες πρέπει να ικανοποιούν όλα τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής των άρθρων 8, 9 και 10 της παρούσας, λαμβανομένων υπόψη των όρων και απαιτήσεων του άρθρου 11 της παρούσας. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η πλήρωση των απαιτήσεων των άρθρων 8 και 10 της παρούσας πρέπει να ικανοποιείται από όλα τα μέλη της ένωσης. Ειδικότερα, όσον αφορά στα κριτήρια ικανότητας του*

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

άρθρου 9: Το κριτήριο της Επαγγελματικής Ικανότητας πληρούται εν συνόλω από ένα, τουλάχιστον, από τα μέλη της ένωσης. Τα λοιπά μέλη, όμως, οφείλουν να διαθέτουν κάθε μία από τις πιστοποιήσεις ποιότητας της διάταξης. Το κριτήριο της τεχνικής ικανότητας (εμπειρίας) πληρούται αθροιστικά από όλα τα μέλη της Ένωσης. Το κριτήριο της χρηματοοικονομικής ικανότητας πληρούται αθροιστικά από τα μέλη της Ένωσης τα οποία έχουν θετικό EBITDA σε δύο τουλάχιστον έτη. Τα προαναφερόμενα όσον αφορά στην πλήρωση των απαιτήσεων του άρθρου 9 της παρούσας, ισχύουν κατ' αναλογία και για την περίπτωση στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων».

9.Γ (Χρηματοοικονομική Ικανότητα): «1. Ο προσφέρων Οικονομικός Φορέας πρέπει να διαθέτει κύκλο εργασιών, κατ' ελάχιστο ίσο με το 75% του Προϋπολογισμού της Υπηρεσίας (μη συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης), της μεγαλύτερης Εργολαβίας, για την οποία υποβάλει προσφορά συνολικά, κατά την τελευταία τριετία. 2. Επίσης πρέπει να έχει, σε τουλάχιστον δύο (2) από τα προαναφερόμενα έτη, θετικό EBITDA. Εάν ο προσφέρων λειτουργεί για διάστημα μικρότερο των προαναφερομένων χρόνων, ο κύκλος εργασιών του θα υπολογίζεται αναλογικά του χρονικού διαστήματος λειτουργίας του, ενώ όσον αφορά το EBITDA, ο προσφέρων Οικονομικός Φορέας θα πρέπει να έχει τουλάχιστον ένα (1) έτος θετικό EBITDA. Το κριτήριο της χρηματοοικονομικής ικανότητας πληρούται αθροιστικά από τα μέλη της Ένωσης τα οποία έχουν θετικό EBITDA σε δύο τουλάχιστον έτη»[...] άρθρο 16 «7. Προσθήκες, τροποποιήσεις ή επιφυλάξεις των Προσφερόντων επί των όρων, που περιλαμβάνονται στα Τεύχη της Διακήρυξης, δεν γίνονται δεκτές και τυχόν προσφορές, οι οποίες θα περιλαμβάνουν τέτοιες διαφοροποιήσεις θα αποκλείονται από τη διαδικασία».[...]Άρθρο 20. Περιεχόμενο Προσφοράς 1. Ο φάκελος προσφοράς (προσφορά) των διαγωνιζομένων υποβάλλεται ηλεκτρονικά σύμφωνα με τα αναφερόμενα στο άρθρο 16 της παρούσας και περιλαμβάνει, επί ποινή αποκλεισμού, τα ακόλουθα: (α) ξεχωριστό (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και (β) ξεχωριστό (υπο)φάκελο με την ένδειξη «Οικονομική Προσφορά» σύμφωνα με τα κατωτέρω. Επισημαίνεται ότι ο κάθε (υπο)ΦΑΚΕΛΟΣ θα πρέπει να περιέχει όσα στοιχεία αναφέρονται, στις αντίστοιχες παραγράφους 2 και 3 του παρόντος άρθρου, ότι υποχρεούνται να

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

υποβάλουν οι Προσφέροντες. 2. (Υπο)Φάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής»
2.1 Ο (υπο)φάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» πρέπει, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει σε ηλεκτρονική μορφή τα ακόλουθα: α) Το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ) του άρθρου 18.1 της παρούσας, β) την εγγύηση συμμετοχής, του άρθρου 15 της παρούσας και γ) Υπεύθυνη Δήλωση, σε μορφή αρχείου pdf ψηφιακά υπογεγραμμένη, σύμφωνα με το αντίστοιχο υπόδειγμα του τεύχους "Υποδείγματα", σχετικά με την πλήρη αποδοχή των όρων της Διακήρυξης και των τυχόν Συμπληρωμάτων της, καθώς και σχετικά με τη γνώση των τοπικών συνθηκών του Έργου[...]».

18.Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία του Συμβουλίου της Επικρατείας και του Ελεγκτικού Συνεδρίου, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού (ΕΑ ΣτΕ 352/2016) και ως κανονιστική πράξη, δεσμεύει με τους όρους της, τόσο τους τρίτους προς τους οποίους απευθύνεται, όσο και το ίδιο το νομικό πρόσωπο που προκηρύσσει τον σχετικό Διαγωνισμό, το οποίο υποχρεούται εφεξής και μέχρι τέλους της διαδικασίας του διαγωνισμού να εφαρμόζει τα όσα ορίζονται σε αυτή (βλ. ενδεικτικά Πράξεις VI Τμήματος ΕλΣυν 181/2006, 31/2003, 105/2003, 294/2010, 224, 78/2007, 19/2005 κ.ά.). Ταυτόχρονα, επιβάλλεται να προσδιορίζονται επακριβώς σε αυτήν τα προς συμμετοχή στον Διαγωνισμό απαιτούμενα προσόντα και τα υποβλητέα, κατά την κατάθεση της προσφοράς δικαιολογητικά και λοιπά στοιχεία. Ενόψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία συνάψεως των δημοσίων συμβάσεων κατά το πνεύμα τόσο της κοινοτικής όσο και της εθνικής νομοθεσίας, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει τα αξιούμενα από τη Διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία (πρβλ. ΣτΕ 5022/2012) προκειμένου να συμμετάσχει νομίμως στο Διαγωνισμό. Η 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 (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Αντιστοίχως, η παράβαση τέτοιων διατάξεων της Διακήρυξης από τους διαγωνιζόμενους καθιστά

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

απαράδεκτες τις υποβληθείσες προσφορές τους (ΕΛΣυν 1949/2009 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 115/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 10/2008 Τμήμα VI, ΕΛΣυν Πράξη 22/2005 Τμήμα VI). Ομοίως, η υποχρέωση διαφάνειας έχει μεταξύ άλλων ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 25 και C-599/10, SAG ELV Slovenko κλπ, σκέψη 25 και περαιτέρω παραπομπές σε νομολογία) και ο σκοπός αυτός δεν θα επιτυγχανόταν αν η αναθέτουσα αρχή μπορούσε να μην εφαρμόσει τους όρους στους οποίους η ίδια υποβλήθηκε (βλ. C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions SRL, σκ. 27).

19.Επειδή, μια προσφορά δεν δύναται να τροποποιηθεί μετά την κατάθεσή της, είτε κατόπιν πρωτοβουλίας της αναθέτουσας αρχής είτε του προσφέροντος συναφώς, αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λ.π., C599/2010, E :C:2012:191, σκέψη 36, καθώς και της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/2012, EU:C:2013:647, σκέψη 31), ή να αντικατασταθεί με νέα αποφάσεις της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λ.π., C-599/2010, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/2012, EU:C:2013:647, σκέψη 36) οπότε οιαδήποτε ερώτηση προς διευκρίνιση μπορεί μόνο να έχει ως αποτέλεσμα την άρση κάποιας ασάφειας και όχι την τροποποίηση της οικονομικής προσφοράς ή πολλώ δε μάλλον να καταλήξει στο να υποβάλλει, στην πραγματικότητα, ο συγκεκριμένος προσφέρων νέα προσφορά βλ. αποφάσεις της 11ης Μαΐου 2012, Archus and Gama, C- Αριθμός Απόφασης: 131/2016, της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λ.π., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40, της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manova, C-336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 36). Συνεπώς με βάση τους όρους της διακήρυξης, όπου η πλήρωσή τους εν γένει επισημαίνεται ως απαίτηση, καθίσταται σαφές ότι το σύνολο αυτών συνιστούν απαράβατους όρους της διακήρυξης (βλ. για τη δεσμευτικότητα των τεχνικών προδιαγραφών απόφαση ΔΕΕ της 5ης Δεκεμβρίου 2013, C-561/12 Nordecon AS, RamboN Eesti AS κατά Rahandusministeerium). Ωστόσο, μια αίτηση διευκρίνισης δεν μπορεί να θεραπεύσει την παράλειψη προσκόμισης εγγράφων ή παροχής πληροφοριών των οποίων η κοινοποίηση ήταν απαραίτητη βάσει των εγγράφων της οικείας σύμβασης, δεδομένου ότι η

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

αναθέτουσα αρχή οφείλει να ελέγχει αυστηρώς αν τηρήθηκαν τα κριτήρια που η ίδια έχει καθορίσει (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, Manona, C 336/12, EU:C:2013:647, σκέψη 40).

20.Επειδή, ειδικότερα, ο διαχωρισμός μεταξύ ουσιώδους και επουσιώδους έλλειψης ως και μεταξύ τυπικού και ουσιώδους σφάλματος θα πρέπει να ερμηνεύεται μέσω του πρίσματος του άρ. 18 Ν. 4412/2016 και των αρχών που αυτό καθιερώνει επί των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων καθώς και εν γένει στο πλαίσιο του αποτελεσματικού ανταγωνισμού. Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι, η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης ώστε να προσδίδει αθέμιτο πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή των υποβληθεισών προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης ή να του παρέχει δυνατότητα για την το πρώτον επίκληση προσόντων, δυνατοτήτων, ικανοτήτων και νομικών και πραγματικών δεδομένων, τα οποία ανεξαρτήτως αν υφίσταντο ή όχι κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, αυτός δεν τα επικαλέστηκε καίτοι η διακήρυξη τα απαιτούσε ή για την το πρώτον τήρηση ουσιώδους τύπου της διαδικασίας που αυτός δεν τήρησε.

21. Επειδή, όπως προκύπτει από τη συνδυασμένη ερμηνεία κι εφαρμογή των άρθρων 8.4, 9Γ, 16.7 και 20 της διακήρυξης προκύπτει ότι προσφέρων φορέας, ο οποίος στηρίζεται στην ικανότητα τρίτου για την πλήρωση του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, οφείλει, επί ποινή, αποκλεισμού της προσφοράς του να προαποδεικνύει με την ορθή συμπλήρωση και υποβολή του ΕΕΕΣ, τόσο του ίδιου, όσο και του τρίτου στην ικανότητα του οποίου στηρίζεται, ότι, αμφότεροι διαθέτουν θετικό EBITDA σε δύο τουλάχιστον από τα τελευταία τρία έτη. Περαιτέρω δε κατά τους ρητούς ορισμούς του άρθρου 8 της διακήρυξης *«[...]Τα λοιπά μέλη, όμως, οφείλουν να διαθέτουν κάθε μία από τις πιστοποιήσεις ποιότητας της διάταξης. [...]Το κριτήριο της χρηματοοικονομικής ικανότητας πληρούται αθροιστικά από τα μέλη της Ένωσης τα οποία έχουν θετικό EBITDA σε δύο τουλάχιστον έτη[...]Τα προαναφερόμενα όσον αφορά στην πλήρωση των απαιτήσεων του άρθρου 9 της παρούσας, ισχύουν κατ' αναλογία και για την*

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

περίπτωση στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων», προκύπτει ότι η πλήρωση του κριτηρίου του άρθρου 9Γ1 («Ο προσφέρων Οικονομικός Φορέας πρέπει να διαθέτει κύκλο εργασιών, κατ' ελάχιστο ίσο με το 75% του Προϋπολογισμού της Υπηρεσίας (μη συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης), της μεγαλύτερης Εργολαβίας, για την οποία υποβάλει προσφορά συνολικά, κατά την τελευταία τριετία»), προϋποθέτει ότι τόσο ο προσφέρων όσο και ο δανειζών εμπειρία θα πρέπει να έχουν θετικό δείκτη EBITDA.

22. Επειδή, το ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ παρέχει προαπόδειξη προς τον σκοπό της επιτάχυνσης των διαγωνιστικών διαδικασιών και ελάφρυνσης των διαγωνιζομένων από την υποχρέωση προσκόμισης πολυάριθμων πιστοποιητικών και εγγράφων ως προς τα κριτήρια αποκλεισμού και επιλογής και ενέχει, προϋποθέτει και ερείδεται επί μιας καταρχήν εμπιστοσύνης ως προς τον προσφέροντα οικονομικό φορέα και όσον αφορά τα εξ αυτού δηλούμενα, τα οποία θα ελεγχθούν επισταμένως κατά το στάδιο αξιολόγησης δικαιολογητικών κατακύρωσης πριν την οριστικοποίηση της ανακήρυξης του ως αναδόχου. Ωστόσο, αυτή η καταρχήν εμπιστοσύνη δεν αποκλείει τον ίδιο τον έλεγχο της αληθείας και πραγματικότητας των δηλουμένων από τον αναθέτοντα φορέα, ιδίως δε όταν αυτά αμφισβητούνται από τρίτο έχοντα έννομο συμφέρον. Σε αντίθετη περίπτωση, θα καθίστατο δυνατή η συμμετοχή στα περαιτέρω στάδια της διαγωνιστικής διαδικασίας έως και την προσωρινή κατακύρωση σε φορείς που δηλώνουν ανακριβή ή ψευδή στοιχεία, θα παραβιάζονταν οι αρχές της ίσης μεταχείρισης και διαφάνειας μεταξύ των διαγωνιζομένων με την εν τοις πράγμασι εξίσωση φορέων που πληρούν και φορέων που δεν πληρούν ρητούς όρους της Διακήρυξης, εις βάρος της οικονομίας της διαγωνιστικής διαδικασίας. Επομένως, μια τέτοια ερμηνεία παρίσταται εντέλει μη συμβατή με τον σκοπό καθιέρωσης του συστήματος προκαταρκτικής, πλην σε κάθε περίπτωση μαχητής απόδειξης, καθόσον λειτουργεί εις βάρος της αποτελεσματικότητας, ταχύτητας και του ιδίου του δημοσίου συμφέροντος, εκθέτοντας περαιτέρω σε βλάβη την αναθέτουσα και τους μετέχοντες και ιδίως προσβάλλοντας θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου των δημοσίων συμβάσεων και δεν δύναται να γίνει δεκτή.

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

23. Επειδή, το αρκτικόλεξο EBITDA (εμπιντά) προέρχεται από τα αρχικά των λέξεων Earnings Before Interest, Tax, Depreciation, and Amortization. Είναι δηλαδή ένας δείκτης, βάσει του οποίου εμφανίζονται τα κέρδη μιας οντότητας, πριν από την αφαίρεση των τόκων, των φόρων (εισοδήματος), και των αποσβέσεων (ενσώματων και άυλων παγίων). Όπως είναι γνωστό το μικτό κέρδος μιας επιχείρησης προκύπτει ως η διαφορά του κύκλου εργασιών, μείον το κόστος των πωληθέντων αποθεμάτων ή των παροχών υπηρεσιών, αναλόγως. Στη συνέχεια, αν από το μικτό κέρδος αφαιρεθούν τα λειτουργικά έξοδα, δηλαδή τα έξοδα διοίκησης και διάθεσης, χωρίς να λαμβάνονται υπόψη οι αποσβέσεις, το λειτουργικό κέρδος που προκύπτει, είναι το EBITDA, υπό την έννοια ότι δεν έχουν υπολογιστεί ακόμη τα χρηματοοικονομικά έξοδα και ο φόρος εισοδήματος. Ακολούθως, αν υπολογιστεί ο φόρος εισοδήματος και προστεθούν σε αυτόν τα χρηματοοικονομικά έξοδα (τόκοι) και οι αποσβέσεις, το δε άθροισμά τους (φόρος + τόκοι + αποσβέσεις) αφαιρεθεί από το EBITDA, προκύπτει το λογιστικό καθαρό κέρδος, το οποίο θα αυξήσει την καθαρή θέση. Ο δείκτης EBITDA χρησιμοποιείται προκειμένου να διαπιστωθεί το πραγματικό κέρδος μιας επιχείρησης, χωρίς να επηρεάζεται από τα τρία μεγέθη: Φόροι - Τόκοι – Αποσβέσεις. Ο δε όρος Amortization αφορά τις αποσβέσεις των άυλων περιουσιακών στοιχείων, ενώ ο όρος Depreciation, αφορά τις αποσβέσεις των ενσώματων πάγιων περιουσιακών στοιχείων (βλ. και ΑΕΠΠ 1028/2020).

24. Επειδή, ως προκύπτει από την επισκόπηση του φακέλου της υπόθεσης και ιδίως το υποβληθέν ΕΕΕΣ του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα, ο τελευταίος δηλώνει θετικό EBITDA των ετών 2018 και 2020, το οποίο ορίζει ως ακολούθως: *«κέρδη προ φόρων, τόκων, αποσβέσεων, καθώς και απομειώσεων και εκτιμήσεων περιουσιακών στοιχείων σε εύλογες αξίες»*. Ειδικότερα δε ο παρεμβαίνων δήλωσε στο ΕΕΕΣ του : α) *ΔΕΙΚΤΗΣ EBITDA έτους 2018 (κέρδη προ φόρων, τόκων, αποσβέσεων, καθώς και απομειώσεων και εκτιμήσεων περιουσιακών στοιχείων σε εύλογες αξίες): 172.384,02€, β) ΔΕΙΚΤΗΣ EBITDA έτους 2019 (κέρδη προ φόρων, τόκων, αποσβέσεων, καθώς και απομειώσεων και εκτιμήσεων περιουσιακών στοιχείων σε εύλογες αξίες): -15.895,35 και γ) ΔΕΙΚΤΗΣ EBITDA έτους 2020 (κέρδη προ φόρων, τόκων, αποσβέσεων, καθώς και απομειώσεων και εκτιμήσεων περιουσιακών*

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

στοιχείων σε εύλογες αξίες): 433.661,67€. Με αυτόν, όμως, τον τρόπο ο παρεμβαίνων δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ του αποκλειστικά τα ζητούμενα από τη διακήρυξη στοιχεία, ήτοι ΚΑΘΑΡΑ ΚΕΡΔΗ/(ΖΗΜΙΕΣ) + ΕΞΟΔΑ ΤΟΚΩΝ - ΕΣΟΔΑ ΤΟΚΩΝ + ΕΞΟΔΑ ΦΟΡΩΝ + ΑΠΟΣΒΕΣΕΙΣ, ΕΝΣΩΜΑΤΩΝ ΚΑΙ ΑΣΩΜΑΤΩΝ ΠΑΓΙΩΝ, που εξ ορισμού προσδιορίζουν τον δείκτη EBITDA, αλλά έλαβε υπόψη του και πρόσθετα στοιχεία που περιλαμβάνουν «*απομειώσεις και εκτιμήσεις περιουσιακών στοιχείων σε εύλογες αξίες*». Όστε, ως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ο εν λόγω οικονομικός φορέας δεν έλαβε υπόψη του τα ζητούμενα από τη διακήρυξη στοιχεία αλλά και άλλα, επιπλέον αυτών, παραμετροποιώντας τα στοιχεία που συνθέτουν, άλλως, λαμβάνονται υπόψη για την αποτύπωση του δείκτη EBITDA, με αποτέλεσμα την κατά τροποποίηση του οικείου όρου της διακήρυξης, εσφαλμένη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, χωρίς κάτι τέτοιο να προβλέπεται ή να επιτρέπεται από τη διακήρυξη, αφού ο αναθέτων φορέας προσδιόρισε με σαφήνεια στα έγγραφα του διαγωνισμού τις πληροφορίες που κρίνονται απαραίτητες για την αξιολόγηση της συμμετοχής στο διαγωνισμό, διά των οποίων ο τελευταίος επιδιώκει να αποκτήσει μία πλήρη εικόνα ως προς τα ειδικότερα στοιχεία που αφορούν στην χρηματοοικονομική ικανότητα των συμμετεχόντων και στα οποία δεν περιλαμβάνονται οι «*απομειώσεις και εκτιμήσεις περιουσιακών στοιχείων σε εύλογες αξίες*». Συνεπώς κι, ανεξαρτήτως του αν ο παρεμβαίνων διαθέτει θετικό EBITDA για τουλάχιστον δύο έτη, γεγονός που πάντως αρνείται ο προσφεύγων προσκομίζοντας με την προσφυγή του και την από 27. 10. 2021 Γνωμοδότηση του Ορκωτού Ελεγκτή Λογιστή, παραμένει γεγονός ότι ο παρεμβαίνων δεν συμπλήρωσε το ΕΕΕΣ του, σύμφωνα με τα ζητούμενα από τη διακήρυξη στοιχεία, ώστε να μπορεί μεταγενέστερα, στο στάδιο της κατακύρωσης, να αξιολογηθεί/επαληθευτεί ένα, πράγματι, αυτός πληροί το σχετικό κριτήριο με βάση τα ζητούμενα από τη διακήρυξη στοιχεία και όχι άλλα. Σημειώνεται ότι ο δείκτης EBITDA παρέχει μία βάση σύγκρισης της κερδοφορίας μεταξύ επιχειρήσεων και κλάδων γιατί περιορίζει την επίδραση των λογιστικών διαδικασιών που σχετίζονται με τον υπολογισμό των φόρων και των αποσβέσεων, καθώς και των πολιτικών που επιλέγει κάθε επιχείρηση όσον αφορά την κεφαλαιακή της διάρθρωση κι, επομένως, η λήψη υπόψη στη συνιστώσα πρόσθετων στοιχείων, όπως τα ανωτέρω, μεταβάλλει

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

αυτή τη δυνατότητα σύγκρισης, ακριβώς επειδή ο δείκτης προσδιορίζεται από τα στοιχεία που απαρτίζεται. Αλυσιτελώς δε και άνευ ερείσματος στη διακήρυξη ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι είτε με τον ένα τρόπο, ήτοι χωρίς τη λήψη υπόψη στους υπολογισμούς των απομειώσεων και εκτιμήσεων περιουσιακών στοιχείων, ως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, είτε με τον άλλο, ήτοι με την επί της ουσίας προσθαφαίρεση αυτών των στοιχείων («τα εν λόγω κονδύλια έχουν «εξαιρεθεί» κατά τον υπολογισμό του δείκτη[...]ειδικότερα, η βάση αφετηρίας για τον υπολογισμό του δείκτη είναι το αποτέλεσμα προ φόρων και τόκων, ήτοι η γραμμή των αποτελεσμάτων που έχει επηρεαστεί (έχουν δηλαδή αφαιρεθεί) από τις απομειώσεις περιουσιακών στοιχείων, στην οποία σε επόμενο βήμα ξαναπροστίθενται (add – back)»), και πάλι ο τελευταίος (ο παρεμβαίνων) παρουσιάζει θετικό δείκτη EBITDA σε τουλάχιστον δύο από τα τρία τελευταία έτη. Και τούτο διότι αφενός μεν εν προκειμένω κρίσιμο ζήτημα είναι το εάν ορθώς, με βάση τους όρους της διακήρυξης, συμπληρώθηκε το ΕΕΕΣ, προς προαπόδειξη των κρίσιμων περιστατικών ή υπήρξε διάσταση από αυτούς κατά τροποποίηση των ορισμών της διακήρυξης, ώστε η προσφορά να καθίσταται άνευ ετέρου τινός απορριπτέα. Αφετέρου δε ο ανωτέρω ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος αποτελεί επί της ουσίας συνομολόγηση των ισχυρισμών της προσφυγής καθώς ναι μεν και στις δύο περιπτώσεις προκύπτει, κατά τους ισχυρισμούς του παρεμβαίνοντος, θετικός δείκτης EBITDA για 2 έτη, τα οποία, όμως, δεν ταυτίζονται. Έτσι, ενώ ο παρεμβαίνων με το υποβληθέν ΕΕΕΣ του δήλωσε θετικό EBITDA για τα έτη 2018 και 2020, με βάση τη γνωμοδότηση των δύο ορκωτών ελεγκτών που επικαλείται και προσκομίζει με την παρέμβασή του, στην περίπτωση που δεν ληφθούν υπόψη τα πρόσθετα στοιχεία που έλαβε υπόψη του για την δήλωση στο ΕΕΕΣ του, τότε προκύπτει θετικό EBITDA για τα έτη 2019 και 2020 και αρνητικό για το 2018. Πλην, όμως, εάν ο αναθέτων φορέας ήθελε τη λήψη υπόψη πρόσθετων στοιχείων για την αξιολόγηση του συγκεκριμένου κριτηρίου θα το προέβλεπε ρητά, πολλώ μάλλον που στη συγκεκριμένη περίπτωση, ο παρεμβαίνων προκειμένου ν'αποδείξει ότι σε κάθε περίπτωση ακόμη και με τη μεθοδολογία του προσφεύγοντος, ήτοι εν τοις πράγμασι τη ζητούμενη από τη διακήρυξη, διαθέτει θετικό δείκτη EBITDA για δύο τουλάχιστον έτη επικαλείται γνωμοδότηση ορκωτών λογιστών και

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

επανυπολογισμό των οικονομικών μεγεθών. Από τα παραπάνω καθίσταται εμφανές ότι η ως άνω πλημμέλεια της προσφοράς είναι ουσιώδης αφού για την επακολουθησόμενη αξιολόγηση του κριτηρίου απαιτείται η υποκατάσταση του αναθέτοντος φορέα στη θέση του προσφεύγοντος, αφού ο αναθέτων φορέας θα κληθεί με υπολογισμούς και λήψη στοιχείων που εκφεύγουν των όρων της διακήρυξης να επαληθεύσει εάν πράγματι πληρούνται ή όχι οι όροι της διακήρυξης. Για τους ίδιους ως άνω λόγους τυγχάνει απορριπτέος, ως μη ερειδόμενος στη διακήρυξη κι αλυσιτελώς προβαλλόμενος ο κάτωθι ισχυρισμός του παρεμβαίνοντος: *«ακόμη κι αν παρ' ελπίδα υποτεθεί, όπως υποστηρίζει η προσφεύγουσα, ότι δήθεν η απομείωση περιουσιακών στοιχείων δεν εμπίπτει στην έννοια της απόσβεσης άυλων περιουσιακών στοιχείων (quod non), ώστε ο EBITDA έπρεπε να υπολογιστεί χωρίς αυτό το κονδύλι, και υπό τούτη την εκδοχή η εταιρία μας έχει θετικό δείκτη EBITDA για δύο έτη»,* καθώς εν προκειμένω το κρίσιμο ζήτημα δεν είναι αν εν τοις πράγμασι διαθέτει την ζητούμενη ικανότητα αλλά αν εν προκειμένω δηλώθηκαν τα απαιτούμενα, σύμφωνα με τη διακήρυξη στοιχεία ή άλλα, κατά παράβαση του οικείου όρου της διακήρυξης αλλά και της αρχής της τυπικότητας και της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων. Περαιτέρω, το γεγονός ότι η επικαλούμενη από τον παρεμβαίνοντα μεθοδολογία υπολογισμού απαντάται σε δημοσιευμένες χρηματοοικονομικές καταστάσεις άλλων οικονομικών φορέων αλυσιτελώς προβάλλεται καθώς, εν προκειμένω δεν εξετάζεται η ορθότητα ή μη της εν λόγω μεθοδολογίας εν γένει αλλά σε σχέση με την συγκεκριμένη διακήρυξη. Ως αλυσιτελής απορρίπτεται δε ο ισχυρισμός του αναθέτοντος φορέα ότι τα αποδεικτικά μέσα των κριτηρίων επιλογής θα εξεταστούν σε επόμενο στάδιο καθώς ο νυν εξεταζόμενος λόγος της προσφυγής δεν αφορά την αξιολόγηση των αποδεικτικών μέσων, ως εσφαλμένα υπολαμβάνει ο αναθέτων φορέας, αλλά συναρτάται αποκλειστικά και μόνο με το αν ορθώς, βάσει των απαιτούμενων- από την ίδια τη διακήρυξη- στοιχείων, συμπληρώθηκε το ΕΕΕΣ καθώς τα νυν δηλούμενα στοιχεία θα αποτελέσουν στο επόμενο στάδιο τη βάση επαλήθευσης της καταρχήν δήλωσης για την πλήρωση του κριτηρίου. Περαιτέρω, με τον εν λόγω ισχυρισμό του ο αναθέτων φορέας δεν επεξηγεί με ποιον τρόπο θα προβεί στην επικαλούμενη αξιολόγηση όταν με βάση διαφορετικούς

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

υπολογισμούς και μάλιστα υπολογισμούς που θα κληθεί ο ίδιος να πραγματοποιήσει στη θέση του συμμετέχοντος-κατά παράβαση της αρχής της τυπικότητας της διαδικασίας- δεν θα μπορέσει ν' αχθεί σε σταθερό αποτέλεσμα τόσο σε σχέση με τα δηλούμενα στο ΕΕΕΣ όσο και σε σχέση με τα ζητούμενα από τη διακήρυξη, ούτε, όμως, επεξηγεί και ποια θα είναι η κοινή βάση που θα χρησιμοποιήσει για την αξιολόγηση των προσφορών των λοιπών διαγωνιζομένων, ήτοι αυτή της διακήρυξης ή άλλη, ώστε να μην παραβιάζεται η αρχή της τυπικότητας, που έχει ως αποτέλεσμα τη δέσμευση και του ίδιου από τους κανονιστικούς όρους της διακήρυξης καθώς και της αρχής της ίσης μεταχείρισης.

25. Επειδή, περαιτέρω, η ανωτέρω πλημμέλεια της προσφοράς του παρεμβαίνοντος δεν μπορεί να διορθωθεί χωρίς την υποβολή νέας προσφοράς, αφού προϋποθέτει την πλήρη μεταβολή των δηλούμενων στοιχείων με τρόπο που συνιστά εκ των υστέρων, κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, απαγορευμένη τροποποίηση της προσφοράς σχετικά με την κάλυψη κριτηρίου ποιοτικής επιλογής το οποίο, σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν, δεν προαποδεικνύεται ότι πληρούται σύμφωνα με τους ορισμούς της διακήρυξης, κατά παράβαση της αρχής της τυπικότητας, της ίσης μεταχείρισης και του υγιούς ανταγωνισμού. Άλλωστε και ο ίδιος ο παρεμβαίνων στην παρέμβασή του δηλώνει ότι ο αναθέτων φορέων οφείλει να τον καλέσει να επανυπολογίσει τον EBITDA, πλην, όμως, αυτός ακριβώς ο επανυπολογισμός του κρίσιμου κατά τη διακήρυξη δείκτη συνιστά εν τοις πράγμασι υποβολή νέας προσφοράς.

26. Επειδή, περαιτέρω, ως βασίμως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, το γεγονός ότι δεν προαποδεικνύεται η πλήρωση του ανωτέρω σκέλους του ποιοτικού κριτηρίου του άρθρου 9Γ από τον παρεμβαίνοντα, ήτοι η ύπαρξη θετικού δείκτη EBITDA για δύο τουλάχιστον έτη, έχει ως αποτέλεσμα να μην μπορεί να συνυπολογιστεί ο κύκλος εργασιών του σε αυτόν της δανείζουσας εμπειρία τρίτης εταιρείας ..., ύψους 21.454.265 ευρώ, βλ. ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β, σελ. 10 του Πρακτικού της Επιτροπής Διαγωνισμού, που από μόνος του δεν επαρκεί για την ικανοποίηση της απαίτησης του άρθρου 9.Γ.1 της Διακήρυξης. Συνεπώς, ο λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

Αριθμός Απόφασης: 267/2022

27. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω παρέλκει ως αλυσιτελής η εξέταση του έτερου λόγου της προσφυγής καθώς η ανωτέρω πλημμέλεια της προσφοράς του παρεμβαίνοντος αρκεί για την απόρριψη αυτής και τη συνεπακόλουθη αποδοχή της προσφυγής.

28. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω πρέπει να γίνει δεκτή η προσφυγή και ν'απορριφθεί η παρέμβαση.

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

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή

Ακυρώνει την προσβαλλομένη, σύμφωνα με το σκεπτικό

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε την 10^η Φεβρουαρίου 2022 και εκδόθηκε στις 23 Φεβρουαρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΚΟΥΚΟΥΤΣΗΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΑΝΑΣΤΑΣΙΑ ΡΟΥΜΕΛΙΩΤΗ