

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

3^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 16 Σεπτεμβρίου 2022 με την εξής σύνθεση: Μιχαήλ Διαθεσόπουλος, Πρόεδρος, Μαρία Βύρρα, Εισηγήτρια και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 11.08.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1138/12.08.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... ..» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

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

Κατά του παρεμβαίνοντος οικονομικού φορέα «... ..» και το διακριτικό τίτλο «... ..» (εφεξής «ο παρεμβαίνων»), όπως νομίμως εκπροσωπείται.

Με την υπό κρίση Προδικαστική Προσφυγή της, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση: α) Της απόφασης της υπ'αριθμ. .../26.07.2022 συνεδρίασης του Πρυτανικού Συμβουλίου του (εφεξής η «προσβαλλόμενη»), ληφθείσα στο πλαίσιο της υπ'αρ. .../26.07.2022 συνεδρίασής του (θέμα 5^ο.ε), δυνάμει της οποίας αποφασίσθηκε η έγκριση του Πρακτικού με αρ. πρωτ. .../.../.../30.06.2022 και περαιτέρω έγιναν αποδεκτά τα δικαιολογητικά κατακύρωσης του παρεμβαίνοντος και κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στον παρεμβαίνοντα και β) Της απόφασης της υπ'αρ. .../14.06.2022 συνεδρίασης του Πρυτανικού Συμβουλίου (θέμα 5. στ.1) περί έγκρισης των Πρακτικών που αφορούν τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής αξιολόγησης και τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών αντίστοιχα των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων.

Με την παρέμβασή του, ο άνω παρεμβαίνων, αιτείται την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, κατά το μέρος που τον αφορά, και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια,

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή για την άσκηση της προσφυγής καταβλήθηκε, πληρώθηκε και δεσμεύθηκε το νόμιμο παράβολο, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017 (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ποσού 2.650,00€), υπολογιζόμενο επί της εκτιμώμενης, άνευ ΦΠΑ, αξίας της σύμβασης, ήτοι επί του ποσού των 524.193,50€. Η δε προσφεύγουσα έχει καταθέσει παράβολο κατά το υπερβάλλον ποσό των 29,04€, το οποίο πρέπει να της επιστραφεί ανεξάρτητα από την έκβαση της προσφυγής, εφόσον το αναλογούν παράβολο για το ποσό των 524.193,50€ ανέρχεται σε 2.620,96€.

2. Επειδή με την αρ. πρωτ. .../.../.../29-12-2021 Διακήρυξη της αναθέτουσας προκηρύχθηκε ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός άνω των ορίων με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη προσφορά, βάσει της τιμής (χαμηλότερη), σύμφωνα με το άρθρο 27 του Ν. 4412/2016, για την ανάδειξη αναδόχου για την προμήθεια δύο λεωφορείων 51+1+1 θέσεων για τις ανάγκες μετακίνησης φοιτητών και λοιπού προσωπικού του, συνολικού προϋπολογισμού 524.193,50€ χωρίς ΦΠΑ 650.000,00 € συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ 24%.

3. Επειδή το πλήρες κείμενο της Διακήρυξης καταχωρήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την 29.12.2021 με ΑΔΑΜ ..., καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου ο προκείμενος διαγωνισμός έλαβε συστημικό αριθμό

4. Επειδή, σύμφωνα με το άρθρο 1.5 της Διακήρυξης, ως καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 04-02-2022, ημέρα Παρασκευή και ώρα 13:00:00 μ.μ, ενώ η ηλεκτρονική αποσφράγιση των προσφορών ορίστηκε ότι θα λάβει χώρα την 10-02-2022, ημέρα Πέμπτη και ώρα 11:00:00 π.μ, σύμφωνα με τα διαλαμβανόμενα στο ίδιο ως άνω άρθρο. Στη σχετική διαγωνιστική διαδικασία υπέβαλαν προσφορά τρεις (3) οικονομικοί φορείς, συμπεριλαμβανομένης της προσφεύγουσας και του παρεμβαίνοντος.

Εν συνεχεία, με την επίσης προσβαλλόμενη με την υπό εξέταση προσφυγή, με αριθμ. .../26.07.2022 απόφαση του Πρυτανικού Συμβουλίου του κατακυρώθηκε οριστικά το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στον παρεμβαίνοντα οικονομικό φορέα. Αμφότερες οι άνω αποφάσεις, ήτοι τόσο η υπ'αρ. .../14.06.2022 απόφαση συνεδρίασης του Πρυτανικού Συμβουλίου (θέμα 5. στ.1) περί έγκρισης των Πρακτικών που αφορούν τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής-τεχνικής αξιολόγησης και τον έλεγχο των οικονομικών προσφορών αντίστοιχα των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων όσο και η με αριθμ. 209/26.07.2022 απόφαση περί οριστικής κατακύρωσης *[η οποία, σύμφωνα με το νέο άρθρ. 100 του Ν.4412/2016 και τις ομοίου περιεχομένου διατάξεις των άρθρ. 3.1.2 και 3.3.1 της Διακήρυξης, ως τελική πράξη κατακύρωσης και ανάδειξης οριστικού αναδόχου ενσωματώνει πλέον όλες τις προηγηθείσες αποσπαστές πράξεις της διαδικασίας, ήτοι ενσωματώνει και την προηγηθείσα με αριθμ. 203/14.06.2022], κοινοποιήθηκαν μετά των ενσωματωμένων σε αυτές και εγκεκριμένων Πρακτικών, στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ την 01-08-2022. Κατά των άνω εκτελεστών αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, στρέφεται η προσφεύγουσα με την υπό εξέταση προσφυγή της, αιτούμενη την ακύρωσή τους, για τους σε αυτήν ειδικώς αναφερόμενους λόγους.*

5. Επειδή ο διαγωνισμός ως εκ του αντικειμένου του (υπηρεσίες), της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης άνευ Φ.Π.Α, της νομικής φύσης και της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

6. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα, καθόσον οι προσβαλλόμενες αποφάσεις κοινοποιήθηκαν σε όλους τους συμμετέχοντες μέσω της λειτουργικότητας «επικοινωνία» του ΕΣΗΔΗΣ στις 01.08.2022, και η προσφυγή κατατέθηκε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 11.08.2022, ήτοι εντός της προβλεπόμενης δεκαήμερης προθεσμίας από την άνω κοινοποίηση, ενώ, επίσης, ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και είναι ψηφιακώς υπογεγραμμένη.

7. Επειδή, η προσφεύγουσα θεμελιώνει το έννομο συμφέρον της στο γεγονός ότι έχει καταταγεί δεύτερη σε σειρά μειοδοσίας ως βλαπτόμενη, ως προς το μέρος που αφορά στην αποδοχή της προσφοράς του οριστικού αναδόχου, ερειδόμενο στη ζημία της από τυχόν παράνομη συμμετοχή τρίτου στον διαγωνισμό και στο επιδιωκόμενο όφελος από την απόρριψη της προσφοράς του (βλ. ΕΑ ΣΤΕ 1216/2006, πρβλ ΕΑ ΣΤΕ 512/2002, 517/2001), επιδιώκοντας ευλόγως να της ανατεθεί η συγκεκριμένη σύμβαση.

8. Επειδή η αναθέτουσα αρχή προέβη την 11.08.2022 στην προβλεπόμενη, από το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017, κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής στους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, μέσω της επικοινωνίας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

9. Επειδή ο παρεμβαίνων και αναδειχθείς οριστικός ανάδοχος άσκησε εν γένει παραδεκώς, με προφανές έννομο συμφέρον, και εμπροθέσμως, δια κατάθεσης στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού στις 22.08.2022 (κατά παρέκταση δεδομένου πως η τελευταία μέρα της δεκαήμερης προθσμίας ήταν η 21.08.2022, ημέρα Κυριακή και άρα εξαιρετέα), την υπό ίδια ημερομηνία Παρέμβασή του, αιτούμενος την απόρριψη της προδικαστικής προσφυγής, και τη διατήρηση της ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης, δυνάμει της οποίας αναδείχθηκε ανάδοχος.

10. Επειδή με την υπ' αριθμ. 1605/2022 Πράξη του Προέδρου του παρόντος Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής η 16.09.2022 και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της προσφυγής.

11. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 3^{ου} Κλιμακίου της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως τροποποιήθηκαν και ισχύουν, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

12. Επειδή η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί το κανονιστικό πλαίσιο αυτού, δεσμεύοντας αμφίδρομα την αναθέτουσα αρχή και τους διαγωνιζόμενους (ΕΑ ΣΤΕ 352/2016, 53/2011, ΣΤΕ 3669/2015, 5022/2012).

13. Επειδή, όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας αναθέσεως πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων,

κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, σκέψη 110). Περαιτέρω, η αυστηρή ερμηνεία και εφαρμογή των όρων της διακήρυξης σχετίζεται με τη μονοσήμαντη ερμηνεία των όρων της και τη σύστοιχη αυτής αρχή της διαφάνειας, ώστε κάθε ενδιαφερόμενος αφενός μεν να διαθέτει όλες τις πληροφορίες που του είναι απαραίτητες για να αποφασίσει αν θα μετάσχει ή μη στον προκηρυχθέντα διαγωνισμό, αφετέρου δε έκαστος ενδιαφερόμενος να έχει, σε περίπτωση συμμετοχής του στο Διαγωνισμό, τις αυτές ακριβώς με τους λοιπούς διαγωνιζόμενους ευκαιρίες κατά το στάδιο προετοιμασίας και υποβολής της προσφοράς του και εκ τρίτου να παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να ελέγξει αν όντως οι προσφορές των διαγωνιζομένων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ. Ράικο Δ., «Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων», Αθήνα-Θεσ/νική, 2014, σελ. 177, υπ' αριθμ. 2/23.07.2014 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ., ΔΕΚ, απόφαση της 29.4.2004, C- 496/99 P, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, σκ. 111, πρβλ. και αποφάσεις της 20.9.1988, C-31/87, Beentjes, της 25.4.1996, C87/94, Επιτροπή κατά Βελγίου, της 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction Ltd, της 12.12.2002, C-470/99, Universale- Bau AG, της 4.12.2003, C-448/01, EVN AG, WienstrommGmbH, ΣΤΕ 311/2006 7μ., 3497/2006, 214-5/2011, 1583/2012, Ολ. ΕΑ 136/2013, ΕΑ 53/2011, σκ. 23).

14. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 75 του ν. 4412/2016:

«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..... ...[...] 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν,

οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον 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.....».

15. Επειδή περαιτέρω στο άρθρο 79 του Ν.4412/2016 ορίζεται ότι:

«1. Κατά την υποβολή αιτήσεων συμμετοχής ή κατά την υποβολή προσφορών στις διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων, πλην της απευθείας ανάθεσης των άρθρων 118 και 328, οι αναθέτουσες αρχές δέχονται το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης (ΕΕΕΣ), το οποίο ισοδυναμεί με ενημερωμένη υπεύθυνη δήλωση, με τις συνέπειες του ν. 1599/1986 (Α' 75), ως προκαταρκτική απόδειξη προς αντικατάσταση των πιστοποιητικών που εκδίδουν δημόσιες αρχές ή τρίτα μέρη, επιβεβαιώνοντας ότι ο εν λόγω οικονομικός φορέας πληροί τις ακόλουθες προϋποθέσεις:

α) δεν βρίσκεται σε μία από τις καταστάσεις των άρθρων 73, περί λόγων αποκλεισμού, και 74, περί αποκλεισμού οικονομικού φορέα από δημόσιες συμβάσεις, για τις οποίες οι οικονομικοί φορείς αποκλείονται ή μπορούν να αποκλεισθούν,

β) πληροί τα σχετικά κριτήρια επιλογής, τα οποία έχουν καθορισθεί σύμφωνα με τα άρθρα 75, περί κριτηρίων επιλογής, 76, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης έργου και 77, περί κριτηρίων επιλογής σε διαδικασίες σύναψης δημόσιας σύμβασης μελέτης ή παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών,... Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. Το ΕΕΕΣ προσδιορίζει τη δημόσια αρχή ή το τρίτο μέρος που είναι υπεύθυνο για την έκδοση των σχετικών δικαιολογητικών και περιλαμβάνει επίσημη δήλωση ότι ο οικονομικός φορέας θα είναι σε θέση, εφόσον του ζητηθεί και χωρίς καθυστέρηση, να προσκομίσει τα εν λόγω δικαιολογητικά.

3.[...].4.....5. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να ζητεί από προσφέροντες και υποψήφιους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά, όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας...».

16. Επειδή ο όρος 2.2.5 της Διακήρυξης «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (παρ 3. του άρθρου 75)» ορίζει:

*«Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης **οι οικονομικοί φορείς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού:***

1. Να παρουσιάζουν κερδοφορία στις τρεις (3) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις, ήτοι 2017, 2018, 2019 ή κατά το διάστημα λειτουργίας τους αν αυτό είναι μικρότερο των τριών (3) ετών.

2. Να καταθέσουν δημοσιευμένες χρηματοοικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα δημοσιευμένων χρηματοοικονομικών καταστάσεων των τελευταίων τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων ή για όσο διάστημα δραστηριοποιούνται εφόσον αυτό είναι μικρότερο, σε περίπτωση που υποχρεούνται στη σύνταξη χρηματοοικονομικών καταστάσεων».

17. Επειδή η προσφεύγουσα με τον πρώτο λόγο της προσφυγής της ισχυρίζεται ότι η προσφορά του παρεμβαίνοντος δεν ήταν σύμφωνη με τον όρο 2.2.5 της Διακήρυξης, ο οποίος είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού και άρα έπρεπε να απορριφθεί και να αποκλεισθεί από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία. Και αυτό διότι ενώ ο επίμαχος όρος απαιτούσε *«κερδοφορία στις τρεις (3) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις, ήτοι 2017, 2018, 2019 ή κατά το διάστημα λειτουργίας τους αν αυτό είναι μικρότερο των τριών (3) ετών»* οι διαχειριστικές χρήσεις του παρεμβαίνοντος αναφορικά με τα έτη 2017, 2018, 2019 δεν ήταν όλες κερδοφόρες, αφού τη διαχειριστική χρήση 01.07.2017 έως 30.06.2018 παρουσίασε ζημία 1.045.655,44€ και τη διαχειριστική χρήση 01.07.2019-30.06.2020 παρουσίασε ζημία ύψους 309.150,58€, και μόνο τη διαχειριστική χρήση 01.07.2018 έως 30.06.2019 εμφάνισε κέρδη ύψους 1.463.220,01€. Περαιτέρω η προσφεύγουσα εκθέτει πως με το υπ'αρ. 5888/22/ΓΠ/21-3-2022 έγγραφο η αναθέτουσα αρχή ζήτησε από τον παρεμβαίνοντα και τις δημοσιευμένες χρηματοοικονομικές καταστάσεις για την διαχειριστική χρήση 1/7/2020-30/6/2021, καθώς η Διακήρυξη απαιτούσε δημοσιευμένες χρηματοοικονομικές καταστάσεις των τελευταίων τριών

διαχειριστικών χρήσεων σύμφωνα με τον όρο 2.2.5 παρ. 2 –με το δεδομένο πως η προκήρυξη εκδόθηκε και δημοσιεύθηκε στο τέλος του 2021 και η διαδικασία εξελίσσεται στο τρέχον έτος-. Κατόπιν αυτών ο παρεμβαίνων κατέθεσε τις οικείες δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις της που υπέβαλε μεταξύ των δικαιολογητικών κατακύρωσης, σύμφωνα με τις οποίες προέκυπτε ζημία ύψους 309.150,58€ για την διαχειριστική χρήση 1/7/2019-30/6/2020. Ως εκ τούτου, κατά τις αιτιάσεις της προσφεύγουσας ακόμα και αν ληφθούν υπόψη τα έτη 2018, 2019 και 2020 και πάλι η προσφορά του παρεμβαίνοντος έπρεπε να απορριφθεί.

18. Επειδή ο παρεμβαίνων με την παρέμβασή του συνομολογεί πρώτον πως η κρίσιμη τριετία είναι ή η χρονική περίοδος 2017, 2018, 2019 ή η χρονική περίοδος 2018, 2019, 2020. Επιπλέον, σημειώνει με την παρέμβασή του πως επιπροσθέτως ούτε οι διαχειριστικές χρήσεις των ετών 2017, 2018, 2019 και 2020 ήταν όλες κερδοφόρες –χρονικό διάστημα, όμως, το οποίο δεν περιλαμβάνεται στους ισχυρισμούς της υπό κρίση προσφυγής-. Δεύτερον συνομολογεί πως οι διαχειριστικές χρήσεις των ετών 2017, 2018, 2019 δεν ήταν όλες κερδοφόρες. Όπως επίσης και πως οι διαχειριστικές χρήσεις των ετών 2018, 2019 και 2020 δεν ήταν όλες κερδοφόρες. Τέλος, ο παρεμβαίνων αντιτείνει πως ουδόλως το επίμαχο άρθρο μνημόνευε απαίτηση περί ύπαρξης κερδοφορίας ανά έκαστη διαχειριστική χρήση και πως η αυστηρή ερμηνεία και εφαρμογή της Διακήρυξης υπό την έννοια της συσταλτικής εκδοχής πρέπει να ερείδεται επί της σαφήνειας της Διακήρυξης. Πως είχε διαμορφώσει την πεποίθηση ότι η όποια κερδοφορία αρκεί να προκύπτει στον σύνολο της τριετίας και όχι σε έκαστη κεχωρισμένη χρήση.

19. Επειδή η αναθέτουσα με τις απόψεις της επάγεται πρώτον πως ενώ η συνεχής κερδοφορία σε τρεις συνεχόμενες χρήσεις κατά τον όρο 2.2.5 παρ. 1 ορίζεται για τα έτη 2017-2018-2019, στην παράγραφο 2 του ίδιου άρθρου 2.2.5 ορίζονται οι τελευταίες χρήσεις 2018-2019-2020 (*«των τελευταίων τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων»*) και επομένως προκύπτει ασυμφωνία και ασυμβατότητα στις δύο παραγράφους του επίμαχου όρου της Διακήρυξης. Δεύτερον πως ο παρεμβαίνων ακολουθεί σύστημα όχι ημερολογιακών ετήσιων χρήσεων (1.1. έως 31.12) αλλά υποβάλλει τις ετήσιες χρηματοοικονομικές καταστάσεις με έναρξη 1.7. και λήξη 30.6. του επομένου έτους. Επομένως, δεν ορίζεται ισότιμα η οικονομική χρήση και ούτε μπορεί να

συναχθεί ασφαλώς αν θα υπήρχε ή όχι κερδοφορία στις χρήσεις ολόκληρου ημερολογιακού έτους που απαιτεί ο συγκεκριμένος όρος εφόσον τέτοιες δεν υφίστανται για την επιχείρηση αυτή. Και πως στις τρεις τελευταίες χρήσεις του παρεμβαίνοντος παρουσιάζεται διαδοχικά η εξής εικόνα κερδοφορίας: α) 1.7.2018 – 30.6.2019 Κέρδη 1.463.220,01 €, β) 1.7.2019 – 30.6.2020 Ζημία 309.150,58 € και γ) 1.7.2020 – 30.6.2021 Κέρδη 3.099.307,65 €.

20. Επειδή αναφορικά με τον πρώτο λόγο της προσφυγής από τα στοιχεία του φακέλου και επί τη βάσει των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών προκύπτουν τα εξής: Πράγματι από τις δύο παραγράφους του επίμαχου άρθρου 2.2.5 προκύπτει αμφισημία, διότι ενώ στην παράγραφο ένα αυτού ορίζονται ρητώς τα έτη 2017, 2018, 2019 στην παράγραφο δύο του ίδιου άρθρου προκύπτει ως κρίσιμη τριετία της κερδοφορίας τα έτη 2018, 2019 και 2020, αφού αναγράφεται η φράση «*των τελευταίων τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων*», και η Διακήρυξη εκδόθηκε και δημοσιεύθηκε στο τέλος του 2021 και η διαγωνιστική διαδικασία ήταν εν εξελίξει εντός του 2022. Περαιτέρω από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτει πως δεν ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή κατά του επίμαχου όρου της Διακήρυξης. Όμως με το υπ'αρ. .../22/ΓΠ/21.03.2022 έγγραφο η αναθέτουσα ζήτησε και τις δημοσιευμένες χρηματοοικονομικές καταστάσεις και για τη διαχειριστική χρήση 01.07.2020 έως 30.06.2021, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 2.2.5, το οποίο κοινοποιήθηκε στην προσφεύγουσα και στον παρεμβαίνοντα. Από τον δε τρίτο οικονομικό φορέα «... ..» με το υπ'αρ. .../.../ΓΠ/21.03.2022 έγγραφο η αναθέτουσα ζήτησε και τις δημοσιευμένες χρηματοοικονομικές καταστάσεις και για τη διαχειριστική χρήση 01.07.2020 έως 30.06.2021, σύμφωνα με την παρ. 2 του άρθρου 2.2.5. Ούτως εχόντων των πραγμάτων η αναθέτουσα ζήτησε με διευκρινίσεις και από τους τρεις οικονομικούς φορείς τις δημοσιευμένες χρηματοοικονομικές καταστάσεις και για τη διαχειριστική χρήση 01.07.2020 έως 30.06.2021, οι οποίες εντάχθηκαν στο κανονιστικό πλαίσιο του εν θέματι διαγωνισμού και με τις οποίες ορίσθηκε ως κρίσιμη επίμαχη τριετία το έτος 2018, το έτος 2019 και το έτος 2020. Περαιτέρω, το άρθρο 2.2.5 παρ. 1 της Διακήρυξης όριζε ότι οι οικονομικοί φορείς απαιτείται επί ποινή αποκλεισμού «*1. Να παρουσιάζουν κερδοφορία στις τρεις (3) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις, ήτοι 2017, 2018, 2019 ή κατά το διάστημα λειτουργίας τους αν αυτό είναι μικρότερο των τριών (3) ετών*»,

δηλαδή αξίωνε κερδοφορία σε έκαστη εκ των τριών διαχειριστική χρήση, αφού η λεκτική διατύπωση εναργώς όριζε **«στις τρεις (3) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις»**, χωρίς δηλαδή να αναγράφει από τις τρεις (3) τελευταίες διαχειριστικές χρήσεις και από το οποίο («από») θα προέκυπτε λεκτικά ότι η κερδοφορία μπορούσε να προκύπτει συνολικά από τις επίμαχες τρεις χρήσεις, και όχι από έκαστη εκ των τριών. Περαιτέρω, προκύπτει για το κρίσιμο διάστημα των ετών 2018, 2019 και 2020 οι διαχειριστικές χρήσεις του παρεμβαίνοντος δεν ήταν κερδοφόρες και για τα τρία έτη, αφού για το διάστημα 1.7.2019 – 30.6.2020 εμφάνιζε ζημία ύψους 309.150,58 €, και επομένως η προσφορά του δεν πληρούσε τον επίμαχο όρο 2.2.5 παρ. 1 που απαιτούσε κερδοφορία για έκαστο εκ των τριών ετών και ο οποίος είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού, και ως εκ τούτου η προσφορά του έπρεπε να απορριφθεί και να αποκλεισθεί από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, απορριπτομένων των περί αντιθέτου ισχυρισμών του παρεμβαίνοντος και της αναθέτουσας. Ακόμη και υπό την εκδοχή ότι κρίσιμη τριετία αποτελούσε το διάστημα 2017, 2018, 2019 και πάλι η προσφορά του παρεμβαίνοντος θα ήταν απορριπτέα, αφού και πάλι δεν ήταν κερδοφόρες και οι τρεις διαχειριστικές χρήσεις. Τέλος, οι ισχυρισμοί του παρεμβαίνοντος για το χρονικό διάστημα 2017, 2018, 2019 και 2020 είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι, καθώς το εν λόγω χρονικό διάστημα δεν αποτελεί αντικείμενο της υπό κρίση προσφυγής. Άλλωστε, τα όρια του ακυρωτικού ελέγχου καθορίζονται, κάθε φορά, με βάση τις αιτιάσεις του προσφεύγοντος, ο οποίος καθορίζει τα αντικειμενικά όρια της παρέμβασης. Εν ολίγοις, η παρέμβαση οφείλει να περιορίζεται στους λόγους που προβάλλει ο προσφεύγων και να τους αντικρούει, επιδιώκοντας την ισχύ της προσβαλλόμενης και όχι να εγείρει νομικά ή πραγματικά ζητήματα και τεχνικές κρίσεις, που δεν έχουν εξεταστεί από την αναθέτουσα αρχή (βλ. ΣΤΕ 4484/2009, και Απόφαση ΑΕΠΠ 408-409/2020). Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη ο πρώτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

21. Επειδή η προσφεύγουσα με το δεύτερο λόγο της προσφυγής επικαλείται πως ο παρεμβαίνων δεν δήλωσε στο ΕΕΕΣ του, και δη στο «ΜΕΡΟΣ IV-Κριτήρια επιλογής», πως πληροί το επίμαχο κριτήριο κερδοφορίας, το οποίο είχε τεθεί επί ποινή αποκλεισμού σύμφωνα με τη Διακήρυξη.

22. Επειδή ο παρεμβαίνων επί του δεύτερου λόγου της προσφυγής επάγεται πως από την επισκόπηση του υποβληθέντος ΕΕΕΣ του συνάγεται πως πληροί κάθε ειδικότερο όρο της Διακήρυξης, άρα αναπόδραστα και αυτό της απαιτούμενης συνολικής κερδοφορίας στην όποια κρίσιμη τριετία.

23. Επειδή αναφορικά με το δεύτερο λόγο της προσφυγής λεκτέα είναι τα εξής: Επειδή, το άρθρο 2.2.5 παρ. 1 της Διακήρυξης, ερμηνευόμενο σε συνδυασμό με τα άρθρα 2.2.9.1, 2.2.9.2 και 2.4.6 αυτής, αλλά και με τις διατάξεις του άρθρου 75 και του άρθρου 79 του ν. 4412/2016, έχει την έννοια ότι οι οικονομικοί φορείς οφείλουν επί ποινή αποκλεισμού από την ένδικη διαδικασία να πληρούν τα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας που απαιτούνται εκ της Διακήρυξης, καθώς και να δηλώσουν ότι πληρούν τα εν λόγω κριτήρια στο ΕΕΕΣ που υποβάλλουν με τον φάκελο δικαιολογητικών συμμετοχής. Η παράλειψη δήλωσης του παρεμβαίνοντος στη συγκεκριμένη απαίτηση περί κερδοφορίας, που ορίζει το άρθρο 2.2.5 παρ. 1, συνιστά ουσιώδη παράλειψη κατά τη συμπλήρωση του ΕΕΕΣ, διότι ο οικονομικός φορέας παραλείπει να δηλώσει, αν πληροί ένα εκ των κριτηρίων χρηματοοικονομικής επάρκειας, το οποίο τίθεται επί ποινή αποκλεισμού, και δεν δύναται η ελλείπουσα απάντηση επί του συγκεκριμένου ερωτήματος να συναχθεί από τις απαντήσεις που έδωσε ο οικονομικός φορέας σε άλλα ερωτήματα, ακόμη και εντός του ιδίου κεφαλαίου του ΕΕΕΣ. Περαιτέρω δεν είχε ευχέρεια εν προκειμένω η αναθέτουσα αρχή να ζητήσει συμπλήρωση ή διευκρίνιση από οικονομικό φορέα, ο οποίος ουδεμία δήλωση έκανε στο ΕΕΕΣ. Συνεπώς, όπως βασίμως προβάλλεται με την κρινόμενη προσφυγή, η προσφορά του παρεμβαίνοντος, ο οποίος παρέλειψε να δηλώσει στο ΕΕΕΣ ότι πληροί το επίμαχο κριτήριο κερδοφορίας, μη νομίμως έγινε αποδεκτός στην ένδικη διαγωνιστική διαδικασία (πρβλ 505/2022 ΣΤΕ). Ενόψει των εκτεθέντων στην παρούσα σκέψη ο δεύτερος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

24. Επειδή σύμφωνα με τα ανωτέρω και κατά τη σαφή διατύπωση των όρων της διακήρυξης ενόψει και της αρχής της τυπικότητας που διέπει τους δημόσιους διαγωνισμούς, η οποία σκοπό έχει να εξασφαλίσει την τήρηση των αρχών του ανταγωνισμού, της διαφάνειας και του ίσου μέτρου κρίσης(ΣΤΕ 194/2011), η προσφορά του οικονομικού φορέα και νυν παρεμβαίνοντος με την επωνυμία «... ..» και το διακριτικό τίτλο «... ..

... ...» έπρεπε να απορριφθεί και να αποκλειστεί από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία.

25. Επειδή, κατ'ακολουθία, η υπό κρίση προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή. Αντιθέτως πρέπει να απορριφθεί η παρέμβαση.

26. Επειδή ύστερα από την προηγούμενη σκέψη πρέπει να επιστραφεί το καταβληθέν από την προσφεύγουσα παράβολο κατ' άρθρ. 363 του ν. 4412/2016.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή.

Απορρίπτει την παρέμβαση.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη απόφαση της υπ'αρ. .../26.07.2022 συνεδρίασης του Πρυτανικού Συμβουλίου του, ως και την ενσωματωμένη σε αυτήν απόφαση της υπ'αρ. .../14.06.2022 συνεδρίασης του του, με τις οποίες κρίθηκε ως αποδεκτή η προσφορά του νυν παρεμβαίνοντος και αναδείχθηκε αυτός ανάδοχος.

Ορίζει την επιστροφή του κατατεθέντος από την προσφεύγουσα παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 16 Σεπτεμβρίου 2022 και εκδόθηκε στις 06 Σεπτεμβρίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΜΙΧΑΗΛ ΔΙΑΘΕΣΟΠΟΥΛΟΣ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΖΑΡΛΑΣ