



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΤΟ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ
ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ**

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, την 1^η Οκτωβρίου 2024, με την ακόλουθη σύνθεση: Μαρία Βλαχάκη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Τμήματος, Ιωάννα Ρούλια και Ευαγγελία Πασπάτη, Σύμβουλοι, Ευπραξία Δημολιού και Ελευθερία Πρασιανάκη (εισηγήτρια), Πάρεδροι με συμβουλευτική ψήφο.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας: Παραστάθηκε ο Αντεπίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο Ιωάννης Κάρκαλης, κωλυομένου του Γενικού Επιτρόπου της Επικρατείας.

Γραμματέας: Γεωργία Τζένου, Προϊσταμένη της Γραμματείας του Τμήματος.

Για να αποφασίσει σχετικά με:

Την από 17.9.2024 (Α.Β.Δ. .../18.9.2024) προσφυγή ανάκλησης της ανώνυμης εταιρείας ειδικού σκοπού με την επωνυμία «...», που εδρεύει στο ... Αττικής (...), εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε δια του πληρεξούσιου δικηγόρου της Ευάγγελου Πετρόπουλου (Α.Μ. Δ.Σ.Α. 28960).

Με την υπό κρίση προσφυγή ζητείται η ανάκληση της 312/2024 Πράξης του Στ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Υπέρ της ανωτέρω προσφεύγουσας και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης παρεμβαίνει, με την από 25.9.2024 έγγραφη παρέμβαση, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», που εδρεύει στη ... (οδός ...), εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε διά της πληρεξούσιας δικηγόρου της Θεοδώρας Αλεξίου (Α.Μ. Δ.Σ.Α. 13555).

Το Ελληνικό Δημόσιο παραστάθηκε διά δηλώσεως του άρθρου 231 παρ. 1 του ν. 4700/2020 (Α' 127) της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Γεωργίας Κοττά.

Κατά τη συνεδρίαση το Δικαστήριο άκουσε:

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο της προσφεύγουσας, ο οποίος ζήτησε την παραδοχή της προσφυγής ανάκλησης.

Την πληρεξούσια δικηγόρο της παρεμβαίνουσας, η οποία ζήτησε την παραδοχή της προσφυγής ανάκλησης και της παρέμβασης. Και

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας, ο οποίος πρότεινε την απόρριψη της προσφυγής ανάκλησης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη κατ' άρθρο 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020, με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του.

**Αφού άκουσε την εισήγηση της Παρέδρου Ελευθερίας Πρασιανάκη
Μελέτησε τα στοιχεία του φακέλου**

Σκέφθηκε σύμφωνα με τον νόμο και αποφάσισε τα ακόλουθα:

1. Για την άσκηση της ένδικης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο (βλ. το με κωδικό πληρωμής ... ηλεκτρονικό παράβολο της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων και Ψηφιακής Διακυβέρνησης).

2. Με την υπό κρίση προσφυγή, όπως αυτή αναπτύσσεται με το από 4.10.2024 υπόμνημα, ζητείται η ανάκληση της 312/2024 πράξης του Στ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης μεταξύ της προσφεύγουσας ανώνυμης εταιρείας ειδικού σκοπού με την επωνυμία «...» (εφεξής «...») και της ήδη παρεμβαίνουσας, αναδόχου εταιρείας με την επωνυμία «...» (εφεξής «...»), που αφορά στην υλοποίηση της προμήθειας με τίτλο «Ανάπλαση αθλητικών εγκαταστάσεων Περιφερειακής Ενότητας Κεφαλληνίας και Ιθάκης με προμήθεια συνθετικού χλοοτάπητα», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 2.199.828,00 ευρώ, προ ΦΠΑ.

3. Η υπό κρίση προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, και, ως εκ τούτου, είναι τυπικά δεκτή και πρέπει να εξεταστεί περαιτέρω ως προς τη βασιμότητα των προβαλλόμενων με αυτή λόγων.

4. Εξάλλου, στην υπό κρίση υπόθεση παρεμβαίνει, με το από 25.9.2024 δικόγραφο της, υπέρ της προσφυγής και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης, η εταιρεία «....» με προφανές έννομο συμφέρον, ως αναδειχθείσα ανάδοχος κατά τη σχετικώς διεξαχθείσα διαγωνιστική διαδικασία, και συνεπώς παραδεκτώς, κατ' άρθρο 328 παρ. 3 του ν. 4700/2020.

5. Από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα ακόλουθα:

6. Με την από 31.8.2023 προγραμματική σύμβαση μεταξύ της Περιφέρειας Ιονίων Νήσων (φορέας χρηματοδότησης), των Δήμων Αργοστολίου, Ιθάκης και Ληξουρίου (κύριοι των αθλητικών χώρων όπου θα εγκατασταθούν τα προς προμήθεια είδη) και της ήδη προσφεύγουσας ανώνυμης εταιρείας ειδικού σκοπού «...» (φορέας υλοποίησης), η τελευταία ανέλαβε τη δημοπράτηση και την επίβλεψη της εκτέλεσης της προμήθειας με τίτλο «Ανάπλαση αθλητικών εγκαταστάσεων Περιφερειακής Ενότητας Κεφαλληνίας και Ιθάκης με προμήθεια συνθετικού χλοοτάπητα», συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης 2.199.828,00 ευρώ, προ ΦΠΑ.. Η σύμβαση αυτή δεν υποβλήθηκε, πριν από τη σύναψή της, στο Ελεγκτικό Συνέδριο για την άσκηση του προβλεπόμενου ελέγχου νομιμότητας, ωστόσο, το Στ' Κλιμάκιο, κατά τον έλεγχο του υποβληθέντος σχεδίου σύμβασης και της οικείας διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης της

προμήθειας, προέβη σε παρεμπόμποντα έλεγχο της προγραμματικής αυτής σύμβασης κρίνοντας ότι δεν συνέτρεχε λόγος κωλύων την υπογραφή της και ότι, ως εκ τούτου, παρέχει νόμιμο έρεισμα για τη σύναψη της ελεγχόμενης σύμβασης.

7. Με τις .../27.11.2023 και .../22.2.2024 αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου (Δ.Σ.) της «...» εγκρίθηκαν τα τεύχη δημοπράτησης της ελεγχόμενης σύμβασης και οι όροι της οικείας διακήρυξης, καθώς και η διόρθωση αυτών, αντίστοιχα. Σύμφωνα δε με την .../22.2.2024 Διακήρυξη, που δημοσιεύθηκε νομίμως, το αντικείμενο της ελεγχόμενης σύμβασης αφορά (βλ. άρθρο 1.3 της Διακήρυξης): (α) στην αντικατάσταση του υφιστάμενου συνθετικού τάπητα και την προμήθεια και εγκατάσταση νέου αθλητικού τάπητα στίβου στο Δημοτικό Στάδιο Αργοστολίου «Ανδρέας Βεργωτής», (β) στη διαμόρφωση του χώρου για την εγκατάσταση γηπέδου 8X8, την προμήθεια και εγκατάσταση νέας περίφραξης ύψους 4,00μ. και την προμήθεια και εγκατάσταση νέου χλοοτάπητα στην αθλητική εγκατάσταση στα Ομαλά, (γ) στην προμήθεια και εγκατάσταση νέου χλοοτάπητα στο γήπεδο ποδοσφαίρου και στο γήπεδο 5x5 στο Βαθύ Ιθάκης και προμήθεια αθλητικού εξοπλισμού (προβλεπόμενες εστίες στο γήπεδο ποδοσφαίρου και στο γήπεδο 5X5 σύμφωνα με τους ισχύοντες κανονισμούς, τα σημαϊάκια κόρνερ, δύο πάγκους αναπληρωματικών 4 θέσεων και 2 πάγκους αναπληρωματικών παικτών ποδοσφαίρου 9 θέσεων στο γήπεδο ποδοσφαίρου και τη σκούπα συντήρησης), (δ) στην αντικατάσταση του υφιστάμενου συνθετικού χλοοτάπητα και την προμήθεια και εγκατάσταση νέου χλοοτάπητα στην αθλητική εγκατάσταση στα Φαρακλάτα και (ε) στην αντικατάσταση του ξύλινου δαπέδου παρκέ και την προμήθεια και εγκατάσταση προκατασκευασμένου ξύλινου δαπέδου παρκέ κατάλληλου για χρήση μπάσκετ, με πιστοποιητικό FIBA, για το κλειστό γυμναστήριο Ληξουρίου. Κριτήριο κατακύρωσης της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής. Ορίστηκε δε στο άρθρο 1.3 της Διακήρυξης ότι «(λ)όγω του ότι οι τεχνικές προδιαγραφές είναι ενιαίες και υπάρχει η ανάγκη για ενιαίο συντονισμό προκρίνεται ο συντονισμός υπό έναν ανάδοχο, καθώς η ανάγκη να συντονιστούν οι διάφοροι ανάδοχοι ενδέχεται να θέσει σε σοβαρό κίνδυνο την ορθή εκτέλεση της σύμβασης και την τήρηση του χρονοδιαγράμματος. Για τον ανωτέρω λόγο η παρούσα σύμβαση δεν υποδιαιρείται σε τμήματα και οι προσφορές υποβάλλονται για το σύνολο της προμήθειας».

8. Περαιτέρω, στο άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» ορίστηκε ότι «οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα πρέπει να προσκομίσουν με την προσφορά τους τα κάτωθι, επί ποινή αποκλεισμού: 2.2.6.1 Να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μια προμήθεια και τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση αθλητικής εγκατάστασης υπαίθριας άθλησης συνολικά (...) σε φορέα του Δημοσίου, ανεξαρτήτως

ποσού. (...) Στο ΕΕΕΣ ο οικονομικός φορέας θα αναφέρει στο αντίστοιχο πεδίο του ΕΕΕΣ, την σύμβαση (τουλάχιστον μία), που πραγματοποιήθηκε (...) για την προμήθεια και τοποθέτηση εξοπλισμού για την αναβάθμιση αθλητικής εγκατάστασης υπαίθριας άθλησης σε φορείς του Δημοσίου, με αναφορά στον τίτλο της σύμβασης, στην αξία της σύμβασης, τη διάρκεια της σύμβασης καθώς και στον τελικό δημόσιο παραλήπτη. (...)).

9. Όπως προκύπτει από το .../8.4.2024 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού, που εγκρίθηκε με την .../23.4.2024 απόφαση του Δ.Σ. της «...», μέχρι την ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία (3.4.2024), υποβλήθηκαν δύο (2) προσφορές από τους οικονομικούς φορείς «...» και «...», εκ των οποίων η προσφορά της δεύτερης απορρίφθηκε ως απαράδεκτη λόγω μη προσκόμισης εγγύησης συμμετοχής στο διαγωνισμό.

10. Ακολούθως, όπως προκύπτει από τα ... και .../10.5.2024 Πρακτικά της Επιτροπής Διαγωνισμού, αποσφραγίσθηκαν, αντιστοίχως, η τεχνική και οικονομική προσφορά (ύψους 2.177.800,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ) της «...», κρίθηκαν αυτές σύμφωνες με τη διακήρυξη και αναδείχθηκε η εν λόγω εταιρεία προσωρινός ανάδοχος. Αμφότερα τα ως άνω Πρακτικά εγκρίθηκαν με τη .../29.5.2024 απόφαση του Δ.Σ. της «...». Τέλος, κατόπιν ελέγχου της πληρότητας και νομιμότητας των υποβληθέντων δικαιολογητικών, με τη .../21.6.2024 απόφαση του Δ.Σ. της «...» εγκρίθηκε το .../17.6.2024 Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού και κατακυρώθηκε οριστικά το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην προσωρινή ανάδοχο, σύμφωνα με την προσφορά της. Σύμφωνα δε με την .../8.8.2024 βεβαίωση του Προϊσταμένου της Τεχνικής Υπηρεσίας της «...» δεν ασκήθηκαν προδικαστικές προσφυγές κατά του κύρους της ελεγχόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας.

11. Με την προσβαλλόμενη πράξη κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος σχεδίου σύμβασης, με την αιτιολογία ότι μη νομίμως προβλέφθηκε στην οικεία διακήρυξη (άρθρο 2.2.6.1) μεταξύ των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής των δυνάμενων να συμμετέχουν στον διαγωνισμό φορέων, ως όρος τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την τεκμηρίωση εμπειρίας σε ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης προμήθειες και υπηρεσίες, η προηγούμενη εκτέλεση μίας τουλάχιστον προμήθειας και τοποθέτησης εξοπλισμού για την αναβάθμιση αθλητικής εγκατάστασης υπαίθριας άθλησης αποκλειστικά σε φορέα του Δημοσίου, χωρίς να γίνεται επίκληση οποιουδήποτε λόγου δημοσίου συμφέροντος που να δικαιολογεί τον αποκλεισμό αντίστοιχης εμπειρίας σε φορέα του ιδιωτικού τομέα. Ενόψει δε της φύσης και της έκτασης της επίμαχης πλημμέλειας, συνεπεία της οποίας περιορίστηκε ουσιωδώς ο κύκλος των δυνάμενων να συμμετέχουν παραδεκτώς στην ελεγχόμενη διαδικασία ανάθεσης φορέων και δεδομένου ότι, στην προκειμένη περίπτωση, δεν αναπτύχθηκε επαρκής ανταγωνισμός, έγινε δεκτό από το Κλιμάκιο ότι συντρέχει ουσιώδης πλημμέλεια της εν λόγω διαγωνιστικής διαδικασίας.

12. Με την υπό κρίση προσφυγή, το σχετικώς υποβληθέν υπόμνημα και την παρέμβαση της αναδόχου προβάλλεται ότι η ως άνω απαίτηση της διακήρυξης του διαγωνισμού είναι καθ' όλα νόμιμη, διότι δικαιολογείται από υπέρτερο λόγο δημοσίου συμφέροντος, που συνίσταται στο γεγονός ότι οι συνθήκες και το συμβατικό πλαίσιο εκτέλεσης της σύμβασης διέπεται από το ιδιαίτερο νομοθετικό και κανονιστικό πλαίσιο των δημοσίων συμβάσεων και η αναθέτουσα αρχή επιθυμεί ο ανάδοχος, που θα αναλάβει την εκτέλεσή της, να διαθέτει εμπειρία συνεργασίας με δημόσιους φορείς και εκτέλεσης αντίστοιχων συμβάσεων στο πλαίσιο αυτό. Επικουρικώς δε προβάλλεται ότι η εν λόγω πλημμέλεια θα πρέπει να θεωρηθεί σε κάθε περίπτωση μη ουσιώδης, αφού δεν άσκησε εν τοις πράγμασι επιρροή στην ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία και δεν επλήγη εξαιτίας αυτής ο ανταγωνισμός. Τούτο δε λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι ο επίδικος όρος ουδόλως προσβλήθηκε ή αμφισβητήθηκε από οποιονδήποτε οικονομικό φορέα και ουδείς αποκλείστηκε κατ' εφαρμογήν του. Επίσης, θεωρείται επαρκής ο ανταγωνισμός που αναπτύχθηκε, δοθέντος ότι ικανός αριθμός οικονομικών φορέων έλαβε γνώση των τευχών του διαγωνισμού, αφού δώδεκα φορείς εισήλθαν στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού, ενώ, επιπλέον, δύο φορείς υπέβαλαν ερωτήματα προς διευκρίνιση και τρεις φορείς υπέβαλαν αίτημα επίσκεψης στους χώρους εγκατάστασης των προς προμήθεια ειδών. Τέλος, η περιορισμένη συμμετοχή ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων δικαιολογείται από το γεγονός ότι η σύμβαση θα εκτελεσθεί σε διαφορετικά νησιά.

13. Στον ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147), ορίζεται, στο άρθρο 75, ότι «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) (...) β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (...) 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. (...) 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν (...) 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής

που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης (...)», στο άρθρο 80, ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται (...) στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη (...) της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 (...). 5. Η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων μπορεί να αποδεικνύεται με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών. (...)» και, στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α', ότι «(α)ποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) (...) ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων ή των κυριότερων υπηρεσιών που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη. Όπου κριθεί απαραίτητο για τη διασφάλιση ικανοποιητικού επιπέδου ανταγωνισμού, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να ορίζουν ότι θα λαμβάνονται υπόψη στοιχεία σχετικών αγαθών ή υπηρεσιών που παραδόθηκαν ή εκτελέστηκαν πριν από την τελευταία τριετία (...)».

14. Με τις προπαρατεθείσες διατάξεις επιχειρείται η εξισορρόπηση μεταξύ του στόχου του ενωσιακού νομοθέτη για διασφάλιση της δημιουργίας συνθηκών πραγματικού ανταγωνισμού και της ανάγκης προστασίας των συμφερόντων της αναθέτουσας αρχής και, κατ' επέκταση, του δημοσίου συμφέροντος με τη βέλτιστη χρήση των δημοσίων πόρων, για την απόκτηση έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ποιότητας. Προς τον σκοπό τούτο, καθορίζονται οι κανόνες, βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να εκτιμά την ικανότητα των οικονομικών φορέων που υποβάλλουν προσφορές να εκτελέσουν τη σύμβαση κατά τον ενδεδειγμένο και ευκατίο τρόπο (βλ. προτάσεις γενικού εισαγγελέα στην υπόθεση C-176/98, σκ. 23, 24, 26). Στο πλαίσιο αυτό, οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια (πρβλ. αποφ. ΔΕΕ της 13.7.2017, C-76/16 σκ. 32-33, της 18.10.2012, C-218/11, σκ. 28) να θεσπίσουν, με την προκήρυξη της σύμβασης, τις απαιτήσεις εκείνες, οι οποίες, κατά την κρίση τους, διασφαλίζουν ότι οι προσφέροντες διαθέτουν τις απαιτούμενες τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεσή της σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Ωστόσο, η ευχέρειά τους αυτή δεν είναι απεριόριστη, καθόσον όλες οι τιθέμενες απαιτήσεις πρέπει να συνδέονται και να τελούν σε αναλογία προς το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ένα ελάχιστο επίπεδο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, το οποίο πρέπει να είναι προσαρμοσμένο στο αντικείμενο της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι τούτο εγγυάται την

ύπαρξη τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας για την ορθή και αποτελεσματική εκτέλεσή της, χωρίς, ωστόσο, να βαίνει πέραν του αναγκαίου προς τον σκοπό αυτό μέτρου. Τυχόν περιορισμοί στην πρόσβαση στον διαγωνισμό πρέπει να δικαιολογούνται από επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος και να αποδεικνύεται ότι ο σκοπός για τον οποίο θεσπίστηκαν δεν θα μπορούσε να επιτευχθεί εξίσου αποτελεσματικά με λιγότερο περιοριστικό για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού τρόπο. Σε διαφορετική περίπτωση, οι όροι που τίθενται τελούν σε δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό και συνεπάγονται περιορισμό στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών του δικαίου της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Υπό το πρίσμα των ανωτέρω, γίνεται δεκτό ότι όρος της διακήρυξης, ο οποίος, χωρίς επίκληση σοβαρού λόγου δημοσίου συμφέροντος, συναρτά την παραδεκτή συμμετοχή στη διαγωνιστική διαδικασία από τη συνδρομή εμπειρίας σε φορείς του δημοσίου τομέα και μόνο, σε φορείς του δημοσίου τομέα, περιορίζει υπέρμετρα τον ελεύθερο ανταγωνισμό και αντίκειται στις προστατευόμενες από το εφαρμοστέο εν προκειμένω Δίκαιο της Ένωσης αρχές της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας (βλ. ΕλΣυν Ολ. 1078/2024 σκ. 7, 1406/2022 σκ. 17 και 18 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία, Έβδ. Τμ. 1169/2024 σκ.7, 1167/2024 σκ. 2, 1043/2024 σκ. 4, 895/2024 σκ. 25, 536/2024 σκ. 4, 533/2024 σκ. 10, 1279/2023 σκ. 4 και 16.1, 534/2023 σκ. 9, 711/2022 σκ. 20 κ.α.).

15. Με τα δεδομένα αυτά και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 14 της παρούσας, το Δικαστήριο κρίνει ότι, κατά τα ορθώς κριθέντα από το Κλιμάκιο, ο όρος του άρθρου 2.2.6.1 της ως άνω διακήρυξης, που συναρτά την παραδεκτή συμμετοχή των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων στη διαγωνιστική διαδικασία με τη συνδρομή του κριτηρίου της προηγούμενης εμπειρίας αποκλειστικά σε δημόσιους φορείς, εισάγει ανεπίτρεπτη πράγματι διάκριση μεταξύ της αποκτηθείσας εμπειρίας στον δημόσιο και αυτής στον ιδιωτικό τομέα, χωρίς να υφίσταται αποχρών λόγος δημοσίου συμφέροντος που να δικαιολογεί τη διάκριση. Τούτο δε, διότι από τα έγγραφα της σύμβασης και τα λοιπά στοιχεία του φακέλου συνάγεται ότι τα προς προμήθεια είδη και οι συναφείς υπηρεσίες εγκατάστασής τους δεν είναι ιδιαίτερης φύσης ούτε απαιτείται να διαθέτουν εξειδικευμένα χαρακτηριστικά προσιδιάζοντα μόνο σε φορείς του δημόσιου τομέα. Ως εκ τούτου, δεν δικαιολογείται η απαίτηση να αποκτηθούν αυτά μόνο από εξειδικευμένο και περιορισμένο κύκλο ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων που έχουν εμπειρία. Αντιθέτως κατά τα κοινώς γνωστά, τόσο δημόσιοι όσο και ιδιωτικοί φορείς που κατέχουν ή διαχειρίζονται χώρους άθλησης συνάπτουν συμβάσεις με ανάλογο αντικείμενο, επομένως, ουδόλως αποκλείεται να έχει αποκτηθεί η επίμαχη εμπειρία από έργα και προμήθειες προς φορείς του ιδιωτικού τομέα. Εξάλλου, ο προβαλλόμενος ισχυρισμός ότι η επίμαχη διάκριση δικαιολογείται από το γεγονός ότι η ελεγχόμενη σύμβαση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016 είναι

προδήλως αβάσιμος, καθόσον αντιβαίνει ευθέως στις ρυθμίσεις του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, από τις οποίες σαφώς προκύπτει ότι η απαιτούμενη εμπειρία των διαγωνιζομένων σε δημόσιους διαγωνισμούς μπορεί να προέρχεται από συμβάσεις με αντισυμβαλλόμενους είτε δημόσιους είτε ιδιωτικούς φορείς ενώ τυχόν παραδοχή του θα οδηγούσε στην αντιστροφή του θεμελιώδους για τον ανταγωνισμό στις δημόσιες συμβάσεις κανόνα περί απαγόρευσης διάκρισης της ζητούμενης εμπειρίας ανάλογα με τον φορέα στον οποίο έχει αυτή αποκτηθεί (πρβλ. ΕλΣυν Ολ. 1078/2024 σκ. 41, Έβδ. Τμ. 534/2023 σκ. 14 και 17). Περαιτέρω, απορριπτέος είναι και ο ισχυρισμός ότι η διαπιστωθείσα πλημμέλεια είναι μη ουσιώδης, καθώς εκδηλώθηκε ενδιαφέρον για τον διαγωνισμό από σημαντικό αριθμό οικονομικών φορέων. Τούτο δε, καθόσον αφενός μεν δεν αποδείχθηκαν οι σχετικοί ισχυρισμοί της προσφεύγουσας, αφού, πέραν των τεσσάρων αιτημάτων επίσκεψης στους χώρους εκτέλεσης του έργου, δεν προσκομίστηκε ούτε κατάλογος των δώδεκα, κατά τους ισχυρισμούς της, φορέων που εισήλθαν στον διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού και έλαβαν τα σχετικά τεύχη δημοπράτησης, ούτε τα ερωτήματα που υποβλήθηκαν προς διευκρίνιση, αφετέρου δε αλυσιτελώς προβάλλονται οι ισχυρισμοί αυτοί και αληθείς υποτιθέμενοι, αφού δεν αποκλείεται οι ενδιαφερόμενοι, κατά τους ισχυρισμούς της αναθέτουσας αρχής, φορείς να μην υπέβαλαν εντέλει προσφορά για το λόγο ότι δεν διέθεταν τη ζητούμενη εμπειρία σε δημόσιο φορέα. Για τον ίδιο λόγο, αλυσιτελώς προβάλλεται ότι η περιορισμένη συμμετοχή στο διαγωνισμό (αφού ουσιαστικά μόνο μία εταιρεία υπέβαλε παραδεκτή προσφορά) οφείλεται στο γεγονός ότι η σύμβαση θα εκτελεστεί σε περισσότερα νησιά, αφού δεν μπορεί να αποκλειστεί το ενδεχόμενο ο εν λόγω όρος να λειτούργησε πράγματι αποτρεπτικά για την υποβολή προσφορών από φορείς που διαθέτουν εμπειρία σε αντίστοιχες συμβάσεις συναφθείσες μόνο με ιδιωτικούς φορείς. Τέλος, αλυσιτελώς η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα επικαλούνται προηγηθείσα νομολογία και προβάλλουν, ειδικότερα, ότι, στο πλαίσιο άλλου διαγωνισμού που η ίδια αναθέτουσα διενήργησε, αντίστοιχη απαίτηση τεχνικής εμπειρίας αποκλειστικά από δημόσιους φορείς κρίθηκε από το Ε' Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου ότι συνιστά μεν πλημμέλεια, πλην όμως μη ουσιώδη (βλ. Πράξη 380/2024). Τούτο δε, διότι, πέραν του ότι σε εκείνο τον διαγωνισμό το Ε' Κλιμάκιο έλαβε υπόψη του, τον εξειδικευμένο χαρακτήρα των συστημάτων υπογειοποίησης κάδων με συμπίεση απορριμμάτων, που, εκ των πραγμάτων, περιορίζει τον κύκλο των οικονομικών φορέων που διαθέτουν σχετική τεχνική και επαγγελματική εμπειρία, το Τμήμα πάντως δεν δεσμεύεται από την κρίση επί της νομιμότητας άλλων διαδικασιών δημοπράτησης, ενόψει της φύσης του προσυμβατικού ελέγχου ως ελέγχου αντικειμενικής νομιμότητας της κρινόμενης κάθε φορά σύμβασης (βλ. ΕλΣυν Ολ. 1100/2023 σκ. 27, Έβδ. Τμ. 1167/2024 σκ. 7, 1100/2024 σκ. 17.3

και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Κατόπιν των ανωτέρω, οι προβαλλόμενοι με την ένδικη προσφυγή και την υπέρ αυτής παρέμβαση ισχυρισμοί κατά της κρίσης του Κλιμακίου περί της διακωλυτικής για τη σύναψη της ελεγχόμενης σύμβασης πλημμέλειας είναι απορριπτέοι στο σύνολό τους.

16. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πρέπει η κρινόμενη προσφυγή και η υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση να απορριφθούν, να μην ανακληθεί η 312/2024 Πράξη του Στ' Κλιμακίου και να διαταχθεί η κατάπτωση υπέρ του Δημοσίου του κατατεθέντος για την άσκηση της προσφυγής παραβόλου (βλ. άρθρα 310 παρ. 1 και 336 παρ. 1 του ν. 4700/2020).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή ανάκλησης της ανώνυμης εταιρείας ειδικού σκοπού με την επωνυμία «...».

Απορρίπτει την παρέμβαση της εταιρείας με την επωνυμία «...».

Δεν ανακαλεί την 312/2024 Πράξη του Στ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Διατάσσει την κατάπτωση του κατατεθέντος παραβόλου υπέρ του Δημοσίου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε σε τηλεδιάσκεψη, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020, στις 11 Οκτωβρίου 2024.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
MARIA BLAXAKH

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΠΑΡΕΔΡΟΣ
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑ ΠΡΑΣΙΑΝΑΚΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΑ ΤΖΕΝΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε δημοσία συνεδρίαση στο ακροατήριο του, στις 12 Νοεμβρίου 2024.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
MARIA BLAXAKH

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΑ ΤΖΕΝΟΥ