

ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 3 Μαΐου 2022, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Τμήματος, Ευαγγελία Σεφαφή και Ιωάννης Καλακίκος, Σύμβουλοι, Ευαγγελία Πασπάτη και Ελένη Νικολάου, Πάρεδροι που μετέχουν με γνώμη συμβουλευτική.

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

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 19.4.2022 (Α.Β.Δ.) προσφυγή της «Εταιρείας ...» (....., ΑΦΜ), η οποία εδρεύει στο (οδός) και εκπροσωπείται νόμιμα, που παραστάθηκε διά της πληρεξουσίου δικηγόρου της Μαρίας Καλλιέρου (Α.Μ/Δ.Σ.Α.: 22880).

Με την προσφυγή αυτή ζητείται η ανάκληση της Πράξης του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Το Ελληνικό Δημόσιο, το οποίο εκπροσωπείται νομίμως από τον Υπουργό Οικονομικών, παραστάθηκε διά της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Στελιανής Κουστουμπάρδη.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Την πληρεξούσια δικηγόρο της προσφεύγουσας εταιρείας, η οποία ζήτησε να γίνει δεκτή η προσφυγή ανάκλησης.

Τη δικαστική πληρεξούσια του Ελληνικού Δημοσίου, η οποία δήλωσε ότι επαφίεται στην κρίση του Δικαστηρίου. Και

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος πρότεινε την απόρριψη της προσφυγής 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 ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου (στο εξής: προσβαλλόμενη Πράξη) κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή δύο (2) σχεδίων συμβάσεων, τα οποία αφορούν στην ανάθεση από την [δημόσια επιχείρηση υπό μορφή ανώνυμης εταιρείας, βλ. άρθρο 1 του ν. 2744/1999 (Α' 222)] οκτώ (8) εκ των τριάντα δύο (32) ειδών της, προκηρυχθείσας με την Διακήρυξη, «Προμήθεια[ς] διαφόρων ειδών για το δίκτυο ύδρευσης της», συνολικής εκτιμώμενης αξίας, χωρίς Φ.Π.Α., 4.151.487,14 ευρώ. Ειδικότερα, αφορούν στην ανάθεση α) στον προμηθευτή «.....», των ειδών με αύξοντα αριθμό (α/α) Διακήρυξης 6 (700 τεμάχια «φρεατίων ειδικών παροχών μπετού για ανθρωποθυρίδα DN50 & DN80») και 8 (700 τεμάχια «φρεατίων πυροσβεστικού κρουνού μπετού), συνολικής εκτιμώμενης αξίας, χωρίς Φ.Π.Α., 385.000,00 ευρώ και β) στον προμηθευτή «.....», των ειδών με α/α 9, 10, 11, 12 («εξαρμωτικό υδρομετρητών φλαντζωτό», 800 τεμάχια DN50, 300 τεμάχια DN80, 400 τεμάχια DN100, 150 τεμάχια DN150) 29 και 30 («φλαντζοζιμπώ αγκύρωσης», 2.500 τεμάχια XYT DN100, 1.000 τεμάχια XYT DN80), συνολικής εκτιμώμενης αξίας, χωρίς Φ.Π.Α., 525.500,00 ευρώ (στο εξής: ελεγχόμενες συμβάσεις).

2. Με την κρινόμενη προσφυγή –για την άσκηση της οποίας έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό πληρωμής)- η, ως αναθέτων φορέας των ελεγχόμενων συμβάσεων, ζητεί παραδεκτώς την ανάκληση της προσβαλλόμενης Πράξης.

3. Με την Διακήρυξη της η οποία απεστάλη προς δημοσίευση στις στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη προσφερόμενη τιμή, για την ανάθεση της «Προμήθεια[ς] διαφόρων ειδών για το δίκτυο ύδρευσης της», η οποία υποδιαιρούνταν σε τριάντα δύο (32) τμήματα («είδη»), με δικαίωμα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα είδη. Μέχρι την ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία (25.5.2020), δεν κατατέθηκαν προσφορές για εννέα (9) είδη, για δε τα λοιπά είκοσι τρία (23) είδη, κατέθεσαν προσφορά δεκατρείς (13) οικονομικοί φορείς. Από τις κατατεθείσες προσφορές, δεκαπέντε (15) απορρίφθηκαν για διάφορους λόγους (μη κατάθεση του

προβλεπόμενου δείγματος, μη υποβολή εγγυητικής επιστολής συμμετοχής, υποβολή ΕΕΕΣ μόνο στην αγγλική γλώσσα, απόκλιση από τις τεχνικές προδιαγραφές, υποβολή προσφοράς καθ' υπέρβαση της προϋπολογισθείσας δαπάνης, μη ανανέωση της ισχύς των προσφορών), με αποτέλεσμα την ανάθεση, με τις ελεγχόμενες δύο (2) συμβάσεις, μόνο των οκτώ (8) από τα προκηρυχθέντα είδη. Κατά δε του κύρους της διαδικασίας ανάθεσης, δεν έχουν ασκηθεί προδικαστικές προσφυγές και, ως εκ τούτου, δεν εκκρεμεί κανένα ένδικο βοήθημα.

4. Ο διαπιστωθείς, με την προσβαλλόμενη Πράξη, διακωλυτικός της υπογραφής των σχεδίων των ελεγχόμενων συμβάσεων λόγος αφορά στη μη νομιμότητα των όρων των άρθρων της Διακήρυξης, των σχετικών με τα επιβαλλόμενα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (γενικός κύκλος εργασιών) και τεχνικής ικανότητας (εκτέλεση παρόμοιων συμβάσεων). Έχει δε ως αιτιολογικό έρεισμα την αυθαίρετη, χωρίς τη συνδρομή λόγου δημοσίου συμφέροντος, εξαίρεση, από τα έτη αναφοράς των απαιτούμενων αποδεικτικών μέσων προς τεκμηρίωση κάλυψης από τους προσφέροντες των ανωτέρω κριτηρίων επιλογής, του τελευταίου έτους πριν τη δημοσίευση της Διακήρυξης των ελεγχόμενων συμβάσεων.

– Το νομοθετικό πλαίσιο

5. Η σύναψη των ελεγχόμενων συμβάσεων, εκ της ιδιότητας της ως αναθέτοντος φορέα [στο εξής: προσφεύγων Αναθέτων Φορέας (Α.Φ.)] στον τομέα του ..., κατά την έννοια των άρθρων 224 παρ. 1 περ. α και 230 παρ. 1 του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147) και του αντικειμένου τους, το οποίο τελεί σε άμεση σχέση με την άσκηση της κύριας δραστηριότητας του προσφεύγοντος Α.Φ., εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ «Συμβάσεις έργων, προμηθειών και υπηρεσιών πρώην εξαιρούμενων τομέων (Οδηγία 2014/25/ΕΕ)» (άρθρα 222 έως 338) του ανωτέρω νόμου.

6. Το Βιβλίο ΙΙ του ν. 4412/2016 ορίζει, στο άρθρο 253 παρ. 1, ότι οι αναθέτοντες φορείς έχουν υποχρέωση να «αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και [να] ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας (...) [και] της προστασίας του ανταγωνισμού» και, περαιτέρω, στα άρθρα 305 παρ. 2 και 308 παρ. 1, ότι για τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο Βιβλίο ΙΙ μπορεί να γίνεται χρήση των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στο άρθρο 75 του

Βιβλίου Ι εφαρμόζοντας, ως προς τα αποδεικτικά μέσα κάλυψης των απαιτούμενων κριτηρίων, το άρθρο 80 του ίδιου Βιβλίου.

7. Στο πλαίσιο αυτό, το άρθρο 75 παρ. 1, 3, 4 και 5, ορίζει ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική-χρηματοδοτική επάρκεια και τεχνική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης, που μαζί με τα κατάλληλα προς απόδειξη τους μέσα πρέπει να αναφέρονται στην προκήρυξη της σύμβασης. Ειδικότερα, στο άρθρο 80 ορίζεται, στην παρ. 4, ότι η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα «μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται» με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' και ότι εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο, στη δε παρ. 5, ότι η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων «μπορεί να αποδεικνύεται» με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος ΙΙ 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.»

8. Συναφώς, στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016 ορίζεται: α) Στο Μέρος Ι ότι «Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα είναι δυνατόν, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά: α) (...) β) οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, στην περίπτωση που η δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας γ) δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, κατά περίπτωση του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών», και β) στο Μέρος ΙΙ ότι «Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: (...) ii) κατάλογος των

κυριότερων παραδόσεων (...) που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο (...) 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».

– Οι όροι της Διακήρυξης των ελεγχόμενων συμβάσεων

9. Στη Διακήρυξη των ελεγχόμενων συμβάσεων: α) Στο άρθρο 2.2.5., όσον αφορά την οικονομική και χρηματοδοτική επάρκεια των προσφερόντων, ορίζονταν ότι «θα πρέπει να διαθέτουν μέσο ετήσιο γενικό κύκλο εργασιών για τρία (3) διαχειριστικά έτη (2016, 2017, 2018), τουλάχιστον ίσο με ποσοστό 50% της εκτιμώμενης αξίας του τμήματος /τμημάτων της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ για τα οποία υποβάλλουν προσφορά (...)» και στο άρθρο 2.2.9.2.B.3 ότι για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειάς τους έπρεπε να προσκομίσουν «οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων των τριών (3) διαχειριστικών χρήσεων (2016, 2017, 2018) σε περίπτωση που η δημοσίευση αυτών απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας εγκατάστασης του οικονομικού φορέα ή δήλωση περί του συνολικού ύψους του γενικού κύκλου εργασιών για τις τρεις ως άνω διαχειριστικές χρήσεις, σε περίπτωση που δεν υποχρεούνται στην έκδοση ισολογισμών ή δεν υποχρεούνται στη δημοσίευση οικονομικών καταστάσεων. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο». β) Στο άρθρο 2.2.6.1., όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των προσφερόντων, ορίζονταν ότι αυτοί έπρεπε «να έχουν εκτελέσει, κατά τη διάρκεια των τριών (3) τελευταίων ετών (2016, 2017, 2018), τουλάχιστον μια σύμβαση, με αντικείμενο την προμήθεια υλικών δικτύου ύδρευσης (υλικά που χρησιμοποιούνται σε ένα δίκτυο διανομής νερού), αξίας τουλάχιστον ίσης με το 30% της προϋπολογιζόμενης αξίας του συνόλου των τμημάτων για τα οποία υποβάλλει προσφορά, χωρίς ΦΠΑ» και στο άρθρο 2.2.9.2.B.4 ότι για την απόδειξη της τεχνικής ικανότητάς τους έπρεπε να προσκομίσουν «κατάλογο των κυριότερων παραδόσεων που εκτέλεσαν ή στις οποίες συμμετείχαν ως μέλη ένωσης κατά τα τρία (3) τελευταία έτη (2016, 2017, 2018) με αντικείμενο την προμήθεια υλικών δικτύου ύδρευσης (υλικά που χρησιμοποιούνται σε ένα δίκτυο

διανομής νερού), αξίας τουλάχιστον ίσης με το 30% της προϋπολογιζόμενης αξίας του συνόλου των τμημάτων για τα οποία υποβάλλει προσφορά, χωρίς ΦΠΑ.».

– Το αιτιολογικό έρεισμα του διαπιστωθέντος με την προσβαλλόμενη Πράξη διακωλυτικού της υπογραφής των σχεδίων των ελεγχόμενων συμβάσεων λόγου.

10. Με την προσβαλλόμενη Πράξη έγινε δεκτό ότι οι ως άνω όροι των άρθρων 2.2.5 και 2.2.6.1. της Διακήρυξης είναι μη νόμιμοι διότι, αφού η διακήρυξη των ελεγχόμενων συμβάσεων δημοσιεύθηκε στις, ως τριετία αναφοράς των κριτηρίων οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας νοείται η τριετία 2019-2018-2017. Ωστόσο, η προσφεύγουσα Α.Α. επέλεξε αυθαίρετα, χωρίς τη συνδρομή λόγου δημοσίου συμφέροντος, να μην ζητήσει αποδεικτικά στοιχεία για το έτος 2019, το οποίο τελεί σε μεγαλύτερη χρονική εγγύτητα με την ανάθεση των ελεγχόμενων συμβάσεων, περιορίζοντας έτσι τον ανταγωνισμό με τον αποκλεισμό της συμμετοχής οικονομικών φορέων που είχαν οικονομική επάρκεια και τεχνική ικανότητα σε χρόνο εγγύτερο προς τον χρόνο εκτέλεσης των ελεγχόμενων συμβάσεων. Εξάλλου, η απόδειξη της πλήρωσης των τεθέντων κριτηρίων επιλογής από τους προσφέροντες ήταν δυνατή και για το έτος 2019, ανεξαρτήτως της ολοκλήρωσης υποβολής των φορολογικών στοιχείων τους, καθόσον ο απαιτούμενος κύκλος εργασιών μπορεί, σύμφωνα με το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄ του ν.4412/2016, να αποδεικνύεται ακόμα και με σχετική δήλωση του προσφέροντος ή με κάθε άλλο πρόσφορο μέσο.

– Οι προβαλλόμενοι με την κρινόμενη προσφυγή λόγοι ανάκλησης

11. Με την κρινόμενη προσφυγή, όπως αυτή αναπτύσσεται και με το, νομίμως κατατεθέν εντός της χορηγηθείσας προς τούτο προθεσμίας, από 18.5.2022 υπόμνημα, προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη Πράξη πρέπει να ανακληθεί διότι εκδόθηκε κατά πλημμελή εφαρμογή των κρίσιμων διατάξεων του ν. 4412/2016 που διέπουν την υπόθεση. Ειδικότερα, προς στήριξη του λόγου αυτού προβάλλονται τα ακόλουθα επιχειρήματα: Ότι, τα διαχειριστικά έτη 2018-2017-2016 τέθηκαν ως τριετία αναφοράς των απαιτούμενων κριτηρίων επιλογής διότι η Διακήρυξη των ελεγχόμενων συμβάσεων εγκρίθηκε από τον προσφεύγοντα Α.Φ. στις 7.8.2019 (με την απόφαση του Διοικητικού του Συμβουλίου) και, ως εκ τούτου, το έτος 2018 αποτελούσε το εγγύτερο στο χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού έτος, εκ του λόγου δε τούτου, δικαιολογημένα κι όχι αυθαίρετα το έτος 2019 δεν συμπεριλήφθηκε στην

κρίσιμη τριετία αναφοράς. Ότι, τα τεθέντα κριτήρια επιλογής δεν αντιβαίνουν στο ισχύον νομοθετικό πλαίσιο, καθόσον, όσον αφορά στο κριτήριο της χρηματοοικονομικής επάρκειας, δεν αντιβαίνει στον μοναδικό περιορισμό που τίθεται με το άρθρο 75 παρ. 3 του ν.4412/2016, ήτοι να μην υπερβαίνει ο απαιτούμενος ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, τα δε δικαιολογητικά απόδειξης του δεν απαριθμούνται περιοριστικά στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του ανωτέρω νόμου, ούτε, περαιτέρω, το κριτήριο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας εμπίπτει σε κάποιον περιορισμό της κείμενης νομοθεσίας. Ότι, δεν τίθεται ζήτημα παραβίασης των αρχών της ισότητας, της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού. Τούτο, διότι δεν εμποδίστηκε η συμμετοχή στον διαγωνισμό των μικρομεσαίων επιχειρήσεων, αντίθετα, προβλέφθηκε ειδική αντιμετώπιση των νεοφυών επιχειρήσεων. Αναπτύχθηκε δε επαρκής ανταγωνισμός, με την ευρεία συμμετοχή στον διαγωνισμό δεκατριών (13) οικονομικών φορέων, ουδείς εκ των οποίων αποκλείστηκε διότι δεν πληρούσε τα ως άνω τεθέντα από τη Διακήρυξη κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας. Τέλος, προβάλλεται ότι, σε κάθε περίπτωση, όπως έχει κριθεί σε αντίστοιχη υπόθεση με την 354/2022 απόφαση του Τμήματος τούτου, η διαπιστωθείσα με την προσβαλλόμενη Πράξη ως άνω πλημμέλεια είναι δεκτική συμπλήρωσης. Στο πλαίσιο αυτό, κατ' εφαρμογή του άρθρου 310 του ν. 4412/2016, ο προσφεύγων Α.Φ. ζήτησε από τους αναδόχους των ελεγχόμενων συμβάσεων τη συμπλήρωση των αποδεικτικών μέσων για τα επίμαχα κριτήρια επιλογής, οι οποίοι ανταποκρινόμενοι στην πρόσκληση κατέθεσαν επικαιροποιημένα δικαιολογητικά κατακύρωσης, για την απόδειξη της χρηματοοικονομικής επάρκειας και της τεχνικής ικανότητας τους και για το έτος 2019, τα δικαιολογητικά δε αυτά ελέγχθηκαν και έγιναν αποδεκτά από την αρμόδια Επιτροπή Διαγωνισμού, με το προσκομιζόμενο από 17.5.2022 Πρακτικό της, που εγκρίθηκε με την, επίσης προσκομιζόμενη, απόφαση του Διευθύνοντος Συμβούλου του προσφεύγοντος Α.Φ.

– Επί του βασίμου του ως άνω λόγου ανάκλησης

12. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα: Σύμφωνα με το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α του ν. 4412/2016, για την απόδειξη της, απαιτούμενης για την προσήκουσα εκτέλεση μίας δημόσιας σύμβασης προμηθειών, οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειάς τους, οι αναθέτοντες

φορείς μπορούν να απαιτούν από τους προσφέροντες να έχουν, μεταξύ άλλων, έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών «για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο», ζητώντας απ' αυτούς την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αναφερόμενα στο Μέρος I του ανωτέρω Παραρτήματος δικαιολογητικά (οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, όταν η δημοσίευση οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας εγκατάστασης ή σχετική δήλωση του προσφέροντος ή οποιοδήποτε άλλο έγγραφο κρίνει κατάλληλο ο αναθέτων φορέας). Αντίστοιχα, σύμφωνα με το Μέρος II του ανωτέρω Παραρτήματος, για την απόδειξη του απαιτούμενου για την προσήκουσα εκτέλεση της σύμβασης επιπέδου εμπειρίας, οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να απαιτούν από τους προσφέροντες την υποβολή, μεταξύ άλλων, καταλόγου των κυριότερων παραδόσεων που πραγματοποίησαν «την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο». Στο πλαίσιο αυτό, ο προσφεύγων Α.Φ. καθόρισε, ως ελάχιστο επίπεδο για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των προσφερόντων, μέσο γενικό κύκλο εργασιών, για τρία διαχειριστικά έτη (2016, 2017, 2018), ίσο με ποσοστό 50% της εκτιμώμενης αξίας των ελεγχόμενων συμβάσεων. Αντίστοιχα, καθόρισε, ως ελάχιστο επίπεδο για την απόδειξη της απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας, την εκτέλεση, κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2016, 2017, 2018) τουλάχιστον μίας σύμβασης, με αντικείμενο την προμήθεια υλικών δικτύου ύδρευσης, και αξίας ίσης με το 30% της προϋπολογιζόμενης αξίας των ελεγχόμενων συμβάσεων. Δεδομένου, όμως, ότι η προκήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις, τα τρία (3) χρονολογικά έτη (που μαζί με τον ημερολογιακό συνιστούν τους δύο παραδεκτούς τρόπους υπολογισμού της τελευταίας τριετίας, καθόσον στο ανωτέρω Παράρτημα XII δεν γίνεται σχετική διάκριση) που προηγούνται του έτους της προκήρυξης ήταν τα έτη 2019, 2018 και 2017. Αβασίμως προβάλλεται δε με την κρινόμενη προσφυγή ότι ο χρόνος έγκρισης της Διακήρυξης είναι ο κρίσιμος χρόνος για τον υπολογισμό της τριετίας, καθόσον αυτός συμπίπτει, κατά λογική ακολουθία και νομική αναγκαιότητα, με τον χρόνο έναρξης της διαδικασίας σύναψης της σύμβασης, που, για τις συμβάσεις άνω των ορίων ως εν προκειμένω, νοείται, σύμφωνα με το άρθρο 61 παρ. 1 του ν. 4412/2016, η ημερομηνία αποστολής της προκήρυξης στην Επίσημη Εφημερίδα της Ένωσης. Περαιτέρω, η κατά τον χρόνο έναρξης της διαδικασίας σύναψης των ελεγχόμενων συμβάσεων (10.2.2020) μη ύπαρξη δημοσιευμένων οικονομικών

καταστάσεων για το έτος 2019 [βλ. άρθρο 61 παρ. 3 του ν. 4722/22020 (Α' 177) περί παράτασης έως 30.10.2020 της προθεσμίας διεξαγωγής των γενικών συνελεύσεων των εταιρειών με ανάλογη παράταση και των ημερομηνιών ανάρτησης στο Γενικό Εμπορικό Μητρώο (Γ.Ε.ΜΗ.) των εγκεκριμένων οικονομικών καταστάσεων τους για τη χρήση 2019], ήτοι του αποδεικτικού μέσου, το οποίο ο προσφεύγων Α.Φ. επέλεξε για την ασφαλέστερη απόδειξη της χρηματοοικονομικής επάρκειας των προσφερόντων, δεν συνιστά νόμιμο δικαιολογητικό λόγο παράλειψης του τελευταίου αυτού πριν από την προκήρυξη της ελεγχόμενης σύμβασης έτους, καθόσον τα απαιτούμενα από τις οικονομικές καταστάσεις στοιχεία θα μπορούσαν να αποδειχθούν με σχετικές δηλώσεις των προσφερόντων ή οποιοδήποτε άλλο έγγραφο έκρινε κατάλληλο ο προσφεύγων Α.Φ. Εξάλλου, ο ασκούμενος από το Ελεγκτικό Συνέδριο προσυμβατικός έλεγχος νομιμότητας είναι αυτεπάγγελτος και καθολικός έλεγχος αντικειμενικής νομιμότητας της εκάστοτε διαδικασίας ανάθεσης, εξ αυτού δε του λόγου, δεν ασκεί επιρροή η κρίση του Δικαστηρίου περί της νομιμότητας άλλων, υπό διαφορετικών περιστάσεων διενεργηθεισών, διαδικασιών ανάθεσης (βλ. Ελ.Συν.Ολ. 182/2022 σκ. 34), ούτε η μη προσβολή, ως εν προκειμένω, των επίμαχων όρων της Διακήρυξης από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς και ο μη αποκλεισμός κατ' εφαρμογήν αυτών κάποιου προσφέροντα. Ενόψει τούτων, οι όροι των άρθρων 2.2.5 και 2.2.6.1. της Διακήρυξης, κατά το μέρος που από τη χρονική περίοδο αναφοράς των δικαιολογητικών που επιτρέπουν να καθορισθεί η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και η τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των προσφερόντων εξαιρούν το έτος 2019, είναι μη νόμιμοι, καθόσον αντίκεινται ευθέως στις προβλέψεις του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016, με τις οποίες ορίζεται ως περίοδος αναφοράς, για την απόδειξη της πλήρωσης του απαιτούμενου ελάχιστου κύκλου εργασιών και της απαιτούμενης εμπειρίας από παρόμοιες παραδόσεις αγαθών, οι «τελευταίες» οικονομικές χρήσεις και η «τελευταία» τριετία, αντίστοιχα. Επιπροσθέτως, αντίκεινται στην αρχή της αναλογικότητας, καθόσον το ανωτέρω έτος ήταν το εγγύτερο έτος του χρόνου διενέργειας της διαδικασίας ανάθεσης των ελεγχόμενων συμβάσεων και άρα το πλέον πρόσφορο για τη διακρίβωση της καταλληλότητας των προσφερόντων ώστε να εξυπηρετείται πλήρως ο σκοπός του προσφεύγοντος Α.Φ., ενώ παραβιάζουν και τις αρχές της διαφάνειας και του ελεύθερου ανταγωνισμού, καθόσον δεν συντρέχει βάσιμος δικαιολογητικός λόγος για την ως άνω εξαίρεση, η οποία έτσι περιορίζει

αδικαιολόγητα τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς των δυνητικά ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων (βλ. Ελ.Συν. Ολ. 180/2022 σκ. 20, 21, 1832/2021 σκ. 26). Κατόπιν των ανωτέρω, ορθώς, ανεξαρτήτως των ειδικότερων αιτιολογιών της, έγινε δεκτό με την προσβαλλόμενη Πράξη, απορριπτομένων όσων περί του αντιθέτου προβάλλονται με την κρινόμενη προσφυγή, ότι με τους ως άνω όρους της Διακήρυξης εισάγεται μη νόμιμος τρόπος πλήρωσης των απαιτούμενων κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής ικανότητας, που μειώνοντας αδικαιολόγητα τον κύκλο των δυνητικών προσφερόντων έπληξε την αντικειμενική ακεραιότητα της διαδικασίας ανάθεσης των ελεγχόμενων συμβάσεων και, συνεπώς, συνιστά ουσιώδη νομική πλημμέλεια της εν λόγω διαδικασίας. Εκ του λόγου δε τούτου, η ως άνω πλημμέλεια δεν δύναται να θεραπευτεί μόνο με τη μεταγενέστερη συμπλήρωση από τους αναδόχους των ελεγχόμενων συμβάσεων, και για το παραλειφθέν έτος 2019, των αποδεικτικών μέσων για τα επίμαχα κριτήρια επιλογής, απορριπτόμενου ως αλυσιτελώς προβαλλόμενου του σχετικού τελευταίου λόγου ανάκλησης.

13. Η Πάρεδρος Ευαγγελία Πασπάτη διατύπωσε την ακόλουθη ειδικότερη γνώμη: Με τις μνημονευθείσες διατάξεις του άρθρου 80 παρ. 4 του ν. 4412/2016 παρέχεται στους αναθέτοντες φορείς ευρεία διακριτική ευχέρεια όσον αφορά στον προσδιορισμό των δικαιολογητικών που επιτρέπουν να καθορισθεί η χρηματοδοτική και οικονομική ικανότητα των προσφερόντων (πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ, της 13.7.2017, C-76/2016, σκ. 32' της 18.10.2012, C-218/2011, σκ. 28-29). Τούτο ειδικότερα σημαίνει ότι οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να κάνουν χρήση ενός ή όσων αποδεικτικών μέσων κρίνουν κατάλληλα, πρόσφορα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης εκ των περιλαμβανομένων στον ενδεικτικό κατάλογο του Μέρους I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 (απόφαση ΔΕΕ της 7.9.2021, C-927/2019, σκ. 71), αλλά και άλλων, μη περιλαμβανομένων στον ως άνω μη περιοριστικό κατάλογο, εφόσον είναι αναγκαία και ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης και αναφέρονται με σαφήνεια στη διακήρυξη. Στο πλαίσιο αυτό, στην περίπτωση που οι αναθέτοντες φορείς, για την απόδειξη των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας επιλέγουν, θεωρώντας ως ασφαλέστερο τρόπο απόδειξης, την προσκόμιση οικονομικών καταστάσεων, οι οποίες δεν αποτελούν αντικείμενο απλής δήλωσης αλλά συντάσσονται και δημοσιεύονται κατόπιν νομοθετημένου και αρμοδίως διεξαχθέντος οικονομικού

ελέγχου, η χρονική περίοδος αναφοράς των αποδεικτικών μέσων για τα επιβαλλόμενα κριτήρια συναρτάται με τον χρόνο δημοσίευσης των οικονομικών καταστάσεων, καθόσον τότε τα ελεγχθέντα στοιχεία τους είναι διαθέσιμα. Κατά συνέπεια, εν προκειμένω, ο προσφεύγων Α.Φ., επιλέγοντας ως δικαιολογητικό πλήρωσης των απαιτούμενων κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας τις οικονομικές καταστάσεις, νομίμως, όπως βασίμως κατά τούτο προβάλλεται με την κρινόμενη προσφυγή, όρισε ως χρονική περίοδο αναφοράς των αποδεικτικών αυτών μέσων τα έτη 2018, 2017 και 2016, που είναι οι τρεις τελευταίες, πριν την προκήρυξη των ελεγχόμενων συμβάσεων, διαχειριστικές χρήσεις, κατά τις οποίες υπήρχαν δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις.

– Εξέταση των λοιπών προβαλλόμενων με την κρινόμενη προσφυγή λόγων ανάκλησης της προσβαλλόμενης Πράξης.

14. Περαιτέρω, με την κρινόμενη προσφυγή προβάλλεται ότι τα αρμόδια όργανα του προσφεύγοντος Α.Φ., χωρίς να αποσκοπούν σε καταστρατήγηση του νόμου, υπέλαβαν ότι τα επιβαλλόμενα με τη Διακήρυξη κριτήρια επιλογής ήταν νόμιμα, συνθήκη που επιβάλλει την αναγνώριση συγγνωστής πλάνης που δικαιολογεί την υπογραφή των ελεγχόμενων συμβάσεων. Ο ως άνω λόγος είναι απορριπτέος ως αλυσιτελής, επειδή η συγγνωστή πλάνη των οργάνων του προσφεύγοντος Α.Φ. 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).

15. Μετά από όσα έγιναν δεκτά στις προηγούμενες σκέψεις, πρέπει η κρινόμενη προσφυγή να απορριφθεί και να μην ανακληθεί η προσβαλλόμενη Πράξη. Απορριπτόμενης της προσφυγής ανάκλησης, το παράβολο που κατατέθηκε για την άσκησή της πρέπει να καταπέσει υπέρ του Δημοσίου [άρθρα 310 παρ. 1 και 336 παρ. 1 της Δικ.Ελ.Συν. (ν. 4700/2020, Α' 127)].

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή ανάκλησης, και
Δεν ανακαλεί την Πράξη του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού
Συνεδρίου.

Διατάσσει την κατάπτωση υπέρ του Δημοσίου του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε σε τηλεδιάσκεψη στις 24 Μαΐου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Ο ΕΙΣΗΓΗΤΗΣ ΠΑΡΕΔΡΟΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ ΚΑΛΑΚΙΚΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε στην Αθήνα σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριό του
Δικαστηρίου στις 27 Μαΐου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ