

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 11 Μαΐου 2020, με την εξής σύνθεση: Κωνσταντίνος Κορομπέλης, Πρόεδρος, Μαρία Μανδράκη και Νικόλαος Σαββίδης, Μέλη, δυνάμει της υπ' αριθ. 571/2020 Πράξης του Προέδρου του Κλιμακίου, όπως τροποποιήθηκε με την υπ' αριθ. 699/2020 Πράξη αυτού.

Για να εξετάσει την από 14.04.2020 (ημερομηνία αποστολής με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.) Προδικαστική Προσφυγή, με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 455/14.04.2020 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «» και τον διακριτικό τίτλο «.....», που εδρεύει στην, οδός, αρ. και εκπροσωπείται νόμιμα.

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας, με την επωνυμία «» και τον διακριτικό τίτλο «» που εδρεύει στην,, αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Κατά του «.....», που εδρεύει στο, οδός, αρ., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση της υπ' αριθ. 7593/13.04.2020 απόφασης του Διοικητή του «», (εφεξής «η προσβαλλόμενη»), με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθ./08.04.2020 Πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης της διαπραγμάτευσης και κατακυρώθηκε η υπ' αριθ./26.03.2020 Πρόσκληση σε διαπραγμάτευση για την ανάθεση της σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαριότητας στο «» και στις Αποκεντρωμένες Δομές αυτού στην εταιρεία «», κατά το μέρος με το οποίο απορρίφθηκε η προσφορά της και έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «.....». Ετέρωθεν, η

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

προσφεύγουσα αιτείτο όπως ανασταλεί η ισχύς της προσβαλλόμενης απόφασης μέχρι την έκδοση απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της παρούσας Προδικαστικής Προσφυγής, αίτημα το οποίο έγινε αποδεκτό με την υπ' αριθ. Α 137/2020.

Η συζήτηση άρχισε, αφού άκουσε τον Εισηγητή, Κωνσταντίνο Κορομπέλη.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα,

σκέφτηκε κατά το Νόμο

1. Επειδή, έχει κατατεθεί, πληρωθεί και δεσμευθεί παράβολο, σύμφωνα με το άρθρο 363 παρ. 1 και 2 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και άρθρο 5 παρ. 1 και 2 του Π.Δ. 39/2017 (ΦΕΚ Α' 64), ποσού 3.905,00 ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό), το οποίο και υπολογίζεται σε ποσοστό 0,5% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της σύμβασης, χωρίς Φ.Π.Α., εν προκειμένω εκτιμώμενης αξίας 780.870,97 ευρώ.

2. Επειδή, με την υπ' αριθ. Πρόσκληση σε συμμετοχή σε διαπραγμάτευση το «» κάλεσε σε διαπραγμάτευση για την ανάθεση της σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαριότητας στο Γενικό «» και στις Αποκεντρωμένες Δομές αυτού για χρονικό διάστημα έξι (6) μηνών, σύμφωνα με το Εικοστό Έκτο άρθρο της Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου της 14ης Μαρτίου 2020 «Κατεπείγοντα μέτρα αντιμετώπισης της ανάγκης περιορισμού της διασποράς του κορωνοϊού COVID-19», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, εκτιμώμενης αξίας 780.870,97 ευρώ άνευ Φ.Π.Α., η οποία καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) στις 26.03.20189 με ΑΔΑΜ Η ανωτέρω πρόσκληση απεστάλη -για να λάβουν μέρος - στους οικονομικούς φορείς « (..... -», «», και ήδη προσφεύγουσα, «», «» και «». Με την προσβαλλόμενη απόφαση του Γενικού «», εγκρίθηκε το υπ' αριθ./08.04.2020 Πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης της διαπραγμάτευσης και

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

κατακυρώθηκε η υπόψη σύμβαση «», ενώ απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι «... ύστερα από τον έλεγχο των Δικαιολογητικών και της Τεχνικής Προσφοράς διαπιστώθηκε ότι παρουσιάζει ζημίες στον ισολογισμό των ετών 2017 και 2018 και ως τούτου είναι «ΕΚΤΟΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ (σελ. 7 του τεύχους της Διαπραγμάτευσης προβλέπεται στο άρθρο α παράγραφος (ν) επί ποινή αποκλεισμού να μην έχουν εμφανίσει ζημίες στις τρεις (3) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις ...».

3. Επειδή, ο επίδικος διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (υπηρεσία), της νομικής φύσης του Νοσοκομείου ως αναθέτουσας αρχής, της ανωτέρω προϋπολογισθείσας δαπάνης του (άρθρο 345 παρ. 1 του Ν. 4412/2016) και του χρόνου δημοσίευσης της Πρόσκλησης (26.03.2020) στο Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ., εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV και ως εκ τούτου στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π., ενώ έχει γίνει χρήση και του τυποποιημένου εντύπου (άρθρο 362 παρ. 2 του Ν. 4412/2016 και άρθρο 8 παρ. 2 του Π.Δ. 39/2017). Περαιτέρω, η υπό εξέταση Προσφυγή έχει κατατεθεί εμπροθέσμως, σύμφωνα με την παρ. 1 (α) του άρθρου 361 του Ν. 4412/2016 και το άρθρο 4 παρ. 1 (α) του Π.Δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προσβαλλόμενη απόφαση κοινοποιήθηκε στους συμμετέχοντες στις 13.04.2020, οπότε και έλαβαν γνώση αυτής και η υπό κρίση Προσφυγή ασκήθηκε στις 14.04.2020, ήτοι εντός της δεκαήμερης νόμιμης προθεσμίας.

4. Επειδή, η υπ' αριθ./26.03.2020 Πρόσκληση σε συμμετοχή σε διαπραγμάτευση ορίζει ότι «[...] Έχοντας υπόψη I. Τις διατάξεις όπως αυτές ισχύουν σήμερα: 1. της Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου της 14^{ης} Μαρτίου 2020 «Κατεπείγοντα μέτρα αντιμετώπισης της ανάγκης περιορισμού της διασποράς του κορωνοϊού COVID-19» και συγκεκριμένα στο άρθρο εικοστό έκτο αυτής «Υπηρεσίες καθαριότητας, απολύμανσης και φύλαξης», το οποίο προβλέπει ότι «Εφόσον εξακολουθεί να υφίσταται άμεσος κίνδυνος εμφάνισης και διασποράς του κορωνοϊού COVID-19, η έλλειψη του οποίου βεβαιώνεται με απόφαση του, και πάντως για χρονικό διάστημα που δεν μπορεί να υπερβαίνει τους έξι (6) μήνες από την έναρξη ισχύος της παρούσας, οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή δύναται, κατά παρέκκλιση κάθε σχετικής διάταξης της κείμενης εθνικής νομοθεσίας περί

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

δημοσίων συμβάσεων, να προβαίνει στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας, απολύμανσης και φύλαξης των κτιρίων που υπάγονται στην αρμοδιότητά της, η χρονική διάρκεια των οποίων δεν μπορεί να υπερβαίνει τους έξι (6) μήνες» (ΦΕΚ 64/14-03-2020, τεύχος Α) [...] 4. του Ν.4412/2016 (Α' 147) «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)».

5. Επειδή, από τις προδιαληφθείσες διατάξεις προκύπτει ότι η προσβαλλόμενη εκτελεστή πράξη της αναθέτουσας αρχής, εκδόθηκε στο πλαίσιο διαδικασίας ανάθεσης δημόσιας σύμβασης καθαρισμού της υπ' αριθ./26.03.2020 Πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση του Γενικού «», η οποία διενεργείται και υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του Εικοστού Έκτου Άρθρου της Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου με αρ. ΦΕΚ Α' 64/14-3-2020 περί Κατεπείγοντων Μέτρων Αντιμετώπισης της Ανάγκης Περιορισμού της Διασποράς του Κορωνοϊού COVID-19. Συνεπώς αυτή – η διαδικασία ανάθεσης - διέπεται κατά τον τρόπο διενέργειάς της από την ανωτέρω Πρόσκληση, αλλά και το Ν. 4412/2016, στον οποίο ρητώς η Πρόσκληση αυτή παραπέμπει κατά τα προαναφερόμενα και κατά τούτο οι σχετικοί ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής περί μη εφαρμογής του Ν. 4412/2016 στην προκείμενη διαδικασία τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Εξάλλου και δεδομένης της ρητής αυτής αναφοράς περί λήψης υπόψη των διατάξεων του Ν. 4412/2016 ως ισχύουν στην υπόψη διαδικασία, παραδεκτώς η Προσφεύγουσα άσκησε την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγής της ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., αφού ρητώς κατά τις ανωτέρω διατάξεις της υπόψη Πρόσκλησης «[...] οποιαδήποτε αναθέτουσα αρχή δύναται, κατά παρέκκλιση κάθε σχετικής διάταξης της κείμενης εθνικής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, να προβαίνει στη διαδικασία της απευθείας ανάθεσης για την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας [...], εντούτοις ο έλεγχος επί της διαδικασίας ανάθεσης σύμφωνα με την ανωτέρω Πρόσκληση, υπάγεται στον Βιβλίο IV του Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της Α.Ε.Π.Π. Και τούτο διότι, η ως άνω Πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου παρείχε, ειδική κανονιστική εξουσιοδότηση και ευχέρεια στις αναθέτουσες όπως προβαίνουν σε απευθείας αναθέσεις υπηρεσιών

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

υπαγομένων στο πεδίο εφαρμογής τους, πλην, όμως, η δικονομική διαδικασία άσκησης και εξέτασης προδικαστικών προσφυγών περί αυτών υπόκειται στο Βιβλίο IV Ν. 4412/2016, περί του οποίου ουδόλως προέβλεψε παρέκκλιση η εν λόγω Πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου, τουναντίον ρητώς η υπόψη Πρόσκληση παραπέμπει στην εφαρμογή των διατάξεων του Νόμου αυτού. Ως εκ τούτου και δεδομένου ότι η εν λόγω διαδικασία οδηγεί στη σύναψη δημόσιας σύμβασης, σύμφωνα με τον ορισμό του άρθρου 2 παρ. 1 περ. 5) του Ν. 4412/2016 (πρβλ ΑΕΠΠ 593/2020), έχει καταργηθεί κάθε άλλη αντίθετη διάταξη που διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης κατά το άρθρο 377 παρ. 4 του αυτού Νόμου, μεταξύ των οποίων διαδικασιών και η απευθείας ανάθεση που προβλέπεται στην ανωτέρω Πράξη Νομοθετικού Περιεχομένου, δεν υφίσταται ρητή εξαίρεση αναφορικά με την έννομη προστασία των οικονομικών φορέων των οποίων θίγονται τα έννομα αγαθά κατά την ανάθεση συμβάσεων με απευθείας ανάθεσης της ως άνω Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου από το καθεστώς έννομης προστασίας του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, ενώ και σε καμία περίπτωση δε δύναται παραδεκτά να γίνει αποδεκτό ότι δεν υφίσταται καθεστώς παροχής έννομης προστασίας σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, καθώς αυτό θα παραβίαζε το ευρωπαϊκό θεσμικό πλαίσιο των λεγόμενων “Δικονομικών Οδηγιών”, Οδηγία 89/665/ΕΟΚ και 2007/66/ΕΚ, αναφορικά με την επιταγή αποτελεσματικής διεκπεραίωσης των διαφορών που προκύπτουν από διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αλλά και της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ως αυτές οι Οδηγίες έχουν ενσωματωθεί στην εσωτερική έννομη τάξη με το Ν. 4412/2016, συνάγεται ότι και οι διαδικασίες που υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής του Εικοστού Έκτου Άρθρου της Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου με αρ. ΦΕΚ Α' 64/14-3-2020 περί Κατεπείγοντων Μέτρων Αντιμετώπισης της Ανάγκης Περιορισμού της Διασποράς του Κορωνοϊού COVID-19, υπάγονται στο Βιβλίο IV του Ν. 4412/2016. Εξάλλου, δε δύναται να γίνει αποδεκτό ότι στην υπόψη περίπτωση δεν εφαρμόζονται αναφορικά με την έννομη προστασία οι ειδικότερες διατάξεις περί δημοσίων συμβάσεων, ήτοι αυτές του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η και η προκείμενη σύμβαση τυγχάνει δημόσια σύμβαση, αλλά οι γενικές διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας περί ακυρωτικών διαφορών του Π.Δ. 18/1989 και του Ν. 702/1977, καθώς τούτο

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

προϋποθέτει ρητή εξαίρεση στην υπόψη διάταξη του άρθρου 26 της Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου από το καθεστώς του Ν. 4412/2016, που εν προκειμένω δεν υφίσταται, ώστε δε δύναται παραδεκτώς να θεωρηθεί ότι προς κάλυψη του κενού αυτού τυγχάνουν εφαρμογής οι γενικές διατάξεις περί αίτησης ακύρωσης και αναστολής της προαναφερόμενης κείμενης νομοθεσίας. Τα ανωτέρω επιρρωνύονται και διότι η υπ' αριθ./26.03.2020 Πρόσκληση σε διαπραγμάτευση για την ανάθεση της σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαριότητας στο Γενικό «» και στις Αποκεντρωμένες Δομές αυτού θέτει το κανονιστικό πλαίσιο διεξαγωγής της υπόψη διαδικασίας, όχι όμως και το δικονομικό πλαίσιο επίλυσης των αναφευομένων κατά τη διαδικασία του, η οποία ως προς τούτο διέπεται από τις εκάστοτε ισχύουσες διατάξεις διαφορών (ΣΤΕ 1765/2010, Ε.Α. 908, 1188, 1284/2009 κ.α.) και δη, εν προκειμένω, από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 (άρθρα 345-373) και δε δύναται παραδεκτώς να παρεκκλίνει από αυτό. Κατ' ακολουθίαν, οι σχετικοί ισχυρισμοί περί αναρμοδιότητας της Α.Ε.Π.Π. και περί μη εφαρμογής στην υπόψη διαδικασία ανάθεσης των διατάξεων του Ν. 4412/2016 τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι.

6. Επειδή, περαιτέρω, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι η ως άνω διάταξη της Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, η οποία δικαιολογείται από λόγους επιτακτικού δημοσίου συμφέροντος συνισταμένου στην αντιμετώπιση πρωτοφανούς και απρόβλεπτης απειλής για τη δημόσια υγεία, τη δημόσια τάξη και την κρατική ασφάλεια, ως και τη ζωή του συνόλου των πολιτών, θεσπισθείσα δε στο πλαίσιο ευρύτερων εκτάκτων μέτρων περιορισμού ελευθεριών των πολιτών, ακριβώς προς διασφάλιση βέλτιστης δυνατής αντιμετώπισης της ως άνω απειλής, ορίζει όσον αφορά τις υπαγόμενες στο πεδίο εφαρμογής της υπηρεσίες και αντικείμενα, μεταξύ των οποίων και οι υπηρεσίες καθαριότητας και απολυμάνσεων, όπως εν προκειμένω, ειδική και εξαιρετική ευχέρεια, για περιορισμένο χρόνο και διάρκεια, των αναθετουσών αρχών, μεταξύ των οποίων προδήλως και σε κάθε περίπτωση και τα νοσοκομεία, όπως η νυν αναθέτουσα, όπως κατά παρέκκλιση κάθε σχετικής με την ανάθεση των υπηρεσιών αυτών διάταξης της οικείας νομοθεσίας,

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

προβαίνουν σε απευθείας αναθέσεις των οικείων συμβάσεων. Ο νομοθέτης δε, δεν αναφέρθηκε σε διαδικασία διαπραγμάτευσης άνευ δημοσίευσης, όπως στο άρ. 32 Ν. 4412/2016, οι προϋποθέσεις του οποίου εν προκειμένω ουδεμία έννομη σημασία έχουν, δεδομένου του οριζοντίου και απροϋπόθετου χαρακτήρα της διάταξης της παραπάνω Πράξης Νομοθετικού Περιεχομένου, αλλά σε απευθείας ανάθεση, ήτοι τη διαδικασία του άρ. 118 Ν. 4412/2016, επεκτείνοντας τη και σε όσα αντικείμενα, ανεξαρτήτως εκτιμωμένης αξίας, ανήκουν στο πεδίο εφαρμογής της παραπάνω Πράξης. Η ως άνω απευθείας ανάθεση συνίσταται σε άνευ οιασδήποτε διαδικασίας των άρθρων 26 επ. Ν. 4412/2016 ανάθεση της σύμβασης σε οιονδήποτε οικονομικό φορέα επιλογής της αναθέτουσας, η οποία ναι μεν δύναται προς βέλτιστη διασφάλιση των συμφερόντων της να καλεί, όπως εν προκειμένω, περισσότερους οικονομικούς φορείς ώστε να επιλέξει μεταξύ τους, ουδόλως όμως τούτο είναι υποχρεωτικό για την ίδια, στο πλαίσιο της απευθείας ανάθεσης και άρα, δεν γεννώνται δικαιώματα των τυχόν προσκαλουμένων από την οικεία πράξη εκκίνησης της ως άνω διαδικασίας και δη τους οικείους όρους αυτής. Εντούτοις και στην περίπτωση, ως η προκείμενη, που η αναθέτουσα δεν προχωρήσει σε απευθείας ανάθεση, αλλά καλέσει περισσότερους οικονομικούς φορείς σε διαπραγμάτευση, υφίσταται προστατευτέο δικαίωμα κατά το Βιβλίο IV, κατ' άρθρο 360 του Ν. 4412/2016, περί διεκδίκησης της οικείας ανάθεσης από τον προσφεύγοντα οικονομικό φορέα, δεδομένου ότι, ως εν προκειμένω, υφίσταται υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να τηρήσει συγκεκριμένη - κατά το κανονιστικό της περιεχόμενο - διαδικασία για την ανάθεση της υπόψη σύμβασης, στο πλαίσιο της οποίας προσφεύγων οικονομικός φορέας θεμελιώνει την ύπαρξη προστατευτέου δικαιώματος του, συνδεδεμένου μετά της κανονιστικής δέσμευσης της αναθέτουσας αρχής όπως αναθέσει την υπόψη σύμβαση, βάσει συγκεκριμένου κανονιστικού πλαισίου, η μη τήρηση του οποίου ελέγχεται από την Α.Ε.Π.Π. κατά τα προαναφερόμενα, θεμελιούμενου συνεπώς σχετικού εννόμου συμφέροντος. Και ναι μεν, η σχετική Πρόσκληση συμμετοχής σε διαπραγμάτευση εκδόθηκε κατ' ανέλεγκτη ευχέρεια της αναθέτουσας, η οποία επέλεξε όπως προβεί σε διενέργεια ανάθεσης με την κατ' άρθρο 26 του Ν. 4412/2016 διαδικασία, την επιλογή της οποίας είχε ευχέρεια και ουχί υποχρέωση όπως επιλέξει,

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

εντούτοις, το θεσπισθέν δι' αυτής κανονιστικό περιεχόμενο ελέγχεται στην περίπτωση προστασίας ήδη υποβληθείσας προσφοράς σε περίπτωση που συμμετέχων οικονομικός φορέας προβάλλει ότι υφίσταται εσφαλμένη εφαρμογή αυτού, ως στην προκείμενη περίπτωση της παρούσας Προσφυγής (πρβλ ΑΕΠΠ 387/2020). Με άλλα λόγια, στην υπό εξέταση περίπτωση όπου υφίσταται Πρόσκληση σε διαδικασία διαπραγμάτευσης και συγκεκριμένο θεσμικό πλαίσιο ανάθεσης της υπόψη σύμβασης, το προστατευτέο εκείνο έννομο δικαίωμα, συνίσταται στην παροχή έννομης προστασίας σύμφωνα με το Βιβλίο IV του Ν. 4412/2016 στον οικονομικό εκείνο φορέα που συμμετείχε στην διαπραγμάτευση αυτή και αμφισβητεί την τήρηση από την αναθέτουσα αρχή του κανονιστικού πλαισίου που η ίδια θέσπισε και το οποίο την δεσμεύει, ήτοι ελέγχεται από την Α.Ε.Π.Π. η τήρηση από την αναθέτουσα αρχή του υφιστάμενου θεσμικού πλαισίου, εν προκειμένω της υπ' αριθ./26.03.2020 Πρόσκλησης, αλλά και των αρχών της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, της διαφάνειας, της αντικειμενικότητας και της αμεροληψίας (βλ. ΔΕΕ, απόφαση της 5ης Απριλίου 2017, C-298/2015, σκέψη 68, και υπό την έννοια αυτή, αποφάσεις της 6ης Νοεμβρίου 2014, *Cartiera dell' Adda*, C-42/2013, σκέψη 44, και της 14ης Ιουλίου 2016, *TNS Dimarso*, C-6/2015, σκέψη 22). Συνεπώς, οι περί του αντιθέτου σχετικοί ισχυρισμοί περί μη εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016 τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Ωσαύτως, αβάσιμοι τυγχάνουν και οι ισχυρισμοί περί απαραδέκτου της Προσφυγής λόγω εκλείψεως του αντικειμένου της υπόψη Προσφυγής, με δεδομένο ότι η σύμβαση αυτή υπεγράφη στις 20.04.2020 και μόνον κατ' άρθρο 368 δύναται να ζητηθεί η ακύρωσή της. Και τούτο διότι η υπογραφή της σύμβασης και η εκτέλεση του αντικειμένου της δημόσιας αυτής σύμβασης επιτάσσει την εκτέλεση της από επιχειρήσεις, στις οποίες η ανάθεση των σχετικών συμβάσεων έχει γίνει νόμιμα (ΔΕφΤριπολ. Ν4/2020, πρβλ. Σ.τ.Ε. ΕΑ 419/2010, 768/2009, 968/2008 κ.α.), οπότε και στην προκείμενη περίπτωση, παραδεκτώς εξετάζεται αν η υπόψη διαδικασία ανάθεσης νομίμως διενεργήθηκε δεδομένου ότι η παρούσα Προσφυγή ασκήθηκε στις 14.04.2020, πριν δηλαδή την υπογραφή της σύμβασης στις 20.04.2020, ημέρα αργία (Δευτέρα του Πάσχα) και λαμβανομένου υπόψη ότι στις 23.04.2020 εκδόθηκε η υπ' αριθ. Α 137/2020 απόφαση αναστολής της

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

διαδικασίας – ορισμού προσωρινών μέτρων, χωρίς να έχει τεθεί σε γνώση της Α.Ε.Π.Π. η υπογραφή εν τέλει της σχετικής σύμβασης.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα με προφανές έννομο συμφέρον στρέφεται κατά της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής κατά τα προρρηθέντα, δοθέντος ότι απεστάλη σε αυτήν η σχετική Πρόσκληση για συμμετοχή στην υπόψη διαδικασία, στην οποία και συμμετείχε, ισχυριζόμενη ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της και έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «». Περαιτέρω, με πρόδηλο έννομο συμφέρον παρεμβαίνει, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 362 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 και του άρθρου 7 του Π.Δ.39/2017, η εταιρεία «.....», με την από 27.04.2020 (ημερομηνία αποστολής με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στην Α.Ε.Π.Π.) Παρέμβασή της, αφού η εν λόγω εταιρεία συμμετείχε στην υπό εξέταση διαδικασία και η προσφορά της έγινε αποδεκτή και αναδείχθηκε αυτή ανάδοχος, η Παρέμβασή της αυτή δε, ασκείται εμπροθέσμως, αφού η υπό κρίση Προσφυγή κοινοποιήθηκε στην παρεμβαίνουσα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 16.04.2020 και η Παρέμβασή της ασκήθηκε εντός της νόμιμης δεκαήμερης προθεσμίας κατά τις προρρηθείσες διατάξεις, δοθέντος ότι η υπόψη προθεσμία έληγε στις 26.04.2020, ημέρα Κυριακή, κατά Νόμον εξαιρετέα και συνεπώς παρατάθηκε για την ίδια ώρα της επόμενης εργάσιμης ημέρας (βλ. Α.Ε.Π.Π. 567/2018, 524/2018, 330/2018, 175/2017), ήτοι τη Δευτέρα 27.04.2020, οπότε και ασκήθηκε η εν λόγω Παρέμβαση. Συνεπώς η υπό κρίση Προσφυγή και η ασκηθείσα επ' αυτής Παρέμβαση έχουν ασκηθεί παραδεκτώς και θα πρέπει να εξεταστούν στην ουσία τους.

8. Επειδή, με το υπ' αριθ. πρωτ./16.04.2020 έγγραφό της η αναθέτουσα αρχή εκφράζει της απόψεις της, αιτούμενη όπως απορριφθεί η υπό εξέταση Προσφυγή, ενώ και μετά την κοινοποίηση προς τα μέρη στις 08.05.2020 της υπ' αριθ./2020 Τροποποιητικής Πράξης Προέδρου 2^{ου} Κλιμακίου Α.Ε.Π.Π., περί συντόμευσης της ημερομηνίας εξέτασης της υπό κρίση Προσφυγής, η αναθέτουσα αρχή κατέθεσε, με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου στις 10.05.2020, το υπ' αριθ./10.05.2020 έγγραφό της, παραδεκτώς κατ' άρθρο 365 παρ. 1 του Ν 4412/2016, με το οποίο παραθέτει

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

συμπληρωματική αιτιολογία επί της εν λόγω Προσφυγής, αιτούμενη όπως αυτή απορριφθεί, κατά τα ειδικότερα υποστηριζόμενα στο υπόψη έγγραφο. Επέκεινα, ουδέν δικονομικό δικαίωμα τόσο της προσφεύγουσας όσο και της αναθέτουσας αρχής παραβιάσθηκε, δοθέντος ότι ως αρχική ημερομηνία εξέτασης είχε οριστεί η 21^η.05.2020 και με την ανωτέρω Τροποποιητική Πράξη ορίστηκε ως νέα ημερομηνία εξέτασης η 11.05.2020, κατά την οποία ημερομηνία, 11.05.2020, η αναθέτουσα αρχή όφειλε, κατ' άρθρο 365 παρ. 1 του Ν. 4412/2016, όπως αποστείλει τυχόν συμπληρωματική αιτιολογία της προσβαλλόμενης, ως έπραξε κατά τα ανωτέρω στις 10.05.2020, ήτοι την προτεραιία ημέρα της εξέτασης και ως εκ τούτου κατά την εξέταση στις 11.05.2020 ελήφθησαν υπόψη όλα τα σχετικά έγγραφα της.

9. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της Προσφυγής της ισχυρίζεται ότι υφίσταται υποχρέωση αναζήτησης της αναθέτουσας αρχής διευκρινίσεων σύμφωνα με το άρθρο 102 του Ν. 4412.2016 πριν την απόρριψη της προσφοράς της.

10. Επειδή, το άρθρο 102 «Συμπλήρωση - αποσαφήνιση πληροφοριών και δικαιολογητικών» (άρθρο 56 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζει ότι «1. Κατά τη διαδικασία αξιολόγησης των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, ο αναθέτων φορέας μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες ή τους υποψηφίους να διευκρινίζουν ή να συμπληρώνουν τα έγγραφα ή τα δικαιολογητικά που έχουν υποβάλει, μέσα σε εύλογη προθεσμία, η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης σε αυτούς της σχετικής πρόσκλησης. Οποιαδήποτε διευκρίνιση ή συμπλήρωση υποβάλλεται από τους προσφέροντες ή υποψηφίους χωρίς να έχει ζητηθεί από την αναθέτουσα αρχή δεν λαμβάνεται υπόψη. 2. Η πιο πάνω διευκρίνιση ή η συμπλήρωση αφορά μόνο στις ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, όπως ιδίως παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της διαδικασίας σύναψης σύμβασης, που δεν

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελή σήμανση αντιγράφων που εκδίδονται, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 1 του ν. 4250/2014 (Α` 74) και μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων, διαφοροποίηση της δομής των εγγράφων της προσφοράς από τα υποδείγματα που θεσπίζονται με το νόμο, τις κανονιστικές πράξεις ή τα έγγραφα της σύμβασης. Η συμπλήρωση ή η διευκρίνιση κατά το πρώτο εδάφιο δεν επιτρέπεται να έχει ως συνέπεια μεταγενέστερη αντικατάσταση ή υποβολή εγγράφων σε συμμόρφωση των όρων της διακήρυξης, αλλά μόνο τη διευκρίνιση ή συμπλήρωση, ακόμη και με νέα έγγραφα, εγγράφων ή δικαιολογητικών που έχουν ήδη υποβληθεί. 3. Η διευκρίνιση ή η συμπλήρωση της παραγράφου 1 δεν πρέπει να εισάγει διακρίσεις, άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχει ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης 4. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καλεί εγγράφως τους προσφέροντες να διευκρινίσουν, μέσα σε εύλογη προθεσμία η οποία δεν μπορεί να είναι μικρότερη από επτά (7) ημέρες από την ημερομηνία κοινοποίησης της σχετικής πρόσκλησης, το περιεχόμενο της τεχνικής ή οικονομικής προσφοράς που έχουν υποβάλει, αν περιέχει ασάφειες ή σσωνος σημασίας ατέλειες, επουσιώδεις παραλείψεις ή πρόδηλα τυπικά ή υπολογιστικά σφάλματα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει ότι μπορεί να θεραπευθούν. Η διευκρίνιση αυτή δεν πρέπει να έχει ως αποτέλεσμα την ουσιώδη αλλοίωση της προσφοράς και δεν πρέπει να προσδίδει αθέμιτο ανταγωνιστικό πλεονέκτημα στη συγκεκριμένη προσφορά σε σχέση με τις λοιπές [...]».

11. Επειδή, από την προδιαληφθείσα διάταξη, η οποία τυγχάνει εφαρμογής σύμφωνα με τα γενόμενα δεκτά ανωτέρω (βλ. σκέψη 5 της παρούσας), προκύπτει ότι παρέχεται στην αναθέτουσα ευχέρεια να ζητήσει διευκρινίσεις και συμπληρώσεις, μεταξύ άλλων και για ασάφεια δικαιολογητικών και εγγράφων, υφίσταται δε υποχρέωση προς τούτο σε περίπτωση απόρριψης της προσφοράς, σύμφωνα με την παρ. 5 του άρθρου 102 του Ν. 4412/2016. Η ως άνω ενάσκηση της ανωτέρω διακριτικής ευχέρεια ή υποχρέωσης της αναθέτουσας, ελέγχεται τόσο ως προς την εκ μέρους της

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

άσκηση, όσο και η παράλειψη άσκησης της, βάσει των κανόνων του άρθρου 102 Ν. 4412/2016 και ως προς τυχόν υπέρβαση των άκρων ορίων που την προσδιορίζουν. Ειδικότερα, σαφώς συνάγεται ότι περιπτώσεις συμπλήρωσης – αποσαφήνισης πληροφοριών και δικαιολογητικών αποτελούν τυπικές ή διαδικαστικές πλημμέλειες, ασάφειες, επουσιώδεις πλημμέλειες ή πρόδηλα τυπικά σφάλματα που επιδέχονται διόρθωση ή συμπλήρωση, παράλειψη μονογραφών, διακεκομμένη αρίθμηση, ελαττώματα συσκευασίας και σήμανσης του φακέλου και των υποφακέλων των προσφορών ή αιτήσεων συμμετοχής, λεκτικές και φραστικές αποκλίσεις των εγγράφων της προσφοράς από την ορολογία των εγγράφων της σύμβασης, που δεν επιφέρουν έννομες συνέπειες ως προς το περιεχόμενό τους, ελλείψεις ως προς τα νομιμοποιητικά στοιχεία, πλημμελή σήμανση αντιγράφων, μεταφράσεων και λοιπών πιστοποιητικών ή βεβαιώσεων κ.ο.κ. Επιπλέον, προκύπτει ότι, κατ' εξαίρεση γίνεται δεκτή η συμπλήρωση ή διόρθωση των δεδομένων της προσφοράς επειδή απαιτείται μόνον η απλή διευκρίνισή τους ή η διόρθωση πρόδηλων εκ παραδρομής λαθών, συμπληρώσεις / διευκρινίσεις που δεν θα πρέπει να εισάγουν διακρίσεις ή άνιση μεταχείριση των οικονομικών φορέων ή να έχουν ως συνέπεια ευνοϊκή μεταχείριση συγκεκριμένου οικονομικού φορέα στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης. Το κριτήριο δε του παραπάνω διαχωρισμού, συνίσταται στο ότι η επιτρεπτή συμπλήρωση δεν πρέπει να είναι τέτοιας έκτασης, ώστε να επιτρέπει εναλλακτικές προσφορές, να προσδίδει πλεονέκτημα στον υπέρ ου οικονομικό φορέα έναντι των ανταγωνιστών του εισάγοντας ευμενή υπέρ αυτού διάκριση, να μην επιτρέπει τη μεταβολή προσφορών, να μην του παρέχει εμμέσως ευκαιρία πλήρωσης αποδεικτικής ή ουσιαστικής προϋπόθεσης η κατοχή της οποίας κατά τον χρόνο υποβολής προσφοράς δεν είναι αντικειμενικώς τεκμαιρόμενη ως βεβαία 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. Στην υπό κρίση περίπτωση η προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε με την αιτιολογία ότι «...

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

ύστερα από τον έλεγχο των Δικαιολογητικών και της Τεχνικής Προσφοράς διαπιστώθηκε ότι παρουσιάζει ζημίες στον ισολογισμό των ετών 2017 και 2018 και ως τούτου είναι «ΕΚΤΟΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ (σελ. 7 του τεύχους της Διαπραγμάτευσης προβλέπεται στο άρθρο α παράγραφος (ν) επί ποινή αποκλεισμού να μην έχουν εμφανίσει ζημίες στις τρεις (3) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις ...». Συνεπώς, η εν λόγω προσφορά απορρίφθηκε ως μη συμμορφούμενη με απαράβατο όρο της Πρόσκλησης σε διαπραγμάτευση, ήτοι τη μη προσήκουσα απόδειξη συγκεκριμένης ιδιότητας περί μη εμφάνισης ζημιών στις τελευταίες τρεις διαχειριστικές χρήσεις και ουχί για κάποια τυπική πλημμέλεια ή λόγο, τα οποία δύνανται παραδεκτώως να διευκρινισθούν – συμπληρωθούν κατά τα ανωτέρω. Ως εκ τούτου νομίμως δεν ζητήθηκαν διευκρινίσεις από την αναθέτουσα αρχή, αφού η προσφορά δεν παρουσίαζε κάποια ασάφεια που έχρηζε διευκρίνισης, αλλά εφόσον δεν πληρούσε τον υπόψη όρο της Πρόσκλησης, κατά δεσμία αρμοδιότητα της αναθέτουσας αρχής, η προσφορά αυτή θα έπρεπε να απορριφθεί, ζήτημα το οποίο - ήτοι αν η συγκεκριμένη προσφορά καλύπτει τον συγκεκριμένο όρο της Πρόσκλησης ή μη - αποτελεί και το μόνο που παραδεκτώως δύναται να προβληθεί. Εξάλλου, τυχόν εφαρμογή των ανωτέρω διατάξεων θα είχε ως αποτέλεσμα την παραβίαση της αρχής της διαφάνειας και της αρχής απαγόρευσης των διακρίσεων, που απορρέει από το άρθρο 49 της Σ.Λ.Ε.Ε. σχετικά με την ελεύθερη κυκλοφορία των υπηρεσιών στην Κοινότητα, καθώς και της συναφούς γενικής αρχής της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς (ΔΕΕ C-496/99, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta SpA, ΔΕΚ αποφάσεις της 20.9.1988, C-31/87, Boentjes, Συλλογή 1988, σ. 4635, σκέψη 22, της 25.4.1996, C-87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, Συλλογή 1996, σ. I-2043, σκέψη 54, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction, Συλλογή 2001, σ. I-7725, σκέψεις 41 και 42 και της 4.12.2003, C-448/01. EVN AG, Wienstrom GmbH, μη δημοσιευθείσα ακόμη στη Συλλογή, σκέψεις 56 έως 58, πρβλ. Σ.Τ.Ε. ΕΑ 532/2004, 471-2/2000, 449/2000), αφού θα δινόταν η δυνατότητα να γίνει δεκτή προσφορά μη σύμφωνη με την Πρόσκληση και να συγκριθεί με αυτές που νομίμως έγιναν αποδεκτές (Σ.Τ.Ε. 827/2019, 1172/2016, 2454/09, Σ.Τ.Ε. ΕΑ 277/2019, 457, 364/09, 738/09, 180/09, 567/08, 3075/08, 307/07, ΔΕφΑΘ 271/2011).

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

Εξάλλου, παροχή διευκρινίσεων νοείται αποκλειστικά και μόνο όταν γεννάται αμφιβολία ως προς το περιεχόμενο της προσφοράς και όχι όταν αυτό είναι σαφές, δοθέντος ότι στην περίπτωση αυτή θα επρόκειτο για αθέμιτη τροποποίηση του περιεχομένου της προσφοράς των διαγωνιζομένων (Σ.Τ.Ε. 90/2010), στην υπό εξέταση περίπτωση η προσφορά της προσφεύγουσας απορρίφθηκε για το λόγο μη πλήρωσης όρου της Διακήρυξης εκ των προσκομισθέντων εγγράφων και επομένως δεν υφίστατο υποχρέωση αυτής προς διευκρινίσεις. Τούτων δοθέντων, ο πρώτος λόγος της Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

12. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον δεύτερο λόγο της Προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσφορά της είναι σύμφωνη με τη σελίδα 7 του τεύχους της Διαπραγμάτευσης και το άρθρο α παράγραφος (ν) στο οποίο ορίζεται επί ποινή αποκλεισμού να μην έχουν εμφανίσει οι συμμετέχοντες ζημίες στις τρεις (3) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις, αφού από τους ισολογισμούς της προκύπτει ότι δεν υφίστανται σε αυτούς ζημιά, αλλά κέρδη, κατά τα ειδικότερα αναφερόμενα σε αυτήν.

13. Επειδή, το άρθρο 75 του Ν. 4412/2016 προβλέπει ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. 2 [...] 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτό, οι αναθέτουσες

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στο τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Περαιτέρω, το άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα» του Ν. 4412/2106 (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ορίζει ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη της μη ύπαρξης λόγων αποκλεισμού, όπως αναφέρονται στα άρθρα 73 και 74 και της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82 [...] 4. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α`. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βασίμο 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 [...].

14. Επειδή, σε συμμόρφωση με τις ανωτέρω διατάξεις το άρθρο 4 «ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» της υπ' αριθ./26.03.2020 Πρόσκλησης σε διαπραγμάτευσης ορίζει ότι «[...] Εντός του φακέλου της προσφοράς, συνυποβάλλονται από τους συμμετέχοντες :α) Υποφάκελος με

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» στον οποίο θα εμπεριέχονται επί ποινή αποκλεισμού: [...] (ν) σε περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται στην έκδοση ισολογισμών, δημοσιευμένους ισολογισμούς ή αποσπάσματα δημοσιευμένων ισολογισμών των τελευταίων τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων (έτη 2016, 2017, 2018) ή για όσο χρόνο δραστηριοποιούνται εφόσον είναι μικρότερος, ή υπεύθυνη δήλωση του Ν. 1599/86 περί του συνολικού ύψους του ετήσιου κύκλου εργασιών των τριών (3) προηγούμενων ετών, σε περίπτωση που δεν υποχρεούνται στην έκδοση ισολογισμών. Σε περίπτωση που δεν έχει δημοσιευθεί ο ισολογισμός του προηγούμενου έτους, τότε προσκομίζονται οι ισολογισμοί των τριών (3) προηγούμενων χρήσεων αυτού [...] Να διαθέτουν μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών που αφορά στην εκτέλεση έργων συναφών προς το αντικείμενο της παρούσας πρόσκλησης κατά τις τρεις προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις (έτη 2016, 2017, 2018) ή για όσο διάστημα ασκεί την επιχειρηματική του δράση, εφόσον αυτή είναι μικρότερη, ίσο με το 100% του προϋπολογισμού, με Φ.Π.Α. Να μην έχουν εμφανίσει ζημίες στις τρεις (3) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις. Ως τελευταία χρήση νοείται αυτή του έτους 2018 [...]».

15. Επειδή, από τις ανωτέρω διατάξεις του Νόμου, προκύπτει ότι υπό το πρίσμα της Οδηγίας 2014/24 ΕΕ και αντίστοιχα του Ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές έχουν την ευχέρεια να καθορίζουν όχι μόνο τα ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας αλλά και τα μέσα απόδειξης αυτών υπό την προϋπόθεση ότι δεν τίθενται υπερβολικά υψηλές και δυσανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης απαιτήσεις. Ειδικότερα, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την «καταλληλότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων και τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αλλά και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε προσφέρων / αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής. Περαιτέρω, από τις προρρηθείσες διατάξεις του άρθρου 4 περ. (ν) της Πρόσκλησης προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή προκειμένου να διασφαλίσει ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική ικανότητα απαιτεί αυτοί *«να μην έχουν εμφανίσει ζημίες στις τρεις (3) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις»*, ενώ *«(ω)ς τελευταία χρήση νοείται αυτή του έτους 2018»* και προς απόδειξη των ανωτέρω προσκομίζεται επί ποινή αποκλεισμού *«δημοσιευμένοι ισολογισμοί ή αποσπάσματα δημοσιευμένων ισολογισμών των τελευταίων τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων (έτη 2016, 2017, 2018) σε περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς υποχρεούνται στην έκδοση ισολογισμών»*. Στην υπό κρίση περίπτωση νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά της προσφεύγουσας με την αιτιολογία ότι *«παρουσιάζει ζημίες στον ισολογισμό των ετών 2017 και 2018 και ως εκ τούτου είναι ΕΚΤΟΣ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΩΝ»*, αφού από τη θεώρηση του Πίνακα Κατάστασης Αποτελεσμάτων ετών 2017, την οποία προσάγει και επιλαείται η παρεμβαίνουσα, προκύπτει ότι αυτή εμφάνισε αρνητικό οικονομικό αποτέλεσμα (ζημία) ποσού 1.000.997,65 ευρώ, ως ρητά αναγράφεται στη σελ. 22 *«Λογιστικός χειρισμός ζημιών περιόδου»* των Χρηματοοικονομικών Καταστάσεων χρήσεων 1 Ιανουαρίου έως 31 Δεκεμβρίου 2017, όπου αναφέρεται ότι *«(η) κλειόμενη χρήση παρουσίασε ζημιογόνο αποτέλεσμα»*. Ως εκ τούτου, η εν λόγω προσφορά καθόσον δεν πληρούσε την ανωτέρω απαίτηση, νομίμως απερρίφθη, λαμβανομένου υπόψη ότι και στις περιπτώσεις όπου το κανονιστικό πλαίσιο δεν το αναφέρει ρητά, πολύ περισσότερο, όταν περιέχει ρητή πρόβλεψη ότι οι απαιτήσεις αυτές τάσσονται

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

επί ποινή αποκλεισμού, ως εν προκειμένω, προσφορές που δεν πληρούν τις ανωτέρω απαιτήσεις, καθίστανται απορριπτές (ΕΑΣΤΕ 79/2009, ΕΑΣΤΕ 26/2007). Αναφορικά με τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ότι τα ως άνω αρνητικά αποτελέσματα των ισολογισμών της για τα έτη 2017 και 2018 είναι πλασματικά και οφείλονται σε εγγραφές στοιχείων που ανάγονται σε άλλες χρήσεις (π.χ. πρόστιμα και φόροι παρελθόντων ετών κ.λπ.) και επομένως δεν βαρύνουν τις χρήσεις των ετών 2017 και 2018 οι οποίες είναι κερδοφόρες, καθώς θα πρέπει να ελεγχθούν τα αποτελέσματα των ισολογισμών της προ φόρων και τόκων, τα οποία και είναι κερδοφόρα, αφού στους ισολογισμούς αποτυπώνονται και οι καταβληθέντες φόροι οι οποίοι όμως δεν αποτελούν δαπάνες, αυτοί τυγχάνουν απορριπτέοι ως αβάσιμοι. Και τούτο διότι από τη γραμματική ερμηνεία του όρου (ν) του άρθρου 2 της Πρόσκλησης σαφώς συνάγεται ότι προς πλήρωση των τιθέμενων όρων απαιτείτο η προσκόμιση των δημοσιευμένων ισολογισμών από τους οικονομικούς φορείς από τους οποίους έπρεπε να προκύπτει ότι στις τρεις (3) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις χρήσεις, 2016, 2017 και 2018 δεν εμφανίζονται ζημίες, χωρίς από τη διατύπωση του όρου αυτού της Πρόσκλησης ουδόλως να συνάγεται ότι απαιτείται η εν λόγω πιστοποίηση των ζητούμενων από την Πρόσκληση ότι πρέπει να προκύπτει από τα αποτελέσματα των ισολογισμών προ φόρων και τόκων ή ότι σε περίπτωση καταβολής φόρου τεκμαίρεται ότι η χρήση δεν είναι ζημιογόνα, ως η προσφεύγουσα αβασίμως υποστηρίζει. Εξάλλου, η προσφεύγουσα δεν αναφέρει την επίκληση κατά την υποβολή της προσφορά της εγγράφων ή άλλων διευκρινίσεων, συνοδευτικών των προσκομιζόμενων ισολογισμών της, προς απόδειξη κάλυψης του υπόψη όρου της Πρόσκλησης, τα οποία και ανάγονται στο δικό της καθήκον επιμέλειας, αφού ουδεμία υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής προκύπτει όπως διερευνήσει περαιτέρω προσφορές και προβεί σε οικονομικές εκτιμήσεις και αναλύσεις, σε περίπτωση που οι προσφορές αυτές και τα υποβαλλόμενα με αυτές συνημμένα έγγραφα δεν αποδεικνύουν την κάλυψη των όρων του κανονιστικού πλαισίου, ως αυτά έχουν θεσπισθεί, εν προκειμένω των κριτηρίων χρηματοοικονομικής επάρκειας που η Πρόσκληση απαιτούσε, δεδομένου ότι τούτο συνεπάγεται μη νόμιμη αποδοχή προσφοράς με την ανεπίτρεπτη αλλοίωση του περιεχομένου της (Σ.Τ.Ε. ΕΑ 194/2011, 970/2010,

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

877/2006). Περαιτέρω, αορίστως προς απόδειξη των ισχυρισμών της περί κερδοφορίας της για τα έτη 2016, 2017 και 2018, η προσφεύγουσα επικαλείται τις υπ' αριθ./2017 και/2019 Δηλώσεις της Φορολογίας Εισοδήματος Νομικών Προσώπων, αφού δεν προσκομίζει αυτές, ενώ και σε κάθε περίπτωση δεν επικαλείται σχετική δήλωση της φορολογίας εισοδήματος έτους 2018 προς απόδειξη κερδοφορίας της το επίμαχο έτος 2017, όπου ρητά αναφέρεται ζημιογόνο αποτέλεσμα, ως προελέχθη. Μετά ταύτα, ο δεύτερος λόγος της Προσφυγής τυγχάνει απορριπτέος ως νόμω και ουσία αβάσιμος.

16. Επειδή, η προσφεύγουσα με τον τρίτο λόγο της Προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσφορά της εταιρείας «» θα έπρεπε να έχει απορριφθεί αφού αυτή δεν συμμορφώνεται με τον όρο της σελίδας 9 παράγραφος (χ) της Πρόσκλησης, όπου ορίζεται η απαίτηση να προκύπτει από τους ετήσιους πίνακες προσωπικού των οικονομικών φορέων κατά την τελευταία τριετία (2017, 2018, 2019) η απασχόληση εκατόν είκοσι (120) ατόμων προσωπικού καθαριότητας πλήρους απασχόλησης, υποχρέωση που δεν καλύπτει η υπόψη εταιρεία και κατά τούτο απαραδέκτως έγινε αποδεκτή η προσφορά της.

17. Επειδή, το άρθρο 4 «ΠΕΡΙΕΧΟΜΕΝΟ ΠΡΟΣΦΟΡΑΣ» της υπ' αριθ./26.03.2020 Πρόσκλησης σε διαπραγμάτευσης ορίζει ότι «[...] *Εντός του φακέλου της προσφοράς, συνυποβάλλονται από τους συμμετέχοντες :α) Υποφάκελος με την ένδειξη «Δικαιολογητικά Συμμετοχής – Τεχνική Προσφορά» στον οποίο θα εμπεριέχονται επί ποινή αποκλεισμού: [...]* (χ) *Ετήσιοι πίνακες προσωπικού των οικονομικών φορέων κατά την τελευταία τριετία (2017,2018,2019), από τους οποίους να προκύπτει ότι απασχολούν τουλάχιστον εκατόν είκοσι (120) άτομα προσωπικό καθαριότητας πλήρους απασχόλησης[...]*».

18. Επειδή, από την ανωτέρω λεκτική διατύπωση σαφώς συνάγεται ότι οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς οφείλουν να αποδείξουν ότι απασχολούν εκατόν είκοσι (120) άτομα πλήρους απασχόλησης ως προσωπικό καθαριότητας κατά την τελευταία τριετία ως στοιχείο τεχνικής – επαγγελματικής επάρκειάς και εμπειρίας τους προκειμένου να αναλάβουν τις υπηρεσίες καθαριότητας της προκειμένης σύμβασης. Με άλλα λόγια στοιχείο

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

τεχνικής – επαγγελματικής επάρκειας για την προσήκουσα εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης αποτελεί η απασχόληση κατ' ελάχιστον εκατόν είκοσι (120) ατόμων ως προσωπικού καθαριότητας κατά την τελευταία τριετία, ήτοι για τα έτη 2017, 2018 και 2019, ενώ ουδόλως συνάγεται ότι στο προσωπικό αυτό προσμετρώνται και τα άτομα τα οποία δε δηλώνονται ως καθαριστές/στριες, παρά μόνον δηλώνεται η εργασιακή τους σχέση ως πλήρους απασχόλησης, χωρίς όμως να προκύπτει ότι πρόκειται για καθαριστές/στριες, δηλαδή για προσωπικό καθαριότητας. Και αυτό διότι, θα πρέπει να γίνει δεκτό ότι μόνον άτομα που δηλώθηκαν ως καθαριστές/ στριες εντάσσονται στο προσωπικό καθαριότητας, καθώς λοιπό διοικητικό προσωπικό ή υπάλληλοι γραφείου δεν αποτελούν προσωπικό καθαριότητας. Κατά τούτο, βασίμως η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι από τους προσκομιζόμενους πίνακες προσωπικού της εταιρείας «», ΠΠ 2017, ΠΠ..... 2017, ΠΠ..... 2018, ΠΠ 2019 και ΠΠ..... 2019 προκύπτει σύνολο προσωπικού καθαριότητας, ήτοι καθαριστών / στριών, πλήρους απασχόλησης ενενήντα πέντε (95) ατόμων και συνεπώς δεν πληρούται ο υπόψη όρος της Πρόσκλησης, ο οποίος αποτελεί εχέγγυο της τεχνικής ικανότητας της υπόψη εταιρείας που εξασφαλίζει και πιστοποιεί την προσήκουσα και άρτια εκτέλεση της επίμαχης υπηρεσίας. Τούτου δοθέντος και λαμβανομένου υπόψη ότι ο όρος αυτός της Πρόσκλησης είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, μη νομίμως η αναθέτουσα αρχή έκρινε ως αποδεκτή την προσφορά της εταιρείας «» και ανέδειξε αυτήν ως ανάδοχο της υπό εξέταση διαδικασίας ανάθεσης, αφού υπείχε δεσμία αρμοδιότητα όπως απορρίψει αυτήν (πρβλ. Σ.Τ.Ε. 1052/2008, 720,725/2006, 557/2005, Σ.Τ.Ε. ΕΑ 61/2011, 79/2009), επί ελλείψεως ρητής και επί ποινή αποκλεισμού τεχνικής – επαγγελματικής ιδιότητας. Ετέρωθεν, απορριπτέοι τυγχάνουν οι προβαλλόμενοι ισχυρισμοί της παρεμβαίνουσας περί απαίτησης πλήρωσης του κριτηρίου αυτού για εκατόν είκοσι άτομα (120) προσωπικού καθαριότητας, αθροιστικά για τα έτη 2017, 2018 και 2019 και ουχί για κάθε έτος ξεχωριστά, καθόσον ουδόλως αμφισβητείται από την προσφεύγουσα η απαίτηση πλήρωσης του υπόψη κριτηρίου κατά την τελευταία αυτή τριετία αθροιστικώς, αλλά προσβάλλεται η μη πλήρωση της απαίτησης για εκατόν είκοσι άτομα (120) προσωπικού καθαριότητας, αφού τα δηλωθέντα άτομα της

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020

εταιρείας «» ως καθαριστές/στριες για την τριετία αυτή είναι ενενήντα πέντε, δηλαδή λιγότερα του απαιτούμενου από την Πρόσκληση ελάχιστου αριθμού. Τούτων ούτως εχόντων, ο υπόψη λόγος της Προσφυγής θα πρέπει να γίνει δεκτός ως νόμω και ουσία βάσιμος.

19. Επειδή, κατ' ακολουθίαν η υπό κρίση Προσφυγή θα πρέπει να γίνει εν μέρει δεκτή ως βάσιμη, νόμω και ουσία, σύμφωνα με ό,τι κρίθηκε ανωτέρω, το παράβολο, δε, που κατέθεσε η προσφεύγουσα να επιστραφεί (άρθρο 363 παρ. 5 του Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 του Π.Δ. 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται εν μέρει την Προσφυγή και απορρίπτει την Παρέμβαση.

Ακυρώνει την υπ' αριθ. 7593/13.04.2020 απόφαση του Διοικητή του Γενικού «.....», με την οποία εγκρίθηκε το υπ' αριθ./08.04.2020 Πρακτικό της Επιτροπής διενέργειας και αξιολόγησης της διαπραγμάτευσης και κατακυρώθηκε η υπ' αριθ./26.03.2020 Πρόσκληση σε διαπραγμάτευση για την ανάθεση της σύμβασης παροχής υπηρεσιών καθαριότητας στο Γενικό «» και στις Αποκεντρωμένες Δομές αυτού στην εταιρεία «», κατά το μέρος με το οποίο έγινε αποδεκτή η προσφορά της εταιρείας «».

Ορίζει την επιστροφή του προσκομισθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Άγ. Ιωάννη Ρέντη στις 11 Μαΐου 2020 και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 14 Μαΐου 2020.

Ο Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Κωνσταντίνος Πολ. Κορομπέλης

Τζέιμου Ελ. Γιάννακα

Αριθμός απόφασης: 558 / 2020