

**Η**

**ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ**

**8ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε στην έδρα της στις 19 Ιουλίου 2019 με την εξής σύνθεση: Χρήστος Σώκος, Πρόεδρος, Ιωάννης Κίτσος–Εισηγητής και Ιωάννα Θεμελή, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 12.06.2019 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ/724/13.06.2019 της εταιρείας με την επωνυμία «.....» όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του δημοσίου νομικού προσώπου με την επωνυμία «.....» [εφεξής η αναθέτουσα αρχή].

Με την Προδικαστική Προσφυγή της η αιτούσα επιδιώκει να ακυρωθεί η Διακήρυξη ..... που εξέδωσε η αναθέτουσα αρχή ως προς τον όρο 2.2.5.2. περί «Οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας», καθώς και η Διευκρίνιση 12493/05.06.2019 στην οποία προχώρησε για τον επίμαχο όρο.

Η συζήτηση άρχισε με την ανάγνωση της Έκθεσης του Εισηγητή Ιωάννη Κίτσου.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή, κατόπιν ματαίωσης της Διακήρυξης ....., ο Γενικός Διευθυντής της «.....» εξέδωσε τη Διακήρυξη ....., συνοδευόμενη αναποσπαστώς με τα ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΑ της Α-Γ (όρος 2.1.1.), για τη διενέργεια, σύμφωνα με τον Ν. 4412/2016 (ΒΙΒΛΙΟ Ι άρθρα 1-221) και μέσω της ηλεκτρονικής πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ (Α/Α .....), διεθνής ανοιχτού Διαγωνισμού για τη σύναψη, μέσω ίδιας χρηματοδότησης (όρος 1.2.), δημόσιας σύμβασης με ιδιώτη ανάδοχο ο οποίος θα αναλάμβανε τη «Διανομή λογαριασμών κατανάλωσης νερού» στην περιοχή εδαφικής αρμοδιότητας του αναθέτοντος φορέα επί του πολεοδομικού συγκροτήματος

.....(Κωδικοί CPV: ..... ταχυδρομικές υπηρεσίες και CPV ..... ταχυδρομικές υπηρεσίες που αφορούν επιστολές), για 1 έτος με δικαίωμα προαίρεσης 1 επιπλέον έτος, με ενιαύσιο προϋπολογισμό €485.000 (άνευ ΦΠΑ 24%) και συνολικό προϋπολογισμό, ήτοι συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης €970.000 (άνευ ΦΠΑ) (όρος 1.3.). Αναλυτική περιγραφή του προς εκτέλεση αντικειμένου της επίμαχης δημόσιας σύμβασης στη σύναψη της οποίας κατατείνει η ανοιγείσα διαγωνιστική διαδικασία περιλαμβάνεται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Α της Διακήρυξης όπου ενσωματώνονται οι επιλεγείσες «Τεχνικές Προδιαγραφές» (σελ. 42επ.). Κριτήριο ανάθεσης αποφασίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής (χαμηλότερη τιμή) (άρθρα 1.3. και 2.3.1.). Καταληκτική ημερομηνία υποβολής των ηλεκτρονικών προσφορών ορίστηκε αρχικά η 12.06.2019 και ανοίγματος-αποσφράγισης των (υπο)φακέλων «Δικαιολογητικών Συμμετοχής & Τεχνικών Προσφορών» η 19.06.2019 (άρθρα 1.5. και 3.1.1.), ήδη δε κατόπιν της κατάθεσης της κρινόμενης Προσφυγής ο αναθέτων φορέας έχει οίκοθεν προχωρήσει στη αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι έκδοσης της Απόφασης του κρίνοντος Κλιμακίου. Η Προκήρυξη απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 15.04.2019 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης (άρθρο 1.6.).

2. Επειδή, με τον όρο 2.2.5.2. περί «Οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας» της Διακήρυξης ο αναθέτων φορέας θέλησε: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να καταθέσουν: ... 2. Τραπεζική βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας της διαγωνιζόμενης επιχείρησης ή κοινοπραξίας επιχειρήσεων, ημεδαπών ή αλλοδαπών, για την απόδειξη της Οικονομικής – Χρηματοδοτικής ικανότητας...», περαιτέρω, επί σχετικού αιτήματος περί παροχής διευκρινίσεων που υπέβαλε, δυνάμει του όρου 2.1.3., (μεταξύ άλλων) η αιτούσα ηλεκτρονικά (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ..... «Επικοινωνία») με το υπ' αριθμ. πρωτ. 12185/31.05.2019 έγγραφο της ψηφιακά υπογεγραμμένο απάντησε ο αναθέτων φορέας,

ενημερώνοντας όλους τους ενδιαφερόμενους να συμμετάσχουν στον επίμαχο Διαγωνισμό, ως εξής: «... 4. Ερώτηση: Σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8 της Διακήρυξης ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (παρ. 2.2.5) ... παρακαλώ όπως μας επιβεβαιώσετε ότι: Α) για το κριτήριο 2 της παρ. 2.2.5 ο συμμετέχων οικονομικός φορέας μπορεί να λάβει δάνεια εμπειρία από τρίτο φορέα ως προς την βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας προερχόμενη από το ΤΜΕΔΕ, αφού ρητώς επισημαίνεται στο άρθρο 2.2.8 ότι και οι εν λόγω οικονομικοί φορείς στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης... Απάντηση: Α) Σύμφωνα με την παρ. 2.2.5 περ. 2 της Διακήρυξης απαιτείται “τραπεζική βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας για την απόδειξη της Οικονομικής - Χρηματοδοτικής ικανότητας”. Η απαίτηση αυτή είναι σύμφωνη με το άρθρο 80 παρ. 4 του Ν. 4412/2016 και τα προβλεπόμενα στο ΜΕΡΟΣ Ι του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ XII του ΠΡΟΣΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Α' του νόμου. Δεδομένου ότι το ΤΜΕΔΕ δεν αποτελεί τραπεζικό ίδρυμα, οι εκδιδόμενες από αυτό βεβαιώσεις, είτε αφορούν στην πιστοληπτική ικανότητα του οικονομικού φορέα, είτε τρίτου φορέα στις ικανότητες του οποίου στηρίζεται ο οικονομικός φορέας, δεν πληρούν τον ανωτέρω όρο της Διακήρυξης. Επισημαίνεται, πάντως, ότι σύμφωνα με την παρ. 2.2.9.2. περ. Β.3. της Διακήρυξης “εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο”. Με την κρινόμενη Προσφυγή της η αιτούσα επιδιώκει, για δεύτερη φορά μετά και την Προσφυγή της με ΓΑΚ ΑΕΠΠ 541/06.05.2019 που αρχικά κατέθεσε κατά της ματαιωθείσας Διακήρυξης ..... (βλ. προηγούμενη σκέψη), την ακύρωση του επίμαχου όρου η γραμματική ερμηνεία του οποίου επιβεβαιώθηκε από την ως άνω Διευκρίνιση, υποστηρίζοντας ότι (σελ. 12 της Προσφυγής): «Επειδή θα λάβω μέρος στον διαγωνισμό ΜΕ ΕΠΙΦΥΛΑΞΗ και ειδικότερα όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 (ειδικότερα όσον αφορά την βεβαίωση πιστοληπτικής ικανότητας, παράγραφος

2 όρου 2.2.5 σελ. 14 της Διακήρυξης), θα στηριχθώ δε στις ικανότητες της “.....”, σύμφωνα και με την δυνατότητα που μου δίνεται από τον όρο 2.2.8 σελ. 15 της Διακήρυξης, η οποία και έχει πιστοληπτική ικανότητα από το ΤΜΕΔΕ. Το ΤΜΕΔΕ, ως δραστηριότητες, πέραν της χορήγησης των εγγυητικών επιστολών, χορηγεί δάνεια υπό την μορφή προεξοφλήσεων πιστοποιημένων λογαριασμών του Δημοσίου Τομέα στα μέλη του. Όπως προκύπτει από την [προσκομιζόμενη από την προσφεύγουσα] με αρ. πρωτ. ....ΒΕΒΑΙΩΣΗ προς τη “.....” από το ΤΜΕΔΕ, η παραπάνω έχει πτυχίο Α1, έχει ανώτατο πιστωτικό όριο έκδοσης εγγυητικών επιστολών συμμετοχής €500.000, Καλής Εκτέλεσης, Προκαταβολής και Ανάληψης Δεκάτων €500.000. Επίσης βάση του 9 ΠΔ 126/81 το δανειοληπτικό της όριο στο Ταμείο για προεξόφληση πιστοποιημένων λογαριασμών από εκτέλεση δημοσίων έργων ανέρχεται σε €300.000 σύμφωνα με τις προϋποθέσεις που ορίζει το Ταμείο. Η “.....”, μέλος του ΤΜΕΔΕ, στην πιστοληπτική ικανότητα της οποίας θα βασιστώ, έχει ΔΑΝΕΙΟΛΗΠΤΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ της τάξεως των €300.000, ποσό που υπερβαίνει κατά πολύ το απαιτούμενο ποσοστό 10% του προϋπολογισμού της παροχής των υπηρεσιών (χωρίς Φ.Π.Α) συμπεριλαμβανομένου και του δικαιώματος προαίρεσης, σύμφωνα με τον όρο 2.2.5 παρ. 2 της Διακήρυξης...».

3. Επειδή, ανεξαρτήτως της πλήρωσης των λοιπών προϋποθέσεων του παραδεκτού για την εξέταση της υπό κρίση Προδικαστικής Προσφυγής, όσον αφορά το εμπρόθεσμο της άσκησης της συγκεκριμένα, η αιτούσα στη σελ. 3 αυτής κατά τη συμπλήρωση του Πεδίου Δ. «Ημερομηνία κατά την οποία ο προσφεύγων έλαβε γνώση της προσβαλλόμενης πράξης ή απόφασης» δηλώνει υπευθύνως πως: «Δεδομένου ότι η προσβαλλόμενη Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 27.05.2019, η 15ήμερη προθεσμία, μετά την παρέλευση της οποίας δημιουργείται αμάχητο τεκμήριο γνώσης του περιεχομένου της έληξε στις 11.06.2019, οπότε από την επομένη ημέρα (12.06.2019) ξεκινά η δεκαήμερη προθεσμία για την άσκηση της προσφυγής, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 4 παρ.1 περ. γ του Π.Δ. 39/2017 και το άρθρο 361 παρ.1

περ. γ του Ν. 4412/2016». Όμως, κατά την ορθή ερμηνεία των τελευταίων διατάξεων, προκύπτει ότι, εφόσον δεν εφαρμόζονται οι περ. α)-β) αυτών, τότε, ο διοικητικός νομοθέτης θέλησε στην περ. γ εδ. α' η Προδικαστική Προσφυγή να ασκείται μέσα «σε 10 ημέρες από την πλήρη, πραγματική ή τεκμαιρόμενη, γνώση της πράξης [συμπεριλαμβανομένου της Διακήρυξης ως κανονιστικής πράξης, του Ν. μη διακρίνοντος], που βλάπτει τα συμφέροντα του ενδιαφερομένου οικονομικού φορέα» (στο δε εδ. β' καθορίζεται ειδικά το απώτατο χρονικό όριο «της πλήρους γνώσης» με βάση «τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ» του εδ. α', σε περίπτωση προσφυγής κατά Διακήρυξης προκειμένου να αποτρέπεται η καταχρηστική άσκηση αυτών, βλ. την Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4412/2016). Στην εδώ περίπτωση, παρά τα περί του αντιθέτου δηλωθέντα, πρέπει να θεωρηθεί πως η γνώση της προσβαλλόμενης κανονιστικής πράξης, επήλθε το αργότερο την ημερομηνία που η αιτούσα υπέβαλε, δυνάμει του όρου 2.1.3 αυτής, το ως άνω αίτημα, ηλεκτρονικά (Α/Α ΕΣΗΔΗΣ ..... «Επικοινωνία») μέσω της υπ' αριθμ. πρωτ. 12185/31.05.2019 επιστολής της, για την παροχή διευκρινίσεων εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα, ήτοι στις 31.05.2019, στο οποίο έγγραφό της σαφώς αναφέρεται στο κείμενο της δημοσιευθείσας Διακήρυξης καθ' επιδίωξη αντίθετης, πάντως, από τη γραμματική ερμηνεία του επίμαχου όρου 2.2.5.2. ερμηνεία προς τον σκοπό να μην αποκλείεται από το κανονιστικό κείμενο η ικανότητα του ΤΜΕΔΕ να βεβαιώνει την απαιτούμενη πιστοληπτική ικανότητα, έτσι ώστε η προθεσμία προς άσκησης της Προσφυγής να εκκινεί την επόμενη 01.06.2019 και να έχει λήξει την 10.06.2019. Δηλαδή, η άσκηση της υπό κρίση Προσφυγής από την αιτούσα την 12.06.2019 αποδεικνύεται εκπρόθεσμη, όπως βασίμως επισημαίνει ο αναθέτων φορέας (βλ. την Έκθεση Απόψεων 13761/24.06.2019 που απέστειλε (σελ. 3-5). Σε κάθε περίπτωση, πάντως, για την άσκησή της η προσφεύγουσα έχει καταβάλλει το υπ' αριθμ. .... ηλεκτρονικό/e-παράβολο ποσού δύο χιλιάδων τετρακοσίων είκοσι πέντε ευρώ (€2.425) υπέρ Ελληνικού Δημοσίου, σύμφωνα με τα άρθρα 363 παρ. 1 του Ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α' 147) και 5 παρ. 1 του Π.Δ. 39/2017 «Κανονισμός Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών ενώπιον της ΑΕΠΠ» (ΦΕΚ Α' 64), δίχως όμως να

συμπεριλάβει για τον ακριβή υπολογισμό αυτού την οικονομική αποτίμηση του δικαιώματος προαίρεσης (βλ. σκέψη 1) όπως έχει κριθεί από τις ΑΕΠΠ 855/2018, 361/2018 και 142/2018 [αναλυτική προσέγγιση υπέρ της ορθής νομικά κατεύθυνσης αυτής σε: Ι. Κίτσο, «Η προδικαστική προστασία κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων μέσω της ΑΕΠΠ (Βιβλίο IV άρθρα 345 επ. Ν 4412/2016): Η διοικητική νομολογία της Αρχής ενώπιον των διοικητικών δικαστών», σε: Η. Μάζου – Ευ.-Ελ. Κουλουμπίνης – Ι. Κίτσου, Δημόσιες Συμβάσεις – Ν. 4412/2016: Νομολογιακή Προσέγγιση και Πρακτική Εφαρμογή (συλλογικό έργο), Νομική Βιβλιοθήκη 2019, σελ. 519-522)].

4. Επειδή, κατ' ακολουθία, η Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί ως απαράδεκτη, ώστε το παρόν Κλιμάκιο να αδυνατεί να εξετάσει την προβαλλόμενη αιτίαση ως προς την ουσιαστική βάση της.

5. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το Παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα πρέπει να καταπέσει (άρθρα 363 παρ. 5 Ν. 4412/2016 και 5 παρ. 5 Κανονισμού).

#### **Για τους λόγους αυτούς**

Απορρίπτει την Προδικαστική Προσφυγή.

Διατάσσει την κατάπτωση του προσκομισθέντος Παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 19 Ιουλίου 2019 και εκδόθηκε στις 31 Ιουλίου 2019.

**Ο Πρόεδρος**

**Η Γραμματέας**

**Χρήστος Σώκος**

**Λαμπρινή Φώτη**