

ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, την 1^η Μαρτίου 2022, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Τμήματος, Αργυρώ Μαυρομάτη και Ιωάννης Καλακίκος, Σύμβουλοι, Ευπραξία Δημολιού και Ιωάννης Νταλαχάνης, Πάρεδροι που μετέχουν με γνώμη συμβουλευτική.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο: Παραστάθηκε ο Αντεπίτροπος της Επικρατείας Ευάγγελος Καραθανασόπουλος, που αναπληρώνει νόμιμα τον Γενικό Επίτροπο της Επικρατείας, ο οποίος κωλύεται.

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού.

Για να αποφασίσει σχετικά με:

α) την από 14.3.2022 (Α.Β.Δ.) προσφυγή της εταιρείας με την επωνυμία «.....» (δ.τ.και Α.Φ.Μ.), που εδρεύει στη (.....) και εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία παραστάθηκε δια του πληρεξουσίου δικηγόρου της Ιωάννη Παραρά (Α.Μ./Δ.Σ.Α. 21501) και

β) την, δια του Υπουργείου, από 15.3.2022 (Α.Β.Δ.) προσφυγή του Ελληνικού Δημοσίου, νομίμως εκπροσωπούμενο, που παραστάθηκε δια της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Ανδριανής Κατσαρού (Α.Μ. Ν.Σ.Κ. 302).

Με τις ανωτέρω προσφυγές ζητείται η ανάκληση της Πράξης του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Το Ελληνικό Δημόσιο εκπροσωπούμενο από τον Υπουργό Οικονομικών, παραστάθηκε δια της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Μαρίας Γραμματικάκη.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Τους πληρεξουσίου των προσφευγόντων, που ζήτησαν να γίνουν δεκτές οι προσφυγές ανάκλησης.

Την Πάρεδρο του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους, που ζήτησε να γίνουν δεκτές οι προσφυγές ανάκλησης. Και

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος πρότεινε την παραδοχή των προσφυγών ανάκλησης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση, το Δικαστήριο συνήλθε, κατ' εφαρμογή του άρθρου 295 παρ. 2 του ν.4700/2020, σε διαδικτυακή τηλεδιάσκεψη που διενεργήθηκε μέσω της δημόσιας υπηρεσίας e-presence.gov.gr..

Αφού άκουσε την εισήγηση του Συμβούλου Ιωάννη Καλακίκου

Μελέτησε τα στοιχεία του φακέλου

Σκέφθηκε σύμφωνα με το νόμο και αποφάσισε τα ακόλουθα:

1. Με την Πράξη του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου (στο εξής: προσβαλλόμενη Πράξη) έγινε δεκτό ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης, μεταξύ του Υπουργείου και του εργολήπτη με την επωνυμία «.....» (δ.τ. «.....»), που αφορά στην ανάθεση του έργου «Κατασκευή πολυδύναμου κτηρίου» (στο εξής: ελεγχόμενη σύμβαση).

2. Με την κρινόμενες προσφυγές α) του Ελληνικού Δημοσίου, διά του Υπουργείου, ως αναθέτουσας αρχής της ελεγχόμενης σύμβασης [στο εξής: προσφεύγουσα Αναθέτουσα Αρχή (Α.Α.)] –για την άσκηση της οποίας δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου [βλ. άρθρα 308 παρ. 3, 335 παρ. 1 και 336 παρ. 1 του ν. 4700/2020 «Ενιαίο κείμενο Δικονομίας για το Ελεγκτικό Συνέδριο, ολοκληρωμένο νομοθετικό πλαίσιο για τον προσυμβατικό έλεγχο ...» (Α΄ 127), στο εξής Δικ.Ελ.Συν.] και β) του εργολήπτη με την επωνυμία «.....», ως αναδόχου της ελεγχόμενης σύμβασης (στο εξής: προσφεύγων Ανάδοχος) –για την άσκηση της οποίας έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό πληρωμής)- ζητείται παραδεκτώς η ανάκληση της προσβαλλόμενης Πράξης. Στρεφόμενες δε οι ανωτέρω προσφυγές ανάκλησης κατά της ίδιας πράξης, πρέπει, κατ' εφαρμογή του άρθρου 334 παρ. 4 του ν.4700/2020, να συνεξετασθούν.

3. Από τα έγγραφα της διαδικασίας ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, προκύπτουν τα ακόλουθα: Με την Διακήρυξη της προσφεύγουσας Α.Α.

προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτής διαδικασίας, μέσω του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη προσφερόμενη τιμή, για τη σύναψη της ελεγχόμενης σύμβασης, εκτιμώμενης, χωρίς Φ.Π.Α., δαπάνης 2.286.273,96 ευρώ. Μέχρι την ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία (29.12.2020) υποβλήθηκαν πέντε (5) προσφορές. Μετά την ολοκλήρωση των σταδίων ελέγχου των υπο-φακέλων «Δικαιολογητικά Συμμετοχής» και «Οικονομική Προσφορά» απορρίφθηκαν, για τον λόγο ότι δεν πληρούσαν τα απαιτούμενα από τη Διακήρυξη κριτήρια ποιοτικής επιλογής, οι, κατά σειρά μειοδοσίας, προσφορές των 1^ο έως και 4^ο προσφερόντων και το αποτέλεσμα της διαδικασίας ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης κατακυρώθηκε στον προσφεύγοντα Ανάδοχο (5^ο μειοδότη), χωρίς, κατά του κύρους της κατακύρωσης, να ασκηθούν προδικαστικές προσφυγές.

4. Με την προσβαλλόμενη Πράξη έγινε δεκτό ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου της ελεγχόμενης σύμβασης, για τον λόγο ότι το αποτέλεσμα της διαδικασίας ανάθεσης μη νομίμως ανατέθηκε στον προσφεύγοντα Ανάδοχο, 5^ο κατά σειρά μειοδοσίας (με ποσοστό μέσης έκπτωσης 15,38%), καθόσον δεν έπρεπε να απορριφθεί η προσφορά του προσφέροντος τη χαμηλότερη τιμή, 3^ο κατά σειρά μειοδοσίας προσφέροντος, εργοληπτικής επιχείρησης με την επωνυμία «.....» και με δ.τ. «.....» (με ποσοστό μέσης έκπτωσης 41,22%, στο εξής: 3^ος Μειοδότης). Τα επιμέρους αιτιολογικά ερείσματα της εκφερόμενης με την προσβαλλόμενη Πράξη ως άνω κρίσης είναι τα ακόλουθα: **α)** Μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του 3^ο Μειοδότη, για τον λόγο μη πλήρωσης του τεθέντος με το άρθρο 22.Γ.α' της Διακήρυξης κριτηρίου επιλογής, που απαιτούσε μέσο όρο ετήσιου κύκλου εργασιών τελευταίας τριετίας ανερχόμενου κατ' ελάχιστο στο 100% της εκτιμώμενης αξίας της ελεγχόμενης σύμβασης. Τούτο, διότι η αιτιολογία της ως άνω απόρριψης, σύμφωνα με την οποία ο 3^ος Μειοδότης δεν μπορούσε να στηριχθεί στην επικαλούμενη αντίστοιχη ικανότητα του οικονομικού φορέα «.....», αφού ούτε αυτός πληρούσε αυτοτελώς τη συγκεκριμένη απαίτηση, παρίσταται αυθαίρετη, καθόσον ο εν λόγω περιορισμός, με τον οποίο η σχετική απαίτηση πρέπει να πληρούται αυτοτελώς από τον δανείζοντα οικονομικό φορέα κι όχι αθροιστικά από τον

δανειζοντα και τον δανειζόμενο, δεν ερείδεται σε καμία διάταξη του διέποντος τη διαδικασία ανάθεσης νομοθετικού πλαισίου, ούτε σε σχετικό ρητό όρο της Διακήρυξης. β) Είναι μη νόμιμη και η επιπρόσθετη αιτιολογία απόρριψης της προσφοράς του 3^{ου} Μειοδότη, σύμφωνα με την οποία ο παρέχων τη δάνεια εμπειρία οικονομικός φορέας «.....», στο αντίστοιχο πεδίο του κατατεθέντος απ' αυτόν Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.) δεν δήλωσε αν διαθέτει ή όχι τα πρότυπα διασφάλισης ποιότητας και περιβαλλοντικής διαχείρισης που απαιτούνταν με το άρθρο 22.Ε. της Διακήρυξης και σε καταφατική απάντηση ότι είναι σε θέση να τα υποβάλει. Τούτο, διότι, σύμφωνα με το άρθρο 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016 (Α' 147), ο έλεγχος της ικανότητας των οικονομικών φορέων που παρέχουν τη δάνεια εμπειρία αφορά αποκλειστικά και μόνο στα ειδικά προσόντα που «δανειζουν» στον προσφέροντα και δεν απαιτείται η από μέρους τους πλήρωση των εν γένει κριτηρίων επιλογής που απαιτούνται από τη διακήρυξη. Η κρίση αυτή του Κλιμακίου, με την οποία, σε κάθε περίπτωση, ορθώς εφαρμόστηκαν οι σχετικές περί δάνειας εμπειρίας διατάξεις του άρθρου 78 του ν. 4412/2016 και οι όροι της Διακήρυξης (βλ. αποφ. του Τμήματος τούτου 1474/2021 σκ. 5.2, 1161/2021 σκ. 12, ΕΑ ΣτΕ 51/2014 σκ. 8 και 17, ΔΕφΑθ. 901/2021 σκ. 6), δεν προσβάλλεται με τις κρινόμενες προσφυγές και, ως εκ τούτου, δεν αποτελεί, κατά την παρούσα διαδικασία, μεταβιβασθέν εξεταζόμενο κεφάλαιο της προσβαλλόμενης Πράξης.

5. Με τις κρινόμενες προσφυγές ζητείται η ανάκληση της προσβαλλόμενης Πράξης, προς στήριξη δε του αιτήματος αυτού αμφότεροι οι προσφεύγοντες, όπως έκαστος εξ αυτών αναπτύσσει τους ισχυρισμούς του, προβάλλουν τρεις (3) λόγους ανάκλησης. Κατά την εξέταση των ανωτέρω λόγων ανάκλησης, σύμφωνα με το σύστημα κατανομής των αρμοδιοτήτων μεταξύ του Τμήματος και του Κλιμακίου κατά την άσκηση του προσυμβατικού ελέγχου νομιμότητας που εγκατέστησε ο ν. 4700/2020 με τις διατάξεις των άρθρων 324 επ., γίνεται δεκτό ότι πέραν των πλημμελειών που αναδεικνύονται με την προσβαλλόμενη Πράξη δεν διαπιστώθηκαν άλλες πλημμέλειες και το Τμήμα, κατά την εξέταση της κρινόμενης προσφυγής ανάκλησης, δεν μπορεί, υπερβαίνοντας την οιονεί δικαιοδοτική του αρμοδιότητα, να ασκήσει και πρωτογενή ελεγκτική λειτουργία εγείροντας νέο διακωλυτικό λόγο της

υπογραφής του σχεδίου της ελεγχόμενης σύμβασης (βλ. Ελ.Συν.Ολ. 505/2021 σκ. 6).

6. Με τον πρώτο εξεταζόμενο λόγο ανάκλησης, ο οποίος προβάλλεται και με τις δύο κρινόμενες προσφυγές, πλήττεται το ως άνω καταγραφέν, στη σκέψη 4 υπό στ. α', αιτιολογικό έρεισμα του διαπιστωθέντος με την προσβαλλόμενη Πράξη διακωλυτικού της υπογραφής του σχεδίου της ελεγχόμενης σύμβασης λόγου. Σύμφωνα δε με τον λόγο αυτόν ανάκλησης, κατ' εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή των κρίσιμων διατάξεων του ν. 4412/2016 και των όρων της Διακήρυξης, κρίθηκε με την προσβαλλόμενη Πράξη ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του 3^{ου} Μειοδότη, λόγω της, μη ερειδόμενης στο νόμο και στη Διακήρυξη, απαίτησης ο οριζόμενος μέσος όρος του ετήσιου κύκλου εργασιών να πληρούται αυτοτελώς και από τον δανείζοντα οικονομικό φορέα. Ειδικότερα, προβάλλεται ότι από τον όρο του άρθρου 22.Γ. της Διακήρυξης, με τον οποίο επιβάλλεται το επίμαχο κριτήριο επιλογής και ο οποίος ορίζει, μεταξύ άλλων, ότι «σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω όροι πρέπει να καλύπτονται τουλάχιστον από το ένα μέλος της ένωσης», προκύπτει ότι, στις περιπτώσεις ενώσεων οικονομικών φορέων, τα προβλεπόμενα από τη διακήρυξη κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας πρέπει να πληρούνται εξ ολοκλήρου από ένα τουλάχιστον μέλος της ένωσης, χωρίς δυνατότητα άθροισης των οικονομικών στοιχείων των μελών της. Σύμφωνα δε με το άρθρο 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016, η ένωση οικονομικών φορέων μπορεί να στηρίζεται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων υπό τους ίδιους όρους που ισχύουν για τους συμμετέχοντες που υποβάλλουν αυτοτελώς προσφορά. Συνεπώς, αν για την ένωση απαγορεύεται, ρητώς από τη Διακήρυξη, η μερική επίκληση ικανοτήτων των μελών της, η απαγόρευση αυτή (της μερικής επίκλησης ικανοτήτων) εκτείνεται, για την ταυτότητα του νομικού λόγου, και στην ένωση όταν στηρίζεται σε τρίτους αλλά και στους προσφέροντες που δεν συμμετέχουν ως ένωση, όταν στηρίζονται σε τρίτους. Επιπροσθέτως, η απουσία οιασδήποτε ρύθμισης στη Διακήρυξη, αναφορικά με τον τρόπο και τους όρους άθροισης των οικονομικών στοιχείων προσφέροντος και δανείζοντος, σε περίπτωση μερικής επίκλησης δάνειας ικανότητας, καταδεικνύει ότι τέτοια άθροιση δεν είναι επιτρεπτή. Ενόψει των ανωτέρω, καμία ασάφεια δεν εμφιλοχώρησε στη

Διακήρυξη, αντιθέτως προκύπτει ευκρινώς ότι η μερική επίκληση δάνειας ικανότητας απαγορεύεται και, ως εκ τούτου, ορθώς απορρίφθηκε, για τον λόγο αυτόν, η προσφορά του 3^{ου} Μειοδότη.

7. Με το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147) παρέχεται στις αναθέτουσες αρχές η δυνατότητα να μπορούν να επιβάλλουν με την προκήρυξη μίας δημόσιας σύμβασης τις απαιτήσεις εκείνες («κριτήρια επιλογής»), που, κατά την κρίση τους, διασφαλίζουν ότι οι προσφέροντες διαθέτουν τις αναγκαίες χρηματοοικονομικές ικανότητες για την εκτέλεσή της σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, ανάλογα με το αντικείμενό της. Περαιτέρω, το άρθρο 78 («Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων») ορίζει: στην παρ. 1, ότι «1. Όσον αφορά στα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 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. (...)», και, στην παρ. 2, ότι «[σ]την περίπτωση συμβάσεων έργων (...) 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 (...) από έναν από τους συμμετέχοντες στην ένωση αυτή.».

8. Από τις παρατεθείσες στην προηγούμενη σκέψη διατάξεις συνάγονται και τα ακόλουθα: Ο οικονομικός φορέας, που δεν πληροί ο ίδιος τα τεθέντα με την προκήρυξη κριτήρια επιλογής, μπορεί να επικαλείται τις σχετικές ικανότητες «άλλων φορέων», με τους οποίους συνδέεται με άμεσους ή έμμεσους δεσμούς («δάνεια ικανότητα»), εφόσον αποδεικνύει ότι θα έχει πράγματι στη διάθεση του τη δάνεια αυτή ικανότητα που είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης. Από τη γραμματική ερμηνεία των διατάξεων του άρθρου 78 παρ. 1, στις οποίες γίνεται συστηματική χρήση του πληθυντικού αριθμού με αναφορά πάντα σε στήριξη στις ικανότητες «άλλων φορέων», προκύπτει ότι οι διατάξεις αυτές δεν απαγορεύουν, κατ' αρχήν, στους υποψηφίους να προσφεύγουν στις ικανότητες περισσοτέρων τρίτων για να αποδείξουν ότι καλύπτουν τα

απαιτούμενα ελάχιστα επίπεδα ικανοτήτων. Κατά μείζονα λόγο, οι εν λόγω διατάξεις δεν θεσπίζουν, κατ' αρχήν, απαγόρευση προσφυγής ενός προσφέροντος στις ικανότητες ενός ή περισσοτέρων τρίτων, επιπλέον των δικών τους ικανοτήτων, για την πλήρωση των κριτηρίων που τάσσει η αναθέτουσα αρχή. Συνεπώς, γίνεται δεκτό ότι το άρθρο 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016 επιτρέπει τη σώρευση των ικανοτήτων πλειόνων οικονομικών φορέων προς εκπλήρωση των ελαχίστων απαιτήσεων ικανότητας που θέτει η αναθέτουσα αρχή, στο μέτρο που αποδεικνύεται ότι ο προσφέρων, που επικαλείται τις ικανότητες ενός ή περισσοτέρων άλλων φορέων, θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τα μέσα αυτών τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης. Εξάλλου, η ως άνω ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό οδηγίες προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών αρχών (βλ., υπ' αυτήν την έννοια, ΔΕΕ απόφαση της 23.12.2009, C-305/08, σκ. 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Επιπλέον, μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο ομοίως επιδιώκει η οδηγία 2014/24/ΕΕ (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 2, 59, 78, βλ. και ΔΕΕ απόφαση της 10.10.2013, C-94/12, σκ. 34), οι ρυθμίσεις της οποίας μεταφέρθηκαν στην εθνική έννομη τάξη με τις αντίστοιχες διατάξεις του ν. 4412/2016. Ωστόσο, δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο, κατ' εξαίρεση, να υπάρχουν εργασίες με ιδιαιτερότητες που απαιτούν ικανότητα μη δυνάμενη να προκύψει ως άθροισμα της ελάσσονος ικανότητας περισσότερων οικονομικών φορέων. Για τον λόγο αυτό, σε μια τέτοια περίπτωση, στο άρθρο 78 παρ. 2 του ν. 4412/2016 προβλέπεται ότι η αναθέτουσα αρχή μπορεί ευλόγως να απαιτήσει «την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων» από έναν μόνον οικονομικό φορέα, στον βαθμό που η απαίτηση αυτή σχετίζεται και είναι ανάλογη προς το αντικείμενο της οικείας σύμβασης (βλ. ΔΕΕ αποφ., της 2.6.2016, C-27/15, σκ. 24, 26, 27 και 28 της 10.10.2013, C-94/12, σκ. 30, 33, 34, 35 και 36).

9. Η Διακήρυξη της ελεγχόμενης σύμβασης ορίζει: **α)** Στο άρθρο 22.Γ. περ. α', σχετικά με την απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των προσφερόντων, ότι «(...) οι οικονομικοί φορείς πρέπει να

διαθέτουν, επί ποινή αποκλεισμού τα παρακάτω: α. Δήλωση κύκλου εργασιών στον τομέα των δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις (ισολογισμοί), με μέσο όρο (Μ.Ο.) κατ' ελάχιστο το 100% του της διακήρυξης (χωρίς αναθεώρηση και ΦΠΑ). (...) Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι παραπάνω όροι πρέπει να καλύπτονται τουλάχιστον από το ένα μέλος της ένωσης. (...)), και β) στο άρθρο 2.ΣΤ, σχετικά με τη δυνατότητα στήριξης στις ικανότητες άλλων φορέων (δάνεια εμπειρία), ότι «Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (...) ένας οικονομικός φορέας μπορεί, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς. Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 23 της παρούσας, εάν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο προσφέρων, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού κατά τα οριζόμενα στην παρούσα διακήρυξη. (...) 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). (...))».

10. Εν προκειμένω, από τα έγγραφα της διαδικασίας ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, προκύπτει ότι, προκειμένου να ανταποκριθεί στην απαίτηση μέσου όρου ετήσιου κύκλου εργασιών κατά την τελευταία τριετία ανερχόμενου κατ' ελάχιστο στο 100% της εκτιμώμενης (χωρίς αναθεώρηση και Φ.Π.Α.) αξίας της ελεγχόμενης σύμβασης (ήτοι ποσού 2.167.859,70 ευρώ), ο 3^{ος} Μειοδότης (με μέσο όρο ετήσιου κύκλου εργασιών κατά την τριετία 2017-2019: 807.225,40 ευρώ) στο Τ.Ε.Υ.Δ. που υπέβαλε δήλωσε ότι θα στηριχθεί στις αντίστοιχες ικανότητες του οικονομικού φορέα «.....» (με μέσο όρο ετήσιο κύκλου εργασιών κατά την ανωτέρω τριετία: 1.637.282,33 ευρώ), συμπληρώνοντας έτσι μέσο όρο ετήσιου κύκλου εργασιών (807.225,40 + 1.637.282,33) 2.444.507,73 που υπερκάλυπτε τη συγκεκριμένη απαίτηση οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας.

11. Υπό το ανωτέρω νομικό και πραγματικό πλαίσιο της προκείμενης υπόθεσης, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα: Η απόρριψη της προσφοράς του 3^{ου} Μειοδότη, για τον λόγο μη πλήρωσης του απαιτούμενου, με το άρθρο 22.Γ.α' της Διακήρυξης, μέσου όρου ετήσιου κύκλου εργασιών, με την αιτιολογία της μη επιτρεπόμενης μερικής επίκλησης δάνειας χρηματοοικονομικής ικανότητας τρίτου φορέα, ο οποίος δεν πληροί αυτοδύναμα το σχετικό κριτήριο, είναι μη νόμιμη. Τούτο, διότι ο εν λόγω περιορισμός δεν ερείδεται στις κρίσιμες διατάξεις του άρθρου 78 παρ. 1 του ν. 4412/2016, οι οποίες, όπως προεκτέθηκε (ανωτέρω σκ. 8) επιτρέπουν τη σώρευση των ικανοτήτων πλειόνων οικονομικών φορέων προς εκπλήρωση των ελαχίστων απαιτήσεων ικανότητας που θέτει η αναθέτουσα αρχή, στο μέτρο που αποδεικνύεται ότι ο προσφέρων, που επικαλείται τις ικανότητες ενός ή περισσότερων άλλων φορέων, θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τα μέσα αυτών τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς να απαιτείται να προσδιορίζεται ρητώς στη διακήρυξη ο τρόπος κάλυψης της απαιτούμενης χρηματοοικονομικής ικανότητας στις περιπτώσεις αυτές, καθόσον αυτός συνίσταται στην άθροιση των οικείων οικονομικών μεγεθών των συνεργαζόμενων οικονομικών φορέων και στην εξαγωγή του μέσου όρου αυτών. Περαιτέρω –πέραν του ότι, σε κάθε περίπτωση, ο επικαλούμενος με τις κρινόμενες προσφυγές όρος του άρθρου 22.Γ. της Διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο «σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων [τα κριτήρια επιλογής] πρέπει να καλύπτονται τουλάχιστον από το ένα μέλος της ένωσης», ρυθμίζοντας άλλο ζήτημα δεν θέτει περιορισμό όσον αφορά τη δυνατότητα μερικής επίκλησης των ικανοτήτων τρίτων οικονομικών φορέων– για την ανάθεση της ελεγχόμενης σύμβασης δεν συντρέχει η εξαιρετική περίπτωση η οποία, κατ' άρθρο 78 παρ. 2 του ν. 4412/2016, επιτρέπει στην αναθέτουσα αρχή να απαιτήσει «την εκτέλεση ορισμένων κρίσιμων καθηκόντων» από έναν μόνον οικονομικό φορέα, καθόσον η επίμαχη ικανότητα είναι αμιγώς οικονομικής φύσεως. Κατόπιν τούτων, ορθώς έγινε δεκτό με την προσβαλλόμενη Πράξη ότι μη νομίμως απορρίφθηκε η προσφορά του 3^{ου} Μειοδότη, λόγω του, μη ερειδόμενου στο νόμο και στη Διακήρυξη, περιορισμού ο απαιτούμενος μέσος όρος του ετήσιου κύκλου εργασιών να πληρούται αυτοτελώς από τον δανείζοντα οικονομικό φορέα,

απορριπτόμενων όσων περί του αντιθέτου προβάλλονται με τις κρινόμενες προσφυγές με τον εξεταζόμενο πρώτο λόγο ανάκλησης.

12. Με τον δεύτερο εξεταζόμενο λόγο ανάκλησης, ο προσφεύγων ανάδοχος προβάλλει ότι η προσφορά του 3^{ου} Μειοδότη απορρίφθηκε και για τον πρόσθετο λόγο ότι, κατά παράβαση του όρου του άρθρου 23.10. της Διακήρυξης που ορίζει ότι «στην περίπτωση που οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, η απόδειξη ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, γίνεται με την υποβολή σχετικού συμφωνητικού των φορέων για τον σκοπό αυτό», δεν υπέβαλε τέτοιο συμφωνητικό και, ως εκ τούτου, δεν αποδεικνύει ότι θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τις επικαλούμενες ικανότητες του τρίτου οικονομικού φορέα με συνέπεια να μη πληροί το σχετικό κριτήριο επιλογής, περίπτωση που συνιστά αυτοτελές νόμιμο έρεισμα απόρριψης της προσφοράς του. Όμως, τέτοιος λόγος απόρριψης της προσφοράς του 3^{ου} Μειοδότη δεν διαπιστώνεται με τη απόφαση με την οποία εγκρίθηκε το 1^ο Πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού της 28.1.2021 που αφορούσε το στάδιο αποσφράγισης και αξιολόγησης των κατατεθεισών προσφορών, κατόπιν της από 3.7.2021 γνωμοδότησης του Τεχνικού Συμβουλίου Έργων του και την υιοθετήσασα μ' αυτή «εισήγηση αποτελέσματος ανοιχτής διαγωνιστικής». Ούτε, περαιτέρω, τέτοιος λόγος απόρριψης της προσφοράς του 3^{ου} Μειοδότη διαπιστώθηκε από το Κλιμάκιο κατά την άσκηση της πρωτογενούς ελεγκτικής του αρμοδιότητας. Κατόπιν τούτων, όσα περί συντρέχοντος επιπρόσθετου λόγου απόρριψης της προσφοράς του 3^{ου} Μειοδότη προβάλλονται με την κρινόμενη προσφυγή του προσφεύγοντος αναδόχου, με την οποία, όπως προεκτέθηκε (βλ. ανωτέρω σκ. 5), δεν μπορεί να διευρυνθεί το αντικείμενο της παρούσας διαδικασίας, με την προβολή νέων, πέραν των διαπιστωθεισών από το Κλιμάκιο, πλημμελειών, είναι απορριπτέα. Τούτο, πέραν του ότι, σε κάθε περίπτωση, ο ως άνω λόγος απόρριψης δεν συντρέχει εν προκειμένω, καθόσον το επίμαχο συμφωνητικό απαιτείτο να προσκομισθεί κατά το στάδιο υποβολής των δικαιολογητικών του προσωρινού αναδόχου, ενώ κατά το στάδιο αποσφράγισης και αξιολόγησης των κατατεθεισών προσφορών, στο οποίο εχώρησε ο

αποκλεισμός του 3^{ου} Μειοδότη, απαιτείτο, σύμφωνα με το άρθρο 24.2 της Διακήρυξης, να κατατεθεί ο υποφάκελος «Δικαιολογητικά Συμμετοχής», που έπρεπε, επί ποινή αποκλεισμού, να περιέχει μόνο το Τ.Ε.Υ.Δ., την εγγύηση συμμετοχής και τη βεβαίωση συμμετοχής στους ειδικούς πίνακες του Υπουργείου, για έργα «.....».

13. Με τον τρίτο εξεταζόμενο λόγο ανάκλησης, η προσφεύγουσα Α.Α. προβάλλει ότι τα αρμόδια όργανά της, ενόψει της ασάφειας του οικείου νομοθετικού πλαισίου επί του ζητήματος της δυνατότητας αθροιστικής κάλυψης της απαιτούμενης χρηματοοικονομικής επάρκειας με στήριξη στις ικανότητες άλλων οικονομικών φορέων, υπέλαβαν ότι το επιβαλλόμενο με τη Διακήρυξη σχετικό κριτήριο επιλογής ήταν νόμιμο, συνθήκη που επιβάλλει την αναγνώριση συγγνωστής πλάνης που δικαιολογεί την υπογραφή της ελεγχόμενης σύμβασης. Ο ως άνω λόγος είναι απορριπτέος ως αλυσιτελής, επειδή ανεξαρτήτως του γεγονότος ότι η προσφεύγουσα ΑΑ δύναται να επαναλάβει την διαδικασία της κατακύρωσης ανακηρύσσοντας ως ανάδοχο τον τρίτο κατά σειρά μειοδότη, που προσέφερε την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη βάσει τιμής προσφορά με ποσοστό έκπτωσης 41,22 %, η συγγνωστή πλάνη των οργάνων της αναθέτουσας αρχής που διενεργούν τη διαδικασία ανάθεσης μίας δημόσιας σύμβασης δεν αποτελεί παραδεκτό λόγο προσφυγής ανάκλησης, καθόσον θα αλλοίωνε το χαρακτήρα και θα έθιγε την πρακτική αποτελεσματικότητα του προσυμβατικού ελέγχου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, δεδομένου ότι είναι έλεγχος αντικειμενικής νομιμότητας της εκάστοτε υποβαλλόμενης προς έλεγχο διαδικασίας ανάθεσης που αποβλέπει στη θεραπεία της αντικειμενικής ακεραιότητάς της (βλ. και Ελ.Συν, Ολομ. 505/2021 σκ. 33, του Τμήματος τούτου 1137/2021 σκ. 26, πρβλ. 1136/2021 σκ. 17.4 του Τμήματος τούτου, βλ. και Ολομ. 2498/2020 σκ. 20, 2141/2020 σκ. 20).

14. Μετά από όσα έγιναν δεκτά στις προηγούμενες σκέψεις, πρέπει η κρινόμενη προσφυγή ανάκλησης να απορριφθεί και να μην ανακληθεί η προσβαλλόμενη Πράξη. Μετά την απόρριψη της προσφυγής, πρέπει να διαταχθεί η κατάπτωση υπέρ του Δημοσίου του κατατεθέντος από τον προσφεύγοντα

Ανάδοχο, για την άσκηση της προσφυγής του, παραβόλου (άρθρα 336 παρ. 1 και 310 παρ. 1 της Δικ.Ελ.Συν.).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει τις προσφυγές ανάκλησης, και

Δεν ανακαλεί την Πράξη του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Διατάσσει την κατάπτωση υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου του καταβληθέντος, από την προσφεύγουσα εταιρεία με την επωνυμία «.... ..», παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε σε τηλεδιάσκεψη στις 19 Απριλίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Ο ΕΙΣΗΓΗΤΗΣ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ ΚΑΛΑΚΙΚΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε στην Αθήνα σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριό του Δικαστηρίου στις 3 Μαΐου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ