



**ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΤΟ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ**

ΣΕ Α΄ ΕΛΑΣΣΟΝΑ ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ

Συνεδρίασε δημόσια, στις ..., με την εξής σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Πρόεδρος, Αγγελική Μαυρουδή, Ασημίνα Σαντοριναίου, Ελένη Λυκεσά, Αντιπρόεδροι, Γεώργιος Βοΐλης, Γεωργία Τζομάκα, Κωνσταντίνος Εφεντάκης, Αγγελική Πανουτσακοπούλου, Βασιλική Προβίδη, Νεκταρία Δουλιανάκη, Γρηγόριος Βαλληνδράς, Δημήτριος Κοκοτσής, Ελένη Σκορδά, Ευαγγελία Πασπάτη, Βιολέττα Τηνιακού και Ιωάννα Ευθυμιάδου, Σύμβουλοι, εκτός από τη Μαρία Βλαχάκη, Αντιπρόεδρο, που είχε κώλυμα. Από τους ανωτέρω οι Σύμβουλοι Νεκταρία Δουλιανάκη, Βιολέττα Τηνιακού και Ιωάννα Ευθυμιάδου μετείχαν ως αναπληρωματικά μέλη. Γραμματέας η Σταυρούλα Τσάλα, Επίτροπος του Ελεγκτικού Συνεδρίου στην Υπηρεσία.

Γενικός Επίτροπος Επικρατείας: Σταμάτιος Πουλής.

Για να δικάσει την από 31.12.2024 (ΑΒΔ .../2024) προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας ειδικού σκοπού με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», με Α.Φ.Μ...., η οποία εδρεύει στον ..., εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε διά του πληρεξούσιου δικηγόρου της Αναστάσιου – Ευγένιου Χριστοφίλου (Α.Μ. Δ.Σ.Α. ...).

Με την ανωτέρω προσφυγή ζητείται η αναθεώρηση της 1674/2024 απόφασης του Εβδόμου Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία απορρίφθηκε η προσφυγή ανάκλησης της προσφεύγουσας κατά της 422/2024 Πράξης του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Το Ελληνικό Δημόσιο εκπροσωπούμενο από τον Υπουργό Οικονομικών, παραστάθηκε δια δηλώσεως του άρθρου 231 παρ. 1 του ν. 4700/2020 της Νομικής Συμβούλου του Κράτους Χρυσούλας Τσιαβού.

Υπέρ της προσφυγής και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης παρεμβαίνει η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...», με Α.Φ.Μ. ..., η οποία εδρεύει στην ..., εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε διά του πληρεξούσιου δικηγόρου της Ιωάννη Παραρά (Α.Μ. Δ.Σ.Α. ...).

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε, το Δικαστήριο άκουσε:

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο της προσφεύγουσας, ο οποίος ζήτησε να γίνει δεκτή η προσφυγή αναθεώρησης.

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο της παρεμβαίνουσας, ο οποίος ζήτησε ομοίως την παραδοχή της.

Τον Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος ανέπτυξε προφορικά την από 8.1.2025 έγγραφη γνώμη του και πρότεινε να απορριφθεί η προσφυγή αναθεώρησης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε στις 22 Ιανουαρίου 2025 σε τηλεδιάσκεψη, με τη χρήση της επίσημης κρατικής πλατφόρμας e-Presence.gov.gr, σύμφωνα με το άρθρο 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020, με παρόντες τους Δικαστές που έλαβαν μέρος στη συζήτηση της υπόθεσης, εκτός από τη Βασιλική Προβίδα και τον Δημήτριο Κοκοτσή, Συμβούλους, που απουσίαζαν λόγω κωλύματος (άρθρο 293 παρ. 3 εδ. α' του ν. 4700/2020), την Ευαγγελία Πασπάτη, Σύμβουλο, που αποχώρησε σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 18 παρ. 5 του ν. 4820/2021, δεδομένου ότι το αναπληρωματικό μέλος, Ιωάννα Ευθυμιάδου, Σύμβουλος, είχε ορισθεί εισηγήτρια της κρινόμενης υπόθεσης, καθώς και τις Νεκταρία Δουλιανάκη και Βιολέττα Τηνιακού, Συμβούλους, που συμμετείχαν ως αναπληρωματικά μέλη (άρθρο 18 παρ. 4 του ν. 4820/2021).

Άκουσε την εισήγηση της Συμβούλου Ιωάννας Ευθυμιάδου και

Αφού σκέφθηκε κατά τον νόμο

Αποφάσισε τα εξής:

1. Με την υπό κρίση προσφυγή, όπως οι λόγοι της αναπτύσσονται με το από 13.1.2025 παραδεκτώς κατατεθέν υπόμνημα και την υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση, ζητείται η αναθεώρηση της 1674/2024 απόφασης του Εβδομού Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία απορρίφθηκε η προσφυγή ανάκλησης του προσφεύγοντος κατά της 422/2024 Πράξης του Ε' Κλιμακίου. Με την προσβαλλόμενη απόφαση επικυρώθηκε η κρίση του Κλιμακίου ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης μεταξύ του προσφεύγοντος και του οικονομικού φορέα με την επωνυμία ««...» και διακριτικό τίτλο (δ.τ.) «...», για την υλοποίηση του έργου με τίτλο «ΒΙΟΚΛΙΜΑΤΙΚΗ ΑΝΑΠΛΑΣΗ ΤΟΥ ΠΑΡΑΛΙΑΚΟΥ ΜΕΤΩΠΙΟΥ ΤΗΣ ΑΚΤΗΣ ΘΕΜΙΣΤΟΚΛΕΟΥΣ ΔΗΜΟΥ ΠΕΙΡΑΙΑ», προϋπολογιζόμενης δαπάνης με τον ΦΠΑ, 23.550.000 ευρώ, καθόσον κρίθηκε ότι η πρόβλεψη του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 22.ΣΤ της διακήρυξης, ότι «η εκτέλεση του συνόλου του έργου γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή» είναι μη νόμιμη, διότι τέθηκε κατά παράβαση της παραγράφου 2 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 και, περαιτέρω, ότι η πλημμέλεια αυτή παρίσταται ουσιώδης, καθιστώντας μη νόμιμη την ελεγχόμενη διαδικασία ανάθεσης στο σύνολό της.

2. Η προσφυγή αναθεώρησης, για την άσκηση της οποίας έχει καταβληθεί το προσήκον, σύμφωνα με το άρθρο 335 παρ. 2 του ν. 4700/2020, παράβολο (βλ. το ... ηλεκτρονικό παράβολο), έχει ασκηθεί εμπροθέσμως και εν γένει νομοτύπως.

Πρέπει, επομένως, να γίνει τυπικά δεκτή και να εξεταστεί περαιτέρω, ως προς τη βασιμότητα των λόγων αυτής.

3. Στην ανοιγείσα, κατά τα ανωτέρω, διαδικασία εξέτασης διαφοράς από προσυμβατικό έλεγχο, παραδεκτώς και με προφανές έννομο συμφέρον παρεμβαίνει υπέρ της προσφυγής αναθεώρησης και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης απόφασης η αντισυμβαλλόμενη στο οικείο σχέδιο σύμβασης, ως άνω, εταιρεία με τον δ.τ. «...».

4. Ο ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147) ορίζει στο άρθρο 18 ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού (...)», στο άρθρο 71 ότι: «Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89, εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) ... β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος (...) πληροί τα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75 έως 77, (...)», στο άρθρο 75 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. (...) 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. [...]» και στο άρθρο 78 (βλ. αντιστ. άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ότι: «1. Όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75, περί κριτηρίων επιλογής, και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περ. στ' του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' ή με την επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, μόνο εάν οι τελευταίοι εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για

τον σκοπό αυτόν. [...] Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά στα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Υπό τους ίδιους όρους, μία ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, περί οικονομικών φορέων, μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. [...] 2. Στην περίπτωση συμβάσεων έργων ή συμβάσεων υπηρεσιών ή στην περίπτωση εργασιών τοποθέτησης και εγκατάστασης στο πλαίσιο σύμβασης προμηθειών, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, όπως αναφέρεται στην παρ. 2 του άρθρου 19, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή. [...]»

5. Από τις ανωτέρω διατάξεις συνάγονται, μεταξύ άλλων, τα εξής:

A. Κατά τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, οι αναθέτουσες αρχές οφείλουν να τηρούν, σε όλα τα στάδια διεξαγωγής του διαγωνισμού, τις αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, διασφαλίζοντας την ανάπτυξη συνθηκών υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, με απώτερο σκοπό την προστασία του δημοσίου συμφέροντος. Η τήρηση των ως άνω αρχών της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης προϋποθέτει ότι οι όροι του διαγωνισμού διατυπώνονται κατά τρόπο τελούντα σε συνάρτηση με την ανάγκη που η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει να θεραπεύσει, όπως απαιτείται από την αρχή της αναλογικότητας, η οποία διέπει, ως εγγενές τους στοιχείο, τις σχετικές ρυθμίσεις του νόμου, αλλά, και ως ερμηνευτικός κανόνας, τον τρόπο με τον οποίο πρέπει οι ρυθμίσεις αυτές να εφαρμόζονται. Όροι ασαφείς ή αμφίσημοι στη σχετική διακήρυξη ή, αντιθέτως, όροι υπερβολικά περιοριστικοί και άρα μη αναλογικοί πλήττουν τον ανταγωνισμό, οι μεν πρώτοι διότι δημιουργούν σύγχυση στην αγορά αποτρέποντας τη συμμετοχή στην ανταγωνιστική διαδικασία οικονομικών φορέων που παρανοούν το περιεχόμενο των όρων, οι δε δεύτεροι διότι, περιορίζοντας χωρίς βάσιμο λόγο τον κύκλο των δικαιουμένων να υποβάλουν προσφορά, δημιουργούν συνθήκες αθέμιτης εύνοιας υπέρ ορισμένων μόνων, ή και μεμονωμένων, οικονομικών φορέων (βλ. αποφ. ΔΕΕ της 29.4.2004, Επιτροπή κατά CAS Succhi di Frutta, C-496/99, σκ. 110 και 111, ΕλΣυν Ολ. 505/2021, Τμ. Μείζονος - Επταμελούς Συνθέσεως 6268/2015).

B. Οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια να θέτουν στη διακήρυξη τις ελάχιστες απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας που πρέπει να πληρούν οι οικονομικοί φορείς, υπό την προϋπόθεση ότι οι απαιτήσεις αυτές συνάδουν με τις αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής των διακρίσεων, σχεδιάζονται δε κατά τρόπο ώστε να μην αποτρέπεται η συμμετοχή οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ),

συνδέονται με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης, χωρίς να επάγονται αδικαιολόγητους ή υπέρμετρους φραγμούς στην ελεύθερη ανάπτυξη του ανταγωνισμού, και τελούν σε σχέση αναλογίας με το μέγεθος και τη φύση της σύμβασης (βλ. αιτιολογική σκέψη 83 στο Προοίμιο της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ΕλΣυν Ολ. 505/2021, Τμ. Μειζ. - Επτ. Σύνθ. 1563/2019, 1265/2019, VI Τμ. 2402/2010, πρβλ. απόφαση ΔΕΕ της 18.10.2012 «Edukozivig – Hochtief Construcion AG», C-218/11, σκ. 28 και 32).

Γ. Περαιτέρω, προς τον σκοπό της παροχής δυνατότητας συμμετοχής στους δημόσιους διαγωνισμούς του μεγαλύτερου δυνατού αριθμού επιχειρήσεων καθώς και της ενίσχυσης της συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων και της ανάπτυξης του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού, προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων, αλλά και των αναθετουσών αρχών, καθιερώνεται ρητά με την παρ. 1 του άρθρου 78 του ως άνω νόμου το δικαίωμα κάθε προσφέροντος (μεμονωμένου οικονομικού φορέα ή ένωσης φορέων), που δεν πληροί ο ίδιος τα ελάχιστα επίπεδα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, καθώς και τεχνικών ή/και επαγγελματικών ικανοτήτων που τάσσει μια αναθέτουσα αρχή ως κριτήρια επιλογής για συγκεκριμένη σύμβαση, να επικαλείται τις δυνατότητες άλλων τρίτων φορέων (δάνεια εμπειρία). Η νομική φύση των δεσμών μεταξύ των ανωτέρω οικονομικών φορέων δεν εξειδικεύεται στις σχετικές διατάξεις, αλλά ανατίθεται στη διακριτική ευχέρεια αυτών, αρκεί ο υποψήφιος ανάδοχος να προσκομίσει στην αναθέτουσα αρχή την απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, προσκομίζοντας τη σχετική δέσμευση των φορέων από τους οποίους δανείζεται τη σχετική εμπειρία. Η δάνεια εμπειρία μπορεί να συνίσταται στον δανεισμό τεχνογνωσίας ή εμπειρίας και άλλων αναγκαίων πόρων, όπως ανθρώπινου δυναμικού, προϊόντων σωματικής και πνευματικής εργασίας ή υλικοτεχνικού εξοπλισμού. Ειδικώς δε στην περίπτωση δανεισμού τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την πλήρωση κριτηρίων που σχετίζονται με τίτλους σπουδών, επαγγελματικά προσόντα ή επαγγελματική εμπειρία, απαιτείται, από τη διάταξη του δεύτερου εδαφίου της παρ. 1 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, οι δανείζοντες οικονομικοί φορείς να εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες, προκειμένου αυτοί να συμμετέχουν ενεργά στην εκτέλεση της σύμβασης, με την πραγματική διάθεση των δάνειων ικανοτήτων τους (των απαραίτητων πόρων ανθρώπινου δυναμικού, προϊόντων σωματικής και πνευματικής εργασίας, υλικοτεχνικού εξοπλισμού κ.λπ.) και όχι μόνο για την αμιγώς τυπική και μόνο πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής (πρβλ. ΔΕΕ αποφ. της 7ης.4.2016, Partner Apelski Dariusz κατά Zarząd Oczyszczania Miasta, C-324/14, της 2ας.6.2016 «Pippo Pizzo», C-27/15, σκ. 25 ως 27, της 10^{ης}.10.2013 «SWM Constuzioni 2 SpA...», C-94/12, σκ. 30 ως 34, ΕλΣυν Ολ. 375/2024 και την εκεί παρατεθείσα νομολογία).

Δ. Επειδή, όμως, δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο να υπάρχουν εργασίες με ιδιαιτερότητες που απαιτούν ικανότητα μη δυνάμενη να προκύψει ως

άθροισμα της ελάσσονος ικανότητας περισσότερων οικονομικών φορέων, παρέχεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται μόνον από έναν οικονομικό φορέα στον βαθμό που η απαίτηση αυτή σχετίζεται και είναι ανάλογη προς το αντικείμενο της οικείας σύμβασης (πρβλ. ΔΕΕ αποφ. «Pirro Pizzo», C-27/15, σκ. 28 και «SWM Constuzioni 2 SpA...», C-94/12, σκ. 35). Για τον ως άνω σκοπό θεσπίστηκε η εξαιρετικού χαρακτήρα διάταξη του άρθρου 63 παρ. 2 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ (βλ. ανωτ. αποφ. σκ. 28 και 36, αντίστοιχα), σύμφωνα με την οποία οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα ή, στην περίπτωση που η προσφορά υποβάλλεται από ένωση φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή. Όπως, δε, έχει κριθεί (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 28.4.2022, C-642/20 «Caruter Srl», σκ. 42 και 44) από τη φράση «ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων» προκύπτει σαφώς ότι η βούληση του νομοθέτη είναι, σύμφωνα με τους σκοπούς που εξαγγέλλονται στις αιτιολογικές σκέψεις 1 και 2 της Οδηγίας 2014/24, να περιορίσει, εφαρμόζοντας ποιοτική και όχι απλώς ποσοτική προσέγγιση, τις υποχρεώσεις που μπορούν να απαιτηθούν αποκλειστικά από τον προσφέροντα ή από τον έναν φορέα που μετέχει σε ένωση οικονομικών φορέων, προκειμένου να μην παρεμποδίζεται η συμμετοχή μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις διαδικασίες διαγωνισμού για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων (βλ. ΕλΣυν αποφ., Έβδ. Τμ. 1194/2023 σκ. 8 και την εκεί παρατεθείσα νομολογία).

6. Στην κρινόμενη υπόθεση από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα εξής: Με την από 23.1.2024 προγραμματική σύμβαση (βλ. σχετικά Ε' Κλ. 471/2023) μεταβιβάστηκε από τον Δήμο Πειραιά (κύριο του έργου) στον ήδη προσφεύγοντα αναπτυξιακό οργανισμό ΟΤΑ – ανώνυμη εταιρεία ειδικού σκοπού «...» (φορέας υλοποίησης) η αρμοδιότητα σύνταξης των τευχών δημοπράτησης, διενέργειας της διαδικασίας ανάθεσης, επίβλεψης της εκτέλεσης και παράδοσης κατά την ολοκλήρωση στον Δήμο Πειραιά του έργου με τίτλο «Βιοκλιματική Ανάπλαση του Παραλιακού Μετώπου της Ακτής Θεμιστοκλέους Δήμου Πειραιά», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 18.991.935,48 ευρώ, προ ΦΠΑ. Το έργο χρηματοδοτείται από το Ταμείο Ανάκαμψης και Ανθεκτικότητας και, σύμφωνα με την τεχνική περιγραφή του, αφορά στη βιοκλιματική ανάπλαση της Ακτής Θεμιστοκλέους, που εκτείνεται από την οδό Αλεξάνδρου Ζαΐμη έως 20 μέτρα μετά την οδό Στρατηγού Μακρυγιάννη, μήκους 2.510 μέτρων και περιλαμβάνει τη μελέτη και κατασκευή ενιαίου δικτύου πεζοδρομίων και ποδηλατόδρομου, που θα επιτρέπει την ανεμπόδιστη διέλευση πεζών και ποδηλάτων, και τη δημιουργία νέων κοινόχρηστων ελεύθερων χώρων πρασίνου. Στον διαγωνισμό υποβλήθηκε μόνο μία προσφορά από την ήδη παρεμβαίνουσα εταιρεία «...», που προσέφερε έκπτωση 1,12% επί της προϋπολογιζόμενης δαπάνης και μετά από πρόσκληση της αναθέτουσας αρχής για υποβολή νέας βελτιωμένης οικονομικής προσφοράς, κατακυρώθηκε το έργο στην παρεμβαίνουσα εταιρεία, έναντι συμβατικού

τιμήματος 18.413.816,80 ευρώ, πλέον ΦΠΑ (έκπτωση 3,10%). Κατά δε του κύρους της οικείας διακήρυξης και της διεξαχθείσας διαγωνιστικής διαδικασίας ανάθεσης δεν ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή ενώπιον της Ενιαίας Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ.).

7. Στο άρθρο 22.ΣΤ της διακήρυξης του ελεγχόμενου διαγωνισμού, υπό τον τίτλο «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (δάνεια εμπειρία)», προβλέπονται τα ακόλουθα: «Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, ένας οικονομικός φορέας μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με τους τίτλους σπουδών και τα επαγγελματικά προσόντα που ορίζονται στην περίπτωση στ του Μέρους II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016 ή με τη σχετική επαγγελματική εμπειρία, οι οικονομικοί φορείς μπορούν να βασίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων μόνο εάν οι τελευταίοι θα εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες. Όταν οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Στην περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, η ένωση μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων (για τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα) ... Η εκτέλεση του συνόλου του έργου γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή».

8. Επί του διενεργηθέντος προσυμβατικού ελέγχου της νομιμότητας της ως άνω διαδικασίας του διαγωνισμού, το Κλιμάκιο εξέδωσε αρχικά την 318/2024 πράξη του, με την οποία ζήτησε, μεταξύ άλλων, να διατυπώσει η αναθέτουσα αρχή τις απόψεις της για τους λόγους που υπαγόρευαν τη θέσπιση του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 22.ΣΤ της διακήρυξης, ότι, δηλαδή, η εκτέλεση του συνόλου του έργου γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα. Σχετικά, ο προσφεύγων αναπτυξιακός οργανισμός, με το .../12.8.2024 έγγραφό του απάντησε ότι λόγω της φύσης του έργου, που θα εκτελεστεί σε πολυσύχναστο σημείο του πυκνού ιστού της πόλης και εντός πολύ στενού χρονικού περιθωρίου, εντός του οποίου θα πρέπει να εκπονηθεί και η μελέτη εφαρμογής και η λήψη των σχετικών αδειοδοτήσεων «η Αναθέτουσα Αρχή έκρινε ότι όλες οι εργασίες/καθήκοντα, που αποτελούν το έργο είναι κρίσιμα κατά την έννοια του άρθρου 78 παρ. 2 του ν. 4412/2016 (...) Συνεπώς η Αναθέτουσα Αρχή θεώρησε υποχρέωσή της να εξασφαλίσει την

αξιοπιστία του Αναδόχου και να τον δεσμεύσει κατά το μέγιστο δυνατό ότι θα διαθέσει ο ίδιος τους απαραίτητους πόρους του ... Συνεπώς, η Αναθέτουσα Αρχή, προκειμένου να εξασφαλιστεί ότι ο οικονομικός φορέας θα εκτελέσει ο ίδιος τα "κρίσιμα καθήκοντα" που απαιτεί ο έργο, έκρινε απαραίτητη, επί της ουσίας, τη συμμετοχή πιθανού "δανειοπαρόχου" σε υποψήφιο σχήμα, με γνώμονα τη μέγιστη δυνατή διασφάλισή της για την άρτια και έγκαιρη ολοκλήρωση του έργου».

9. Ενόψει των ανωτέρω, το Κλιμάκιο, με την 422/2024 Πράξη του έκρινε ότι το τελευταίο εδάφιο του άρθρου 22.ΣΤ της διακήρυξης, σύμφωνα με το οποίο η εκτέλεση όλων των εργασιών πρέπει να γίνει υποχρεωτικά από τον προσφέροντα, τέθηκε κατά παράβαση της διάταξης της παραγράφου 2 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή μπορούσε μεν να απαιτεί την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων απευθείας από τον ίδιο τον προσφέροντα, σε καμία, όμως, περίπτωση δεν μπορούσε να επιβάλει το σύνολο του έργου να εκτελεστεί από αυτόν, ενώ ούτε αιτιολογείται επαρκώς, ούτε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι το αντικείμενο της σύμβασης παρουσιάζει ιδιαιτερότητες ικανές να καταστήσουν ανεπίτρεπτη τη στήριξη στις τεχνικές ικανότητες τρίτων φορέων, υπό την προπεριγραφόμενη έννοια των εξαιρετικών περιστάσεων της παραγράφου 2 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016. Περαιτέρω, το Κλιμάκιο έκρινε ότι η ανωτέρω πλημμέλεια παρίσταται ουσιώδης, καθόσον κατέστησε αδύνατη τη συμμετοχή στον διαγωνισμό δυνητικών υποψηφίων, που δεν πληρούσαν αυτοτελώς τα ζητούμενα κριτήρια, με αποτέλεσμα να περιοριστεί υπέρμετρα και αδικαιολόγητα ο διαγωνισμός, όπως τούτο καταδεικνύεται και από το γεγονός ότι υποβλήθηκε σε αυτόν μόνον μία προσφορά, και ως εκ τούτου, κωλύεται η σύναψη της ελεγχόμενης σύμβασης.

10. Κατά της ως άνω Πράξης του Κλιμακίου ασκήθηκε προσφυγή ανάκλησης από τον προσφεύγοντα αναπτυξιακό οργανισμό καθώς και παρέμβαση από την αναδειχθείσα ανάδοχο εταιρεία «...», αμφότερες δε απορρίφθηκαν με την προσβαλλόμενη απόφαση, η οποία, αφού απέρριψε τους λόγους ανάκλησης με τις αιτιολογίες, που αναλυτικά αναφέρονται σε αυτήν, έκρινε ότι η σχετική, ως άνω, πρόβλεψη του τελευταίου εδαφίου του άρθρου 22.ΣΤ της ως άνω διακήρυξης είναι μη νόμιμη, διότι τέθηκε κατά παράβαση της παραγράφου 2 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, που επιτρέπει στις αναθέτουσες αρχές να απαιτήσουν την αυτοδύναμη, χωρίς δηλαδή την στήριξη στην τεχνική ικανότητα τρίτων, εκτέλεση ορισμένων μόνο κρίσιμων καθηκόντων και, πάντως, όχι του συνόλου του έργου από τον προσφέροντα ή έναν από τους συμμετέχοντες σε προσφέρουσα ένωση. Περαιτέρω κρίθηκε ότι η ανωτέρω πλημμέλεια παρίσταται ουσιώδης καθιστώντας μη νόμιμη την ελεγχόμενη διαδικασία ανάθεσης στο σύνολό της, διότι αυτή εντοπίζεται στις διατάξεις της διακήρυξης που καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον επίμαχο διαγωνισμό και αντικειμενικά είναι πρόσφορη να νοθεύσει τον ελεύθερο ανταγωνισμό, αφού λειτουργεί αποτρεπτικά σε επίπεδο εκδήλωσης ενδιαφέροντος συμμετοχής από μικρομεσαίες επιχειρήσεις, οι οποίες δεν έχουν τη δυνατότητα

παροχής των ζητούμενων υπηρεσιών αυτοδύναμα, μετακυλίωντας το βάρος προσβολής ενδεχόμενου αποκλεισμού τους στις ίδιες τις τυχόν ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις (βλ. Έβδ. Τμ. 1194/2023, σκ. 10), κατέστη δε αυτό εμφανές εκ του ότι στον διαγωνισμό υποβλήθηκε μόνο μία προσφορά και σε αυτήν δεν γινόταν στήριξη σε δάνειες ικανότητες τρίτου, ούτε υπεργολαβική ανάθεση εργασιών.

11. Με την προσφυγή αναθεώρησης ο προσφεύγων Οργανισμός προβάλλει τα εξής:

A. Κατά πλημμελή αξιολόγηση των όρων της διακήρυξης κρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση ότι αποκλείστηκε το δικαίωμα των συμμετεχόντων οικονομικών φορέων να επικαλεστούν στήριξη στις ικανότητες τρίτων για την πλήρωση των κριτηρίων καταλληλότητας. Αντίθετα, η δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες τρίτων προβλέπεται ρητά και πανηγυρικά, τόσο στα πρώτα εδάφια της παραγράφου 22.ΣΤ' της διακήρυξης όσο και στο 23.10 αυτής, που αφορά στα απαιτούμενα δικαιολογητικά για την απόδειξη της στήριξης του προσφέροντος στις ικανότητες άλλων φορέων και, συνεπώς, εκ της συστηματικής ερμηνείας της διακήρυξης προκύπτει ότι δεν είχε αποκλειστεί η δυνατότητα επίκλησης δάνειας εμπειρίας.

B. Η πρόβλεψη περί εκτέλεσης του έργου από τον προσφέροντα έχει την προφανή έννοια της εκτέλεσης του έργου από τον προσφέροντα με του πόρους/μέσα που αποδεδειγμένα διαθέτει, είτε οι πόροι αυτοί του ανήκουν είτε του παρέχονται από τρίτο πάροχο στήριξης. Περαιτέρω και αφού σύμφωνα προς τα νομολογηθέντα (βλ. ΔΕΕ απόφ. 26.1.2023, C-403/2021 «SC NV Construct SRL», και την ΕλΣυν αποφ. Ολ. 375/2024) η πρόβλεψη του εδ. β' της παρ. 1 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, περί της υποχρέωσης όπως οι δανείζοντες οικονομικοί φορείς «εκτελέσουν τις εργασίες ή τις υπηρεσίες για τις οποίες απαιτούνται οι συγκεκριμένες ικανότητες», ώστε αυτοί να συμμετέχουν ενεργά στην εκτέλεση της σύμβασης, με την πραγματική διάθεση των δάνειων ικανοτήτων τους (βλ. ανωτ. σκ. 5), δεν συνεπάγεται ότι αυτοί εκτελούν τις σχετικές εργασίες αυτοτελώς, όπως συμβαίνει στην περίπτωση της υπεργολαβίας, πρέπει κατά λογική και νομική αναγκαιότητα να γίνει δεκτό και το αντίστροφο, και, συνεπώς η πρόβλεψη περί εκτέλεσης εργασιών από τον προσφέροντα δεν συνεπάγεται ότι αποκλείεται η παροχή δάνειας εμπειρίας, όπως πεπλανημένα θεωρεί η προσβαλλόμενη απόφαση, που συνδέει τον θεσμό της δάνειας εμπειρίας με την εκτέλεση εργασιών από τον δανείζοντα υπολαμβάνοντας ότι η επίμαχη απαίτηση της διακήρυξης περί εκτέλεσης του συνόλου των εργασιών υποχρεωτικά από τον προσφέροντα αποκλείει τη στήριξη σε τρίτους.

Γ. Η αληθής έννοια της επίμαχης πρόβλεψης της διακήρυξης είναι ότι, ενόψει των ιδιαίτερων συνθηκών εκτέλεσης του έργου, και των πρακτικών δυσχερειών στην υλοποίησή του, καθόσον πρόκειται για έργο που θα εκτελεστεί σε στενά χρονικά περιθώρια, εντός του πυκνού αστικού της πόλης του Πειραιά και, ως εκ τούτου, υφίστανται αυξημένες απαιτήσεις ασφάλειας και μη όχλησης των

διερχόμενων από την περιοχή, των μόνιμων κατοίκων και των υφιστάμενων επιχειρήσεων, θα πρέπει να υπάρχει ενιαίος συντονισμός των εργασιών και συγκέντρωση στο πρόσωπο του αναδόχου όλων των αναγκαίων πόρων και μέσων για την κατασκευή του. Για τη διασφάλιση, δε του απαραίτητου για την άρτια εκτέλεση του έργου, ενιαίου και αυστηρού συντονισμού του εργοταξίου και των εργασιών από τον ανάδοχο τέθηκαν και τα κριτήρια αξιολόγησης του άρθρου 14 της διακήρυξης καθώς και το άρθρο 14 της Ε.Σ.Υ. Συνεπώς, η επίμαχη πρόβλεψη ήταν απολύτως δικαιολογημένη ενόψει των αναγκών της σύμβασης και μη νομίμως η προσβαλλόμενη απέρριψε τους ως άνω ισχυρισμούς ως αλυσιτελείς, ενώ όφειλε να εξετάσει την πρόβλεψη αυτή υπό το φως της αρχής της αναλογικότητας και του δημοσίου συμφέροντος.

Δ. Η επίμαχη πρόβλεψη υπήρξε σε κάθε περίπτωση αναγκαία για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης και η προσβαλλόμενη απόφαση μη νομίμως έκρινε ότι δήθεν συνέτρεχε άνευ ετέρου τινός υπέρβαση της διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής. Περαιτέρω, ομοίως εσφαλμένες τυγχάνουν και οι κρίσεις της προσβαλλόμενης περί δήθεν απόλυτης απαγόρευσης θέσπισης οιασδήποτε περιορισμού της δάνειας εμπειρίας, καθόσον η αναφορά στη διάταξη του άρθρου 78 παρ. 2 σε «κρίσιμα καθήκοντα» δεν είναι πρόσφορη για να θεμελιώσει μια τέτοια απαγόρευση. Αντίθετα τα κρίσιμα καθήκοντα προσδιορίζονται από την εκάστοτε αρμόδια αναθέτουσα αρχή με βάση τις τεχνικές και λοιπές παραμέτρους της σύμβασης, πρόκειται, δηλαδή, για εξειδίκευση με αυστηρά τεχνικό χαρακτήρα και πρέπει να ελέγχεται με βάση την αρχή της αναλογικότητας. Ενόψει δε των συνθηκών εκτέλεσης του υπό κρίση έργου (βλ. προηγ., υπό Γ. σκ.) καθώς και της σπουδαιότητάς του, καθόσον πρόκειται για ένα έργο μείζονος πολιτιστικού και κοινωνικού ενδιαφέροντος, τμήμα του γενικότερου project «Αθηναϊκή Ριβιέρα», στο πλαίσιο του οποίου θα κατασκευαστεί ο «Αστικός Περίπατος» και εκτελείται σε μια περιοχή ιδιαίτερου κάλλους και αυξημένου αρχαιολογικού ενδιαφέροντος, δοθέντος ότι στην περιοχή αυτή βρίσκονται τα Μακρά Τείχη (Τείχη του Κόνωνα) και αν ήθελε θεωρηθεί ότι συνέτρεξε περιορισμός, πάντως αυτός ήταν απολύτως αναγκαίος και ανάλογος προς τον σκοπό της διασφάλισης της άρτιας εκτέλεσης του έργου.

Ε. Όπως επικουρικώς και σε περίπτωση που θεωρηθεί ότι η επίμαχη πρόβλεψη είναι μη νόμιμη, αυτή ουδόλως επηρέασε την ανάπτυξη ανταγωνισμού στην ελεγχόμενη διαδικασία με αποτέλεσμα να μη στοιχειοθετεί ουσιώδη διακωλυτική πλημμέλεια. Και τούτο διότι το κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού προέβλεπε αντικειμενικά και πανηγυρικά τόσο τη δυνατότητα στήριξης σε τρίτους όσο και τη δυνατότητα υπεργολαβικής ανάθεσης εργασιών και, ως εκ τούτου, δεν ήταν επιτρεπτός ο αποκλεισμός, ούτε αποκλείστηκε διαγωνιζόμενος κατ' επίκληση του επίμαχου όρου της διακήρυξης περί εκτέλεσης του συνόλου των εργασιών από τον προσφέροντα. Περαιτέρω, ούτε ως ασάφεια της διακήρυξης μπορεί να θεωρηθεί ουσιώδης και πρόσφορη να ανατρέψει τη συμμετοχή οικονομικών

φορέων, αφενός λόγω των ρητών, ως άνω, προβλέψεων της διακήρυξης και αφετέρου διότι κατά πάγια νομολογία η ασάφεια των όρων κωλύει τον αποκλεισμό τους. Τέλος, η συμμετοχή στο διαγωνισμό ενός μόνον οικονομικού φορέα, εσφαλμένα κρίθηκε από την προσβαλλόμενη ότι υποδηλώνει τον περιορισμό του ανταγωνισμού συνεπεία της επίμαχης πρόβλεψης, πρωτίστως διότι η στήριξη στις ικανότητες τρίτων, αλλά και η υπεργολαβία, προβλεπόταν ρητά στις λοιπές διατάξεις της διακήρυξης, κατά του κύρους της οποίας δεν ασκήθηκε προδικαστική προσφυγή και ως εκ τούτου δεν ήταν πρόσφορη για τον περιορισμό του ανταγωνισμού. Αντίθετα οι δυσχερείς οικονομικές συνθήκες, οι αυξημένες δυσκολίες του έργου καθώς και η πολυπλοκότητα αυτού, που συνιστά μελέτη κατασκευή δικαιολογούν πλήρως, στη συγκεκριμένη περίπτωση, το μειωμένο ενδιαφέρον στον συγκεκριμένο διαγωνισμό, και καθιστούν μη ουσιώδη, για την έκβαση του συγκεκριμένου διαγωνισμού, την επίμαχη διάταξη.

ΣΤ. Η αναθέτουσα αρχή ενήργησε προδήλως με πλήρη πεποίθηση περί της νομιμότητας της διαδικασίας και δίχως σε καμία περίπτωση να εμφορείται από πρόθεση καταστρατήγησης των σχετικών νομοθετικών διατάξεων με γνώμονα αποκλειστικά την προστασία του δημοσίου συμφέροντος και την ικανοποίηση των αυξημένων αναγκών της σύμβασης και, συνεπώς, θα πρέπει να της αναγνωριστεί συγγνωστή πλάνη.

12. Κατόπιν όλων των ανωτέρω και λαμβανομένων υπόψη όλων των εγγράφων του φακέλου της υπόθεσης το Δικαστήριο κρίνει, κατά πλειοψηφία, τα εξής:

Α. Σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά ανωτέρω (βλ. σκ. 4 και 5), με τη διάταξη του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, με την οποία μεταφέρθηκε στην εθνική έννομη τάξη η διάταξη του άρθρου 63 της Οδηγίας 2014/24 της Ε.Ε., αφενός αναγνωρίζεται ρητά η δυνατότητα των οικονομικών φορέων να μετέχουν σε δημόσιους διαγωνισμούς στηριζόμενοι στις ικανότητες τρίτων φορέων και αφετέρου ρυθμίζονται εξαιρετικώς οι προϋποθέσεις, δυνάμει των οποίων μπορεί να υπάρξει περιορισμός του δικαιώματος αυτού. Συγκεκριμένα, με την παρ. 1 του άρθρου αυτού, που αποβλέπει στη δυνατότητα συμμετοχής περισσότερων επιχειρήσεων και στην ενίσχυση της συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων για την ανάπτυξη του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού προς όφελος και των αναθετουσών αρχών, η εκτέλεση του έργου από τον προσφέροντα επιτρέπεται να γίνεται όχι μόνον με τα μέσα/πόρους, που ίδιος διαθέτει, αλλά και με τα μέσα/πόρους τρίτων οικονομικών φορέων, που έχουν τεθεί στη διάθεσή του για το συγκεκριμένο έργο. Περιορισμός στο ως άνω δικαίωμα των προσφερόντων να στηρίζονται και στις ικανότητες τρίτων φορέων τίθεται με την παρ. 2 του άρθρου 78 του ως άνω νόμου (και αντίστοιχα παρ. 2 του άρθρου 63 της ως άνω Οδηγίας), με την οποία αναγνωρίζεται η δυνατότητα στην αναθέτουσα αρχή να απαιτήσει, για συγκεκριμένα ποσοτικά («ορισμένα») και ποιοτικά («κρίσιμα») προσδιορισμένα καθήκοντα, όπως η εκτέλεσή τους γίνει από τον ίδιο τον

προσφέροντα (ή από τον ένα συμμετέχοντα στην οικονομική ένωση), εφόσον, όμως, πρόκειται για εργασίες με ιδιαιτερότητες που απαιτούν ικανότητα μη δυνάμενη να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστονης ικανότητας περισσότερων οικονομικών φορέων. Ενόψει, δε, του εξαιρετικού χαρακτήρα της διάταξης αυτής, η ως άνω απαίτηση της αναθέτουσας αρχής θα πρέπει να σχετίζεται και να είναι ανάλογη προς το αντικείμενο της οικείας σύμβασης. Σε συμμόρφωση προς την ως άνω διάταξη, έχει συνταχθεί και η παράγραφος 22.ΣΤ «περί στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων» του πρότυπου τεύχους διακήρυξης της Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., η οποία στα πρώτα εδάφια περιλαμβάνει τον «κανόνα» της παραγράφου 1 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, που αφορά στο δικαίωμα του προσφέροντος οικονομικού φορέα να στηρίζεται στην οικονομική και τεχνική ικανότητα άλλων φορέων, ενώ στο τελευταίο εδάφιο του άρθρου αυτού, η συμπλήρωση του οποίου είναι προαιρετική, σύμφωνα με τη σχετική διευκρινιστική σημείωση, προβλέπεται, σε πλήρη αντιστοιχία προς τα οριζόμενα στην παράγραφο 2 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 η δυνατότητα περιορισμού του ως άνω δικαιώματος των συμμετεχόντων να στηρίζονται στις ικανότητες τρίτων, αναφέροντας ότι «(η) εκτέλεση των ... γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή, αν η προσφορά υποβάλλεται από ένωση οικονομικών φορέων, από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή», προκειμένου να συμπληρωθεί αναλόγως από τις αναθέτουσες αρχές, εφόσον το κρίνουν αναγκαίο, με την αναφορά των συγκεκριμένων καθηκόντων που απαιτείται να εκτελεστούν από τον προσφέροντα απευθείας, ήτοι χωρίς τη στήριξη του στις ικανότητες τρίτων. Στον ελεγχόμενο διαγωνισμό, η αναθέτουσα αρχή προχώρησε στη συμπλήρωση του ως άνω προαιρετικού εδαφίου, ορίζοντας ότι «η εκτέλεση του συνόλου των εργασιών γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα ή ... από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση», κρίνοντας ότι, όπως αναφέρεται στο 1808/12.8.2024 έγγραφό της (βλ. ανωτ. σκ. 8), όλες οι εργασίες/καθήκοντα, που αποτελούν το έργο είναι κρίσιμα κατά την έννοια του άρθρου 78 παρ. 2 του ν. 4412/2016, αφού λόγω της σπουδαιότητας και της πολυπλοκότητας του έργου είναι απαραίτητο ο Ανάδοχος να διαθέσει ο ίδιος τους απαραίτητους πόρους για την εκτέλεσή του.

Β. Ενόψει, λοιπόν, των ανωτέρω και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στις σκέψεις, που προηγήθηκαν, ο ως άνω όρος της διακήρυξης περί της υποχρεωτικής εκτέλεσης του συνόλου των εργασιών από τον προσφέροντα (ή από τον έναν συμμετέχοντα στην ένωση) είναι μη νόμιμος, καθώς σύμφωνα με την εξαιρετική διάταξη του άρθρου 78 παρ. 2 του ν. 4412/2016 (και το αντίστοιχο άρθρο 63 παρ. 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ) ο περιορισμός τους δικαιώματος των προσφερόντων να μετέχουν στο διαγωνισμό στηριζόμενοι στις ικανότητες τρίτων μπορεί να καμφθεί μόνον για ορισμένα (ποσοτικό κριτήριο) και κρίσιμα (ποιοτικό κριτήριο) καθήκοντα και όχι για το σύνολο του έργου. Περαιτέρω ούτε αιτιολογείται επαρκώς από την Αναθέτουσα Αρχή ούτε προκύπτει από τα στοιχεία του φακέλου ότι οι εργασίες που περιλαμβάνονται στο αντικείμενο της σύμβασης (κατασκευή

πεζοδρομίων, ποδηλατοδρόμων και ελεύθερων κοινόχρηστων χώρων με πράσινο) παρουσιάζουν ιδιαιτερότητες που απαιτούν ικανότητα μη δυνάμενη να προκύψει ως άθροισμα της ελάσσονος ικανότητας περισσότερων οικονομικών φορέων, υπό την προπεριγραφόμενη έννοια των εξαιρετικών περιστάσεων της παρ. 2 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016. Πρόκειται, συνεπώς, για έναν όρο της διακήρυξης, που περιορίζει, χωρίς βάσιμο λόγο, τον κύκλο των οικονομικών φορέων, που δικαιούνται να υποβάλλουν προσφορά και εμποδίζει την ανάπτυξη υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού και όχι για όρο που δημιουργεί ασάφεια, όπως αβάσιμα προβάλλει ο προσφεύγων. Ακόμη ομοίως απορριπτέοι τυγχάνουν και οι λοιποί ισχυρισμοί του διότι: i) Στον όρο 22ΣΤ της διακήρυξης περιλαμβάνεται, πράγματι, ο γενικός κανόνας της παρ. 1 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 περί της δυνατότητας στήριξης των προσφερόντων στις ικανότητες τρίτων, όμως, ο περιορισμός άσκησης του ως άνω δικαιώματος με το τελευταίο, ως άνω, εδάφιο του όρου αυτού για το σύνολο του έργου, δεν καταλείπει, τελικά, πεδίο εφαρμογής της ως άνω δυνατότητας και, συνεπώς, ουδόλως την επιτρέπει, ρητά και πανηγυρικά, όπως αβασίμως προβάλλει ο προσφεύγων. Τα ως άνω ισχύουν και για τη δυνατότητα, που παρέχεται στο άρθρο 25 της διακήρυξης, όπως μέρος του έργου ανατεθεί σε υπεργολάβο. ii) Στο ίδιο συμπέρασμα καταλήγει κανείς και από την συστηματική ερμηνεία των όρων της διακήρυξης, καθώς από τη νομοτεχνική κατάστρωση του όρου αυτού (και του αντίστοιχου άρθρου 78 του ν. 4412/2016) αρχικά προβλέπεται η δυνατότητα στήριξης των προσφερόντων στις ικανότητες τρίτων, όμως αυτή τελεί υπό τον περιορισμό του τελευταίου εδαφίου, που στη συγκεκριμένη περίπτωση εκτείνεται στο σύνολο του έργου, χωρίς, επομένως, να καταλείπεται, τελικά, κάποιο κομμάτι του έργου, για το οποίο να μπορεί να γίνει επίκληση δάνειας εμπειρίας ή υπεργολαβίας. iii) Η αληθής έννοια του περιορισμού που τίθεται με την παρ. 2 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 και την αντίστοιχη διάταξη της Οδηγίας 2014/24 της ΕΕ έχει αποδοθεί από τα ευρωπαϊκά και εθνικά δικαστήρια (βλ. ανωτ. σκ. 5) και δεν εναπόκειται στη διακριτική ευχέρεια της εκάστοτε αναθέτουσας αρχής να την ερμηνεύσει. Εξάλλου η επικαλούμενη από τον προσφεύγοντα ως προφανής έννοια του ως άνω όρου ότι δηλαδή εννοεί ότι η εκτέλεση του έργου θα γίνει από τον προσφέροντα, με τους πόρους/μέσα, που ο ίδιος διαθέτει, είτε αυτοί του ανήκουν είτε του παρέχονται από τρίτο πάροχο στήριξης, αποτελεί την ερμηνεία της παρ. 1 του άρθρου 78 του ν. 4412/2016, όπου ρητά δίνεται η δυνατότητα στον προσφέροντα να εκτελέσει το έργο όχι μόνον με ίδιους πόρους/μέσα αλλά και με αυτά που θα διαθέτει, λόγω της παροχής τους από τον δανείζοντα τρίτο. Άλλωστε ούτε η Αναθέτουσα Αρχή ερμήνευσε κατά τον ως άνω προβαλλόμενο τρόπο τον όρο αυτό της διακήρυξης στο προαναφερθέν, 1808/12.8.2024, έγγραφό της, όπου θεωρώντας ως υποχρέωσή της να εξασφαλίσει την αξιοπιστία του Αναδόχου, υπογράμμισε ότι ο ίδιος ο ανάδοχος θα πρέπει να διαθέσει τους απαραίτητους πόρους. iv). Η πολυπλοκότητα του έργου, η οποία, πάντως, δεν συνδέεται με τις υπό εκτέλεση εργασίες αλλά με το γεγονός ότι το

έργο εκτελείται εντός του πυκνού ιστού της πόλης, η σπουδαιότητα του έργου και η ανάγκη συντονισμού των εργασιών για την άρτια και έγκαιρη ολοκλήρωσή του, αποτελούν ιδιαιτερότητες του έργου που πρέπει να λαμβάνονται υπόψη κατά την κατάσχεση της διακήρυξης, ώστε οι όροι αυτής να εξασφαλίζουν ότι οι προσφέροντες θα ανταποκριθούν στις ιδιαίτερες αυτές απαιτήσεις και δεν αιτιολογεί τον περιορισμό της δυνατότητάς τους να εκτελέσουν τις εργασίες που περιλαμβάνονται σε αυτό με τη στήριξη και στις ικανότητες τρίτων.

Γ. Όπως ήδη αναφέρθηκε και στην προηγούμενη σκέψη, η καθοριζόμενη στη διακήρυξη, η οποία αποτελεί κανονιστική διοικητική πράξη, απαίτηση για εκτέλεση του συνόλου του έργου της υπό ανάθεση σύμβασης υποχρεωτικά από τον ίδιο τον προσφέροντα, ή μόνον από τον έναν συμμετέχοντα στην ένωση εταιρειών, περιορίζει ευθέως τον κύκλο των οικονομικών φορέων, που δικαιούνται να υποβάλλουν προσφορά και συνεπώς αντιτίθεται ευθέως στον σκοπό της οικείας ενωσιακής και εθνικής νομοθεσίας που συνίσταται στην ανάπτυξη όσο το δυνατόν ευρύτερου ανταγωνισμού και στη διευκόλυνση της συμμετοχής των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις. Ενόψει αυτών, ο ως άνω, μη νόμιμος όρος της διακήρυξης, παρίσταται στην προκειμένη περίπτωση ουσιώδης και καθιστά μη νόμιμη την ελεγχόμενη διαδικασία στο σύνολό της, διότι εντοπίζεται στις διατάξεις που καθορίζουν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον επίμαχο διαγωνισμό και αντικειμενικά είναι πρόσφορος να νοθεύσει τον ελεύθερο ανταγωνισμό, αφού λειτουργεί αποτρεπτικά σε επίπεδο εκδήλωσης ενδιαφέροντος συμμετοχής από μικρομεσαίες επιχειρήσεις που δεν έχουν τη δυνατότητα παροχής των ζητούμενων υπηρεσιών χωρίς δάνεια εμπειρία, ανταγωνισμός που ουδόλως αναπτύχθηκε στον ελεγχόμενο διαγωνισμό δεδομένου ότι υποβλήθηκε μία μόνον προσφορά. Οι δυσχερείς οικονομικές συνθήκες, οι αυξημένες δυσκολίες του έργου και το μειωμένο ενδιαφέρον που υπάρχει, γενικά, στους διαγωνισμούς με το σύστημα μελέτης κατασκευής, που προβάλλει ο προσφεύγων και αληθείς υποτιθέμενοι, όχι μόνον δεν αποσυνδέουν τον ως άνω αντικειμενικό περιορισμό, που τέθηκε με τον ως άνω όρο της διακήρυξης, στη συμμετοχή των ενδιαφερομένων, αλλά, αντίθετα, καθιστούν τον όρο αυτό ακόμη περισσότερο περιοριστικό, καθώς αν η αναθέτουσα αρχή γνώριζε ότι οι ανωτέρω παράγοντες ενδέχεται να μειώσουν τον ανταγωνισμό, όφειλε να συντάξει τους όρους της διακήρυξης κατά τρόπο που να διευκολύνει την ανάπτυξη του ανταγωνισμού και όχι με τρόπο, που θα δημιουργεί περαιτέρω εμπόδια και δυσκολίες για τους οικονομικούς φορείς που θα ήθελαν να συμμετάσχουν. Εξάλλου, η μη άσκηση διευκρινιστικών ερωτημάτων επί της διακήρυξης οφείλεται στο ότι δεν υπήρχε καμία ασάφεια ως προς τη μη δυνατότητα στήριξης των ενδιαφερομένων στις ικανότητες τρίτων, ενώ η μη προσβολή του ως άνω όρου της διακήρυξης δεν καθιστά αυτόν μη ουσιώδη, ούτε αποτελεί απόδειξη ότι δεν υπήρχαν άλλοι ενδιαφερόμενοι, καθώς αποτελεί υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής, η οποία οφείλει να ενεργεί πάντοτε με γνώμονα το δημόσιο συμφέρον, να εξασφαλίζει την ελεύθερη και απρόσκοπτη

συμμετοχή των οικονομικών φορέων στους διαγωνισμούς και όχι να μετακυλίζει σε αυτούς το βάρος προσβολής των όρων που θα οδηγούσαν στον ενδεχόμενο αποκλεισμό τους. Τέλος, ομοίως απορριπτέος τυγχάνει και ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος ότι ενήργησε με πλήρη πεποίθηση περί της νομιμότητας της διαδικασίας με γνώμονα αποκλειστικά την προστασία του δημοσίου συμφέροντος και την ικανοποίηση των αυξημένων αναγκών της ελεγχόμενης σύμβασης, καθόσον η συγγνωστή πλάνη των οργάνων της αναθέτουσας αρχής που διενεργούν τη διαδικασία ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης δεν αποτελεί παραδεκτό λόγο προσφυγής ανάκλησης, όπως ορθά κρίθηκε και με την προσβαλλόμενη απόφαση (βλ. ΕλΣυν αποφ. Ολ. 1325/2023, σκ. 22, 505/2021, σκ. 33, Έβδ. Τμ. 1638/2023, σκ. 27, 741/2022, σκ. 13, και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

13. Μειοψήφησαν η Πρόεδρος Σωτηρία Ντούνη και οι Αντιπρόεδροι Ασημίνα Σαντοριναίου και Ελένη Λυκεσά, οι οποίες διατύπωσαν την ακόλουθη γνώμη:

13.1. Λαμβανομένου υπόψη ότι στο άρθρο 22ΣΤ της διακήρυξης προβλέπεται καταρχάς η δυνατότητα των προσφερόντων να στηριχτούν στις ικανότητες τρίτων, ενώ στο τελευταίο εδάφιο αυτού ότι η εκτέλεση του συνόλου του έργου θα γίνεται υποχρεωτικά από τον προσφέροντα και στο άρθρο 25, η δυνατότητα ανάθεσης μέρους του έργου σε υπεργολάβο, δημιουργείται ασάφεια και σύγχυση αναφορικά με τη δυνατότητα επίκλησης από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς της δάνειας εμπειρίας άλλων φορέων. Η αντιφατικότητα αυτή των ως άνω όρων ενδέχεται να λειτουργήσει αποτρεπτικά ως προς τη συμμετοχή στον διαγωνισμό των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων και να πλήξει, ούτω, τον ανταγωνισμό, συνιστά, δε, πλημμέλεια της διαγωνιστικής διαδικασίας.

13.2. Ωστόσο, από τις απαρχές ήδη του προσυμβατικού ελέγχου, το Δικαστήριο διακρίνει μεταξύ πλημμελειών και ουσιωδών πλημμελειών, καταλήγει δε σε αρνητική κρίση ως προς την υπογραφή της σύμβασης μόνον όταν μπορεί να διαπιστωθεί, με ειδική σκέψη, ότι η νομική πλημμέλεια που έχει εντοπιστεί είναι πράγματι ουσιώδης. Συνακόλουθα, μία πλημμέλεια δεν κρίνεται ουσιώδης κατά τρόπο αφηρημένο και θεωρητικό, αλλά ενόψει των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης διαδικασίας που ελέγχεται και από την Ολομέλεια, η οποία, όταν επιλαμβάνεται προσφυγής αναθεώρησης, ερευνά την υπόθεση ως δικαστήριο δεύτερου βαθμού πλήρους δικαιοδοσίας, εξετάζοντας όλες τις απαιτούμενες προϋποθέσεις για τη νομιμότητα της ελεγχόμενης σύμβασης. Και ναι μεν μπορεί πράγματι μία πλημμέλεια να είναι ουσιώδης καθεαυτή, *per se*, αλλά το Δικαστήριο, για να κρίνει ότι συντρέχει τέτοια περίπτωση, πρέπει να το αιτιολογήσει ειδικώς, καθόσον μόνο σε εξαιρετικές περιπτώσεις χωρεί παρέκκλιση από τον πιο πάνω εκτεθέντα κανόνα, ότι δηλαδή η αρνητική κρίση του Δικαστηρίου ως προς την υπογραφή μιας υποβληθείσας προς έλεγχο σύμβασης διεξάγεται σε δύο διαφορετικές σκέψεις, οι οποίες και οι δύο στηρίζονται σε ανάλυση συγκεκριμένων δεδομένων της υπό έλεγχο διαδικασίας (βλ. ΕλΣυν Ολ.

376/2024 σκ. 32, 981/2023 σκ. 17, 2037/2022 σκ. 12, 1853/2022 σκ. 9, 1716/2022 σκ. 30, 2498/2020 σκ. 20, 2141/2020 σκ. 20).

13.3. Ενόψει, συνεπώς, όσων εκτέθηκαν ανωτέρω (σκ. 13.1 και 13.2), η διαπιστωθείσα πλημμέλεια της ελεγχόμενης διαγωνιστικής διαδικασίας δεν κρίνεται ουσιώδης ενόψει των συγκεκριμένων πραγματικών δεδομένων αυτής. Ειδικότερα: **i.** στα συστήματα μελέτης-κατασκευής (άρθρο 50 του ν. 4412/2016) υπάρχει συνηθέστατα πολύ μικρή συμμετοχή, όπως επισημαίνεται και στο σημείο 11 της γνώμης του Γενικού Επιτρόπου της Επικρατείας επί της κρινόμενης υπόθεσης, **ii.** βάσει των κριτηρίων της διακήρυξης, τα οποία κρίθηκαν νόμιμα (πλην του επίμαχου, εν προκειμένω, όρου), δεν γίνεται παραπομπή στις ανώτατες τάξεις του ΜΕΕΠ-ΜΗΕΕΔΕ (πρβλ. ΕλΣυν Ε΄ Κλιμ. 53/2024 σκ. 3.3., 3.5. και 4), με αποτέλεσμα στον διαγωνισμό να μπορούσαν να συμμετάσχουν πλείονες, κατά τα διδάγματα της κοινής πείρας και λογικής, οικονομικοί φορείς, **iii.** οι ευλόγως ενημερωμένοι και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια οικονομικοί φορείς (βλ. συναφώς ΕλΣυν Ολ. 1471/2024 σκ. 5.3, Έβδομο Τμ. 1195/2024 σκ. 13.2, 535/2024 σκ. 9.4, ΔΕΕ, 17.6.2021, C-23/20, Simonsen & Weel A/S σκ. 61 και ΔΕΕ, 7.4.2016, C-324/14, Partner Apelski Dariusz σκ. 61) θα είχαν εκδηλώσει το ενδιαφέρον τους, εφόσον έκριναν αυτό σκόπιμο, δοθέντος του σημαντικού οικονομικού αντικειμένου της ελεγχόμενης διαδικασίας (προϋπολογιζόμενη δαπάνης 18.991.935,48 ευρώ, προ ΦΠΑ) και δοθέντος ότι δεν αμφισβητείται η τήρηση των απαιτήσεων δημοσιότητας (βλ. σκ. 6 της προσβαλλόμενης απόφασης) **iv.** δεν προκύπτει η υποβολή διευκρινιστικών ερωτήσεων, περί της έννοιας του επίμαχου όρου της διακήρυξης, από τρίτους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, υποβλήθηκε, δε, μία μόνο προσφορά (της παρεμβαίνουσας) και, τελικά, ουδεμία προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε από τρίτους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς (βλ. σκ. 7 της προσβαλλόμενης απόφασης), με αποτέλεσμα οι όροι της διακήρυξης να γίνουν αποδεκτοί (πρβλ. ΕλΣυν Ολ. 376/2024 σκ. 33.στ., 1831/2021 σκ. 30, 2141/2020 σκ. 21, Έβδομο Τμ. 1029/2024 σκ. 32). Συνεπώς, δεν προκύπτει ότι κάποιος ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας περιήλθε, σε μη αμελητέο βαθμό, σε μειονεκτική θέση έναντι των υπολοίπων (πρβλ. ΕλΣυν Έβδομο Τμ. 1195/2024 σκ. 13.2.γ, ΔΕΕ, 20.9.2018, C-518/17, Stefan Rudigier, σκ. 69), με αποτέλεσμα να μην χρειάζεται να τεθεί σε διακινδύνευση η απρόσκοπτη υλοποίηση και έγκαιρη ολοκλήρωση του ελεγχόμενου έργου που χρηματοδοτείται από το Ταμείο Ανάκαμψης και Ανθεκτικότητας (βλ. συναφώς ΕλΣυν Έβδομο Τμ. 1029/2024 σκ. 21, 535/2024 σκ. 6.2, 1162/2023 σκ. 9, 25, VI Τμ. 1216/2020 σκ. 6).

14. Κατά τη συγκλίνουσα προς τη μειοψηφούσα άποψη γνώμη της Συμβούλου Γεωργίας Τζομάκα, ο ως άνω όρος της διακήρυξης περί της υποχρεωτικής εκτέλεσης του συνόλου των εργασιών από τον προσφέροντα (ή από τον έναν συμμετέχοντα στην ένωση) είναι μη νόμιμος, κατά τα αναλυτικότερον συναφώς εκτεθέντα από την πλειοψηφούσα άποψη (σκ. 12.A, 12.B), στην οποία

και γίνεται παραπομπή προς αποφυγή επαναλήψεων. Η πλημμέλεια αυτή, ωστόσο, δεν είναι ουσιώδης, ενόψει όσων εκτίθενται στις σκέψεις 13.2 και 13.3 της μειοψηφούσας γνώμης.

15. Κατόπιν των ανωτέρω, μετά την απόρριψη όλων των προβαλλόμενων λόγων αναθεώρησης, πρέπει η προσφυγή αναθεώρησης και η υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση να απορριφθούν και να διαταχθεί η κατάπτωση υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου του κατατεθέντος από τον προσφεύγοντα παραβόλου (άρθρα 336 παρ. 1 και 310 παρ. 1 εδ. α' του ν. 4700/2020).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή αναθεώρησης και την υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση.

Δεν αναθεωρεί τη 1674/2024 απόφαση του Εβδόμου Τμήματος.

Διατάσσει την κατάπτωση υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου του κατατεθέντος από τον προσφεύγοντα παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε σε τηλεδιάσκεψη στις ..., κατ' εφαρμογή του άρθρου 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ**

**Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ
ΙΩΑΝΝΑ ΕΥΘΥΜΙΑΔΟΥ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ ΤΣΑΛΑ**

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση, στις 5 Φεβρουαρίου 2025.
(βλ. πρακτικό δημοσίευσης με όμοια ημερομηνία).

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΣΤΑΥΡΟΥΛΑ ΤΣΑΛΑ**