

ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 16 Ιουνίου 2023, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Τμήματος, Αργυρώ Μαυρομάτη (εισηγήτρια), Ευαγγελία Σεραφή, Σύμβουλοι, Ευπραξία Δημολιού και Ιωάννης Νταλαχάνης, Πάρεδροι, που μετέχουν με συμβουλευτική γνώμη.

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

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού, δικαστική υπάλληλος, Προϊσταμένη της Γραμματείας του Τμήματος.

Για να αποφασίσει σχετικά με α) την από 9.6.2023 (ΑΒΔ .../...2023) προσφυγή ανάκλησης της εταιρείας με την επωνυμία «...», η οποία εδρεύει στην ... (...), εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε δια των πληρεξουσίων δικηγόρων της Γεωργίου Δελλή (ΑΜ/ΔΣΑ 15582) και Αναστάσιου Ευγένιου Χριστοφιλόπουλου (ΑΜ/ΔΣΑ 24563) και β) την από 9.6.2023 (ΑΒΔ 2009/9.6.2023) προσφυγή ανάκλησης του Ελληνικού Δημοσίου, όπως νόμιμα εκπροσωπείται από τον Υπουργό Υποδομών και Μεταφορών, ο οποίος παραστάθηκε δια των Παρέδρων του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Κωνσταντίνας Μαρίνου (ΑΜ/ΝΣΚ 288) και Μαρίας Σταμέλου (ΑΜ/ΝΣΚ274).

Το Ελληνικό Δημόσιο εκπροσωπείται επίσης από τον Υπουργό Οικονομικών, ο οποίος παραστάθηκε δια των Παρέδρων του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Κωνσταντίνας Μαρίνου και Μαρίας Σταμέλου.

Με τις ανωτέρω προσφυγές ζητείται η ανάκληση της .../2023 Πράξης του Στ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Τους πληρεξουσίου δικηγόρους της πρώτης προσφεύγουσας, οι οποίοι ζήτησαν την παραδοχή των προσφυγών ανάκλησης.

Τις δικαστικές πληρεξούσιες του Ελληνικού Δημοσίου, οι οποίες ζήτησαν την παραδοχή των προσφυγών ανάκλησης.

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος πρότεινε την παραπομπή των προσφυγών ανάκλησης στην Ολομέλεια του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε στις 30 Ιουνίου 2023 με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του.

Άκουσε την εισήγηση της Συμβούλου Αργυρώς Μαυρομάτη και

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

Αποφάσισε τα ακόλουθα:

1. Για την άσκηση της πρώτης κατά σειρά προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο, με βάση τη διάταξη του άρθρου 335 παρ. 1 του ν. 4700/2020 (Α' 127) παράβολο (βλ. το ... ηλεκτρονικό παράβολο της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων, ποσού 100,0 ευρώ). Για την άσκηση της δεύτερης κατά σειρά προσφυγής δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου, σύμφωνα με τη διάταξη του άρθρου 308 παρ. 3 του ν. 4700/2020, η οποία εφαρμόζεται αναλόγως, με βάση το άρθρο 336 παρ. 1 του ίδιου νόμου και στις υποθέσεις προσυμβατικού ελέγχου, όπως η υπό κρίση υπόθεση.

2. Με τις υπό κρίση προσφυγές, ζητείται η ανάκληση της .../2023 Πράξης του Στ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η σύναψη της σύμβασης, του τμήματος 5, με αντικείμενο την προμήθεια λεωφορείων και των παρελκομένων τους, με σκοπό την ανανέωση στόλου αστικών λεωφορείων για τις μείζονες περιοχές της Αθήνας και της Θεσσαλονίκης, μεταξύ του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών ως αναθέτοντος φορέα (β' προσφεύγον) και της αναδόχου εταιρείαςσυνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης, όλων των τμημάτων του διαγωνισμού, 309.270.000,00 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ), εκ της οποίας ειδικότερα, στο αποκλειστικώς ελεγχόμενο τμήμα 5 της επίμαχης ως άνω προμήθειας (Προμήθεια 250 απλών ηλεκτρικών αστικών οχημάτων 12m ελάχιστης αυτονομίας 180 χλμ και των παρελκομένων τους), η

αναλογούσα προϋπολογισθείσα δαπάνη αντιστοιχεί σε 124.695.000,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ - για το μοναδικό διακωλυτικό λόγο ότι κατά παράβαση του άρθρου 255 παρ. 1 του ν. 4412/2016 η υποψήφια ανάδοχος εταιρεία που εδρεύει στην Κίνα συμμετείχε στη διαγωνιστική διαδικασία ανάθεσης, πολλώ δε μάλλον ανακηρύχθηκε ανάδοχος αυτής, καθόσον δεν ανήκει στους δικαιούμενους συμμετοχής σε διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, που διενεργεί η χώρα μας ως κράτος-μέλος της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

3. Οι υπό κρίση προσφυγές έχουν ασκηθεί εμπροθέσμως και νομοτύπως, ασκούνται δε με έννομο συμφέρον τόσο από την α΄ προσφεύγουσα ως ανάδοχο της ελεγχόμενης σύμβασης, όσο και από το β΄ προσφεύγον ως αναθέτοντα φορέα. Συνεπώς οι προσφυγές είναι τυπικώς δεκτές και πρέπει να συνεξεταστούν περαιτέρω ως προς τη βασιμότητα των προβαλλόμενων με αυτές λόγων, όπως αναπτύσσονται με τα από 20.6.2023 νομίμως υποβληθέντα, αντίστοιχα, υπομνήματα, λόγω της πρόδηλης μεταξύ τους συνάφειας, καθόσον στρέφονται κατά της ίδιας Πράξης, αφορούν στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία και στο ίδιο σχέδιο σύμβασης (βλ. άρθρο 334 παρ. 4 του ν. 4700/2020, πρβ. ΕλΣυν Ολομ. 505/2021, Τμ Έβδομο 2053/2022).

4. Στο άρθρο 5 της Συνθήκης για την Ευρωπαϊκή Ένωση (ΣΕΕ) ορίζεται : «Η οριοθέτηση των αρμοδιοτήτων της Ένωσης διέπεται από την αρχή της δοτής αρμοδιότητας... 2. Σύμφωνα με την αρχή της δοτής αρμοδιότητας, η Ένωση ενεργεί μόνον εντός των ορίων των αρμοδιοτήτων που της απονέμουν τα κράτη μέλη με τις Συνθήκες για την επίτευξη των στόχων που οι Συνθήκες αυτές ορίζουν. Κάθε αρμοδιότητα η οποία δεν απονέμενεται στην Ένωση με τις Συνθήκες ανήκει στα κράτη μέλη.».

5. Περαιτέρω, στη Συνθήκη Λειτουργίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης (ΣΛΕΕ) ορίζεται στο άρθρο 2 : «1. Όταν οι Συνθήκες απονέμουν στην Ένωση αποκλειστική αρμοδιότητα σε συγκεκριμένο τομέα, μόνον η Ένωση δύναται να νομοθετεί και να εκδίδει νομικά δεσμευτικές πράξεις, ενώ τα κράτη μέλη έχουν την εν λόγω δυνατότητα μόνο εάν εξουσιοδοτούνται προς τούτο από την Ένωση ή μόνο για να εφαρμόσουν τις πράξεις της Ένωσης. 2. ...», στο άρθρο 3 : «1. Η Ένωση έχει αποκλειστική αρμοδιότητα στους ακόλουθους τομείς: ... ε) κοινή

εμπορική πολιτική. 2. Η Ένωση έχει επίσης αποκλειστική αρμοδιότητα για τη σύναψη διεθνούς συμφωνίας όταν η σύναψη αυτή προβλέπεται σε νομοθετική πράξη της Ένωσης ή είναι απαραίτητη για να μπορέσει η Ένωση να ασκήσει την εσωτερική της αρμοδιότητα, ή κατά το μέτρο που ενδέχεται να επηρεάζει τους κοινούς κανόνες ή να μεταβάλλει την εμβέλειά τους» και στο άρθρο 207 : «Η κοινή εμπορική πολιτική διαμορφώνεται βάσει ενιαίων αρχών, ιδίως όσον αφορά ... τη σύναψη ... εμπορικών συμφωνιών σχετικά με τις ανταλλαγές εμπορευμάτων και υπηρεσιών, ..., τις άμεσες ξένες επενδύσεις, την ενοποίηση των μέτρων ελευθέρωσης, ... και τα μέτρα εμπορικής άμυνας ... Η κοινή εμπορική πολιτική ασκείται στο πλαίσιο των αρχών και των στόχων της εξωτερικής δράσης της Ένωσης».

6. Από τις προεκτεθείσες διατάξεις προκύπτει ότι η Ευρωπαϊκή Ένωση (ΕΕ) έχει αποκλειστική αρμοδιότητα επί της κοινής εμπορικής πολιτικής που διαμορφώνεται βάσει ενιαίων αρχών, προκειμένου να αποφεύγονται στρεβλώσεις που θα προκαλούνταν εάν κάθε κράτος μέλος αυτής είχε τη δυνατότητα να ακολουθήσει αυτόνομη εμπορική πολιτική. Εντούτοις, τα κράτη μέλη έχουν τη δυνατότητα να νομοθετούν και να εκδίδουν νομικά δεσμευτικές πράξεις στον τομέα αυτό, μόνον εάν εξουσιοδοτούνται προς τούτο από την ΕΕ ή μόνο για να εφαρμόσουν τις πράξεις αυτής (βλ. Γνωμοδότηση Δ.Ε.Κ. 1/75 της 11.11.1975, σ. 421, 1/78 της 4.10.1979, σ. 401, απόφαση της 15.12.1976, Donckerwolcke και Schou C-41/76, σκέψη 32, απόφαση της 17.10.1995, Leifer, C-83/94, σκ. 12, Δ.Ε.Ε. απόφαση της 22.11.2022, Επιτροπή κατά Συμβουλίου, C-24/2020, σκ. 97 - 103 κ.α.). Πάντως, το γεγονός και μόνο ότι μια δεσμευτική νομικά πράξη ενδέχεται να επιφέρει συνέπειες στις εμπορικές συναλλαγές με ένα ή πλείονα τρίτα κράτη δεν αρκεί για τον χαρακτηρισμό της ως εμπίπτουσας στην κατηγορία των πράξεων, που εκδίδονται επί της κοινής εμπορικής πολιτικής και επομένως θεμελιώνουν την αποκλειστική αρμοδιότητα της ΕΕ, καθόσον τούτο εξαρτάται από το εάν ο κύριος ή πρωτεύων σκοπός αυτής είναι η επιδίωξη της κοινής εμπορικής πολιτικής (Δ.Ε.Κ. γνωμοδότηση της 6.12.2001, 2/00, απόφαση της 10.1.2006, Επιτροπή κατά Συμβουλίου, C-94/03, σκ. 34-36 και Επιτροπή κατά Κοινοβουλίου και Συμβουλίου, C-178/03, σκ. 41-43). Κατά συνέπεια κρίσιμο

είναι εάν η πράξη προορίζεται κυρίως να προάγει, να διευκολύνει ή να διέπει τις συναλλαγές με τρίτα κράτη και έχει ευθείες και άμεσες συνέπειες επ' αυτών, ενώ εάν προέχουν έτεροι σκοποί τότε η νομική βάση της πράξης δεν θεμελιώνει στο άρθρο 207 παρ. 1 της ΣΛΕΕ και συνεπώς δεν ιδρύεται επ' αυτής η αποκλειστική αρμοδιότητα της ΕΕ (Δ.Ε.Ε. Γνωμοδότηση 2/15, σκ. 36, απόφαση της 22.10.13, Επιτροπή κατά Συμβουλίου, C-137/12, σκ. 76, απόφαση της 18.7.2013, Daiichi Sankyo, C-414/2011, σκ. 51, απόφαση Δ.Ε.Κ. της 12.12.2002, Επιτροπή κατά Συμβουλίου, C-281/01, σκ. 43, Γνωμοδότηση 1/08 της 30.11.2009, σκ. 166, 1/94, της 15.11.1994, σκ. 68, 2/00, της 6.12.2001, σκ. 37 και 44). Εξάλλου το πεδίο της κοινής εμπορικής πολιτικής καλύπτει, μεταξύ άλλων, τις ανταλλαγές εμπορευμάτων και υπηρεσιών, τις άμεσες ξένες επενδύσεις, την ενοποίηση των μέτρων ελευθέρωσης και τα μέτρα εμπορικής άμυνας ενώ ένα μέτρο, προκειμένου να εμπίπτει στις διατάξεις περί κοινής εμπορικής πολιτικής, πρέπει να αφορά, έστω όχι αποκλειστικά, στο εξωτερικό εμπόριο της Ε.Ε. (Δ.Ε.Κ. απόφαση της 12.12.2002, Επιτροπή κατά Συμβουλίου, C-281/2001, σκ. 46).

7. Περαιτέρω, από την παράγραφο 2 του άρθρου 3 της ΣΛΕΕ, συνάγεται ότι τα κράτη μέλη δεν μπορούν να αναλαμβάνουν διεθνείς δεσμεύσεις, οι οποίες ενδέχεται να επηρεάσουν τους κοινούς κανόνες της ΕΕ ή να μεταβάλλουν την εμβέλειά τους και κυρίως στους τομείς που η ΕΕ έχει αποκλειστική αρμοδιότητα, δυνάμει των Συνθηκών (Δ.Ε.Κ. απόφαση της 31.3.1971, Επιτροπή κατά Συμβουλίου, C-22/70, Δ.Ε.Ε. απόφαση της 4.9.2014, Επιτροπή κατά Συμβουλίου, C-114/12, σκ. 65 επ. και εκεί νομολογία). Κατ' ακολουθία αυτών και ενόψει όσων συμφωνήθηκαν με την Συνθήκη της Λισαβόνας (ΕΕ C 306/17.12.2007), οι άμεσες ξένες επενδύσεις περιλαμβάνονται πλέον στο πεδίο εφαρμογής της κοινής εμπορικής πολιτικής, στο οποίο η ΕΕ διαθέτει αποκλειστική αρμοδιότητα και προκειμένου να αντιμετωπισθούν ζητήματα τυχόν ασυμβατότητας του δικαίου της ΕΕ επί της κοινής εμπορικής πολιτικής με τις εν ισχύ διμερείς συμφωνίες προαγωγής και προστασίας των επενδύσεων που είχαν συνάψει τα κράτη μέλη με τρίτα κράτη, θεσπίστηκε ο Κανονισμός 1219/2012 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 12.12.2012 (L 351/40) «για τη θέσπιση μεταβατικών ρυθμίσεων για διμερείς επενδυτικές συμφωνίες μεταξύ κρατών

μελών και τρίτων χωρών». Σύμφωνα με τον τελευταίο, τα κράτη μέλη όφειλαν να κοινοποιήσουν στην Επιτροπή όλες τις διμερείς επενδυτικές συμφωνίες με τρίτες χώρες που, πλην άλλων, είχαν συνάψει, πριν από την 1.12.2009, προκειμένου να εξακολουθήσουν να ισχύουν, έως ότου συναφθεί διμερής επενδυτική συμφωνία μεταξύ της ΕΕ και της τρίτης χώρας και οι οποίες δημοσιεύονται από την Επιτροπή, κατ' έτος, στην Επίσημη Εφημερίδα (ΕΕ) της Ε.Ε. (άρθρο 4 του ως άνω Κανονισμού). Μεταξύ των συμφωνιών αυτών, συγκαταλέγεται και η κυρωθείσα με το ν. 2136/1993 (Α' 83) συμφωνία μεταξύ των Κυβερνήσεων της Ελληνικής Δημοκρατίας και της Λαϊκής Δημοκρατίας της Κίνας της 25.6.1992, για την προώθηση και προστασία των επενδύσεων, η οποία εξακολουθεί να είναι σε ισχύ, έως σήμερα, κατά το μεταβατικό καθεστώς του Καν. 1219/2012, σύμφωνα με τον δημοσιευμένο κατάλογο των διμερών επενδυτικών συμφωνιών (ΕΕΕΕ C 150/28.4.2023 σελ. 42).

8. Με την απόφαση 94/800/ΕΚ του Συμβουλίου της Ευρωπαϊκής Κοινότητας της 22.12.1994, σχετικά με την εξ ονόματος της ΕΕ σύναψη συμφωνιών στα ζητήματα που εμπίπτουν στις αρμοδιότητές της (ΕΕ 1994, L 336, σ. 1), στο πλαίσιο των πολυμερών διαπραγματεύσεων του Γύρου της Ουρουγουάης (1986-1994), εγκρίθηκε η συμφωνία για τις δημόσιες συμβάσεις (ΣΔΣ) μεταξύ της ΕΕ και του Παγκοσμίου Οργανισμού Εμπορίου (ΠΟΕ- βλ. ΕΕ των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, C 256/3.9.1996), στόχος της οποίας είναι η θέσπιση ενός πολυμερούς πλαισίου ισόρροπων δικαιωμάτων και υποχρεώσεων για τις δημόσιες συμβάσεις, με σκοπό την ελευθέρωση και την επέκταση του παγκοσμίου εμπορίου (βλ. και αιτ. σκ. 17 της Οδ. 2014/24).

9. Στο άρθρο 43 της Οδηγίας 2014/25 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, με την οποία θεσπίστηκε το πλαίσιο για τις προμήθειες φορέων των κρατών-μελών που δραστηριοποιούνται, μεταξύ άλλων, στον τομέα των μεταφορών και η οποία εφαρμόζεται εν προκειμένω ως εκ του αντικειμένου της ελεγχόμενης δημόσιας σύμβασης, της εκτιμώμενης αξίας της και της φύσης του προσφεύγοντος αναθέτοντος φορέα ορίζεται: «Στον βαθμό που καλύπτονται από τα παραρτήματα 3, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ευρωπαϊκή Ένωση προσαρτήματος I της ΣΔΣ καθώς και από τις λοιπές διεθνείς

συμφωνίες από τις οποίες δεσμεύεται η Ένωση, οι αναθέτουσες αρχές (...) επιφυλάσσουν για τα έργα, τις προμήθειες, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς των χωρών που έχουν υπογράψει τις εν λόγω συμφωνίες μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τις προμήθειες, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ένωσης.».

10. Η ανακοίνωση της Ευρωπαϊκής Επιτροπής της 24.7.2019 με τίτλο «Κατευθυντήριες γραμμές για τη συμμετοχή προσφερόντων και αγαθών από τρίτες χώρες στην αγορά δημόσιων συμβάσεων της ΕΕ» [C(2019) 5494 final] περιλαμβάνει και τα εξής : «Στο πλαίσιο διάφορων διεθνών συμφωνιών (όπως η [ΣΔΣ] και οι διμερείς συμφωνίες ελεύθερων συναλλαγών με κεφάλαια σχετικά με τις δημόσιες συμβάσεις), η ΕΕ έχει δεσμευτεί να επιτρέπει την πρόσβαση στην ενωσιακή αγορά δημόσιων συμβάσεων για ορισμένα έργα, προμήθειες, υπηρεσίες και οικονομικούς φορείς διάφορων τρίτων χωρών. Ως εκ τούτου, οι οδηγίες για τις δημόσιες συμβάσεις προβλέπουν ότι οι αγοραστές του δημόσιου τομέα στην ΕΕ θα πρέπει να επιφυλάσσουν για τα έργα, τις προμήθειες, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς των χωρών που έχουν υπογράψει τις εν λόγω συμφωνίες μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τις προμήθειες, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της ΕΕ, στον βαθμό που αυτά καλύπτονται από τις εν λόγω συμφωνίες. Πέραν αυτής της υποχρέωσης, οι οικονομικοί φορείς από τρίτες χώρες, οι οποίες δεν έχουν συνάψει συμφωνία για το άνοιγμα της αγοράς δημόσιων συμβάσεων της ΕΕ ή των οποίων τα αγαθά, οι υπηρεσίες και τα έργα δεν καλύπτονται από σχετική συμφωνία, δεν έχουν εξασφαλισμένη πρόσβαση σε διαδικασίες σύναψης δημόσιων συμβάσεων στην ΕΕ και μπορούν να αποκλειστούν.».

11. Στο άρθρο 255 του Βιβλίου II του ν. 4412/2016, υπό τον τίτλο “Δικαιούμενοι συμμετοχής - Προϋποθέσεις που σχετίζονται με τη ΣΔΣ και άλλες διεθνείς συμφωνίες, με το οποίο μεταφέρθηκε στην εθνική έννομη τάξη το άρθρο 43 της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ, ορίζονται τα εξής: «1. Υποψήφιοι ή προσφέροντες και, σε περίπτωση ενώσεων, τα μέλη αυτών, μπορούν να είναι φυσικά ή νομικά πρόσωπα εγκατεστημένα σε: α) ένα κράτος - μέλος της Ένωσης ή β) σε κράτος - μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.) ή γ) σε

τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ, στο βαθμό που η υπό ανάθεση σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ως άνω ΣΔΣ ή δ) σε τρίτες χώρες που δεν εμπίπτουν στις ανωτέρω περιπτώσεις και έχουν συνάψει διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την Ένωση. 2. Στο βαθμό που καλύπτεται από τα Παραρτήματα 3, 4 και 5 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ευρωπαϊκή Ένωση Προσαρτήματος Ι΄ της ΣΔΣ, καθώς και από τις λοιπές διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες δεσμεύεται η Ένωση, οι αναθέτοντες φορείς κατά την έννοια της περίπτωσης α΄ της παραγράφου 1 του άρθρου 224 επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς των χωρών που έχουν υπογράψει τις εν λόγω συμφωνίες μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ένωσης».

12. Όπως προκύπτει και από την ανακοίνωση της Επιτροπής της 24.7.2019 (βλ. σκέψη 10), η διάταξη του άρθρου 43 της Οδ. 2014/25 απηχεί τη στρατηγική αμοιβαιότητας που εφαρμόζει η ΕΕ στο πλαίσιο της κοινής εμπορικής πολιτικής, στις σχέσεις της με τρίτες χώρες, οι οποίες δεν έχουν υπογράψει είτε διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες η ίδια δεσμεύεται είτε την ΣΔΣ. Αυτή η στρατηγική δύσκολα θα μπορούσε να επιτευχθεί εάν κάθε οικονομικός φορέας τρίτης χώρας μπορούσε να επικαλεστεί τα δικαιώματα που παρέχει το δίκαιο της ΕΕ για να αμυνθεί κατά του αποκλεισμού του κατά την διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης. Εξ αντιδιαστολής, από τη διάταξη του άρθρου 43 της ανωτέρω Οδηγίας 2014/25, συνάγεται ότι τα κράτη μέλη έχουν την ευχέρεια να μην επιφυλάσσουν εξίσου ευνοϊκή μεταχείριση στους οικονομικούς φορείς τρίτων χωρών, οι οποίες δεν έχουν υπογράψει τέτοιες συμφωνίες και, ως εκ τούτου, οι προαναφερόμενοι οικονομικοί φορείς δεν μπορούν να αξιώσουν προνομιακή πρόσβαση στις δημόσιες συμβάσεις της ΕΕ. Η παραδοχή οποιασδήποτε άλλης ερμηνευτικής άποψης θα καθιστούσε κενή νοήματος τη διάκριση μεταξύ των συμβαλλομένων και των μη συμβαλλομένων κρατών στις συμφωνίες αυτές. Επομένως, η ΕΕ δεν παρέχει στους οικονομικούς αυτούς φορείς, που είναι εγκατεστημένοι στις τρίτες αυτές χώρες, εξασφαλισμένη

πρόσβαση στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων, υπό την έννοια ότι δεν μπορούν να αντλήσουν δικαιώματα από το δίκαιο της ΕΕ για να διασφαλίσουν την πρόσβασή τους και ειδικότερα δεν μπορούν να επικαλεστούν την παραβίαση των αρχών της ισότητας, την απαγόρευση των διακρίσεων, της ασφάλειας δικαίου και της προστασίας της δικαιολογημένης εμπιστοσύνης, που προβλέπονται από το δίκαιο της Ένωσης, προκειμένου να αμυνθούν κατά του ενδεχόμενου αποκλεισμού τους (βλ. Προτάσεις Γ.Ε. της 11.5.2023 στην υπόθεση C-266/2022, CRRC Qingdao Sifang CO LTD, Astra Vagoane Călători SA κατά Autoritatea pentru Reformă Feroviară, Alstom Ferroviana SPA).

13. Επισημαίνεται, περαιτέρω, ότι κατ' εφαρμογή του άρθρου 207 παρ. 2 της ΣΛΕΕ, στο πλαίσιο άσκησης της κοινής εμπορικής πολιτικής της ΕΕ (βλ. προοίμιο και σκ. 3) θεσπίστηκε ο Κανονισμός 2022/1031 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 23.6.2022 (L 173 30.6.2022). Με τον Κανονισμό αυτό, ο οποίος, ενόψει του χρόνου έκδοσής του, δεν εφαρμόζεται στην ελεγχόμενη διαδικασία σύναψης δημόσιας σύμβασης προμηθειών πλην, όμως, αποτελεί ερμηνευτικό μέσο, ρυθμίζεται μεταξύ άλλων, η πρόσβαση των οικονομικών φορέων, αγαθών και υπηρεσιών τρίτων χωρών, στις αγορές της ΕΕ, στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων (μέσο για τις διεθνείς δημόσιες συμβάσεις IPI), υπό τη μορφή λήψης θετικών μέτρων εμπορικής άμυνας, που λαμβάνεται, σε βάρος των οικονομικών φορέων, αγαθών ή υπηρεσιών καταγωγής τρίτης χώρας (μέτρα IPI) προκειμένου να περιορισθεί ή και να αποκλεισθεί η πρόσβασή τους στις δημόσιες συμβάσεις, που συνάπτονται κατ' εφαρμογή των Οδ. 2014/23, 2014/24 και 2014/25. Επίσης, η δυνατότητα λήψης παρόμοιων μέτρων εμπορικής άμυνας, υπό τη μορφή έκδοσης εκτελεστών πράξεων που περιορίζουν ή αναστέλλουν την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων σε οικονομικούς φορείς τρίτων χωρών, ανατίθεται κατά τις προβλέψεις του άρθρου 86 της Οδηγίας 2014/25, στην Επιτροπή και το Συμβούλιο.

14. Δια της παραγράφου 1 του άρθρου 255 του ν. 4412/2016, ο εθνικός νομοθέτης, αποδελτίωσε και παρέθεσε συνοπτικά τις διάφορες κατηγορίες, δικαιούμενων να συμμετέχουν στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, όπως προκύπτουν από την κείμενη ενωσιακή νομοθεσία, χωρίς όμως να αποκλείει

και έτερες κατηγορίες προσφερόντων, για τις οποίες όμως δεν επιφυλάσσεται η αυτή προστασία των δικαιωμάτων πρόσβασης σ' αυτές και αντιμετώπισής τους. Άλλωστε δεν θα μπορούσε να προβεί σε μια τέτοια κανονιστικού περιεχομένου ρύθμιση, στο πλαίσιο διαμόρφωσης αυτόνομης εθνικής εμπορικής πολιτικής, δεδομένου ότι τούτο θα συνιστούσε παραβίαση της αποκλειστικής αρμοδιότητας της ΕΕ στην άσκηση της ενιαίας κοινής εμπορικής πολιτικής της, δυνάμει των άρθρων 3 παρ. 1 και 207 παρ. 1 ΣΛΕΕ, σύμφωνα και με όσα αναφέρονται στις σκ. 6 και 7. Εξάλλου, ο αποκλεισμός οικονομικών φορέων τρίτων χωρών ρυθμίζεται πλέον ως ελέγχθη στη σκέψη 13 από τον Καν. 2022/1031, καθώς και το άρθρο 86 της Οδ. 2014/25 με αμυντικά μέτρα που λαμβάνουν τα όργανα της Ε.Ε. Ούτε, όμως, θα μπορούσαν τα εθνικά όργανα να λάβουν θετικά μέτρα, κανονιστικού περιεχομένου, είτε με τη μορφή μονομερών νομοθετικών ή κανονιστικών πράξεων, είτε με τη μορφή διμερών διεθνών συμβάσεων, προκειμένου να ρυθμίσουν την πρόσβαση των οικονομικών φορέων εγκατεστημένων σε τρίτες χώρες, οι οποίοι δεν αποκλείονται κατ' εφαρμογή του Καν. 2022/1031 (ή και του άρθρου 86 της Οδ. 2014/25), επεκτείνοντας το υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής του ν. 4412/2016. Διότι και η λήψη αυτών των μέτρων, στο βαθμό που εμπίπτει στο πεδίο άσκησης της κοινής εμπορικής πολιτικής, ανήκει στην αποκλειστική αρμοδιότητα της ΕΕ και απαιτείται ρητή εξουσιοδότηση προκειμένου να παρασχεθεί τέτοια δυνατότητα στα κράτη μέλη, η οποία δεν υφίσταται. Πλην όμως, όπως προκύπτει από το άρθρο 43 της Οδηγίας 2014/25, όπως ερμηνεύτηκε ανωτέρω και το οποίο έχει μεταφερθεί στην εθνική έννομη τάξη από την εν λόγω διάταξη καθώς και εξ αντιδιαστολής από το άρθρο 86 της Οδ. 2014/25 και από τον Κανονισμό 2022/1031 (ανεξαρτήτως εάν αυτός διέπει μόνο το καθεστώς των διαδικασιών ανάθεσης συμβάσεων που δρομολογούνται μετά τη θέσπισή του), ουδόλως απαγορεύεται στις αναθέτουσες αρχές να αντλήσουν όφελος από μια οικονομικότερη ή βέλτιστη, σε σχέση με των άλλων διαγωνιζομένων, προσφορά η οποία υποβάλλεται από οικονομικό φορέα τρίτης χώρας, εφόσον πληροί τα κριτήρια επιλογής και καταλληλότητας και η προσφορά του δεν πάσχει εξ οιαδήποτε άλλου λόγου. Άλλως, εάν δηλαδή απαγορευόταν, με οριζόντιο τρόπο, η πρόσβαση στην αγορά δημοσίων

συμβάσεων της ΕΕ, οικονομικών φορέων τρίτων χωρών, για τις οποίες η ΕΕ δεν έχει αναλάβει σχετικές δεσμεύσεις πρόσβασης σ' αυτή στο πλαίσιο διεθνούς συμφωνίας (βλ. αρ. 2 παρ. ια Καν. 2022/1031: «μη καλυπτόμενες δημόσιες συμβάσεις»), καθίσταται κενού νοήματος η πρόβλεψη για επιβολή μέτρων «ΙΠΙ» από την Επιτροπή, δηλαδή για τον αποκλεισμό ή τον περιορισμό πρόσβασης στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων οικονομικών φορέων με καταγωγή από τέτοιες τρίτες χώρες. Με δεδομένο, μάλιστα, ότι η αρχή της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων βρίσκεται στον πυρήνα της νομοθεσίας για τις δημόσιες συμβάσεις, γύρω από την οποία διαρθρώνεται το σύνολο σχεδόν των διατάξεών τους, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς δεν μπορούν να προβάλλουν προστατευόμενα δικαιώματα, επικαλούμενοι κανόνες της εθνικής νομοθεσίας που διέπει τις διαδικασίες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων (ν. 4412/2016 λ.χ.), στο μέτρο που επιδιώκουν, μέσω της επίκλησής τους, την ίση μεταχείρισή τους με τους λοιπούς οικονομικούς φορείς (βλ. και Προτάσεις Γ.Ε. της 11.5.2023 στην υπόθεση C-266/2022, CRRC Qingdao Sifang CO LTD, Astra Vagoane Călători SA κατά Autoritatea pentru Reformă Feroviară, Alstom Ferrovie SPA, σκ. 65-66). Κατά συνέπεια, όπως προεκτέθηκε, οικονομικός φορέας εγκατεστημένος σε τρίτη χώρα- που δεν έχει υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ του ΠΟΕ ή δεν έχει υπογράψει διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την ΕΕ- μπορεί να έχει πρόσβαση σε ένα διαγωνισμό, που διεξάγεται από αναθέτουσα αρχή κράτους μέλους της ΕΕ βάσει των Οδηγιών για τις δημόσιες συμβάσεις, όμως η πρόσβαση αυτή δεν είναι εξασφαλισμένη, υπό την έννοια ότι μπορεί να αποκλειστεί ή και να μην επιλεγεί η προσφορά του, ανεξάρτητα εάν είναι η οικονομικότερη ή η βέλτιστη, χωρίς να δύναται να αντλήσει κανένα δικαίωμα από την ενωσιακή ή εθνική έννομη τάξη και να το επικαλεστεί προκειμένου να αμυνθεί κατά μιας τέτοιας δυσμενούς και άνισης μεταχείρισής του, και τούτο ανεξαρτήτως της σύναψης διμερούς σύμβασης μεταξύ του ανωτέρω κράτους μέλους και της τρίτης χώρας, καταγωγής του προσφέροντος οικονομικού φορέα, ευρισκόμενης σε ισχύ και των εξ αυτής αντλουμένων δικαιωμάτων.

15. Στην υπό κρίση περίπτωση, από τα στοιχεία του φακέλου που συνοδεύουν την ελεγχόμενη σύμβαση προκύπτουν όσα εκτίθενται στις σκέψεις 13 έως 17 που ακολουθούν.

16. Με την .../2021 διακήρυξη (ΑΔΑΜ :...) δημοπρατήθηκε από το Υπουργείο Υποδομών και Μεταφορών δημόσιος ανοιχτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός, άνω των ορίων εφαρμογής του ενωσιακού δικαίου, με τη χρήση της πλατφόρμας του ΕΣΗΔΗΣ και με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας – τιμής, για την επιλογή αναδόχου που θα αναλάβει την προμήθεια λεωφορείων και των παρελκομένων τους, με σκοπό την ανανέωση του στόλου των αστικών λεωφορείων για τις μείζονες περιοχές της Αθήνας και της Θεσσαλονίκης. Η δημοπρατούμενη προμήθεια υποδιαιρέθηκε σε πέντε (5) τμήματα, ο συνολικός προϋπολογισμός των οποίων ανέρχεται σε 309.270.000,00 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου του ΦΠΑ ποσού 74.225.800,00 ευρώ) και ειδικότερα ο προϋπολογισμός του ελεγχόμενου τμήματος 5 ανέρχεται σε 124.695.000,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ (154.621.800,0 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ). Η προμήθεια του ελεγχόμενου τμήματος 5 χρηματοδοτείται από το Ταμείο Ανάκαμψης και Ανθεκτικότητας (ΤΑΑ) καθώς και από πιστώσεις του Προγράμματος Δημοσίων Επενδύσεων (ΠΔΕ - βλ. την2022 απόφαση του Αναπληρωτή Υπουργού Οικονομικών περί ένταξης της προμήθειας 220 ηλεκτρικών λεωφορείων στο ΤΑΑ ως ισχύει, μετά την τροποποίησή της με τις2023 (ΑΔΑ: ...) και ...2023 (ΑΔΑ: ...) αποφάσεις του ίδιου οργάνου καθώς και την2023 (ΑΔΑ: ...) απόφαση του Υφυπουργού Ανάπτυξης και Επενδύσεων περί τροποποίησης του ΠΔΕ2023 αναφορικά με το ως άνω ΕΕ).

17. Το αντικείμενο του τμήματος 5, σύμφωνα με τη διακήρυξη (βλ. αρ. 1.3, Παράρτημα Ι και ΙΙ) αφορά στην προμήθεια 250 απλών ηλεκτρικών αστικών οχημάτων 12 μέτρων ελάχιστης αυτονομίας 180 χλμ, καθώς και των παρελκόμενων τους, ήτοι ανεξάρτητων σταθερών φορτιστών αργής φόρτισης, ένας (1) ανά όχημα ή ένας (1) ανά δύο οχήματα, ανάλογα με τις δυνατότητες

φόρτισης των φορτιστών, δηλαδή σύνολο 175 έως 350, καθώς και την προμήθεια επτά (7) κινητών μονάδων (διατάξεων συσσωρευτή – ταχυφορτιστή για την φορητή εξυπηρέτηση των οχημάτων), με κατάλληλη διαμόρφωση και εξοπλισμό για την φορητή εξυπηρέτηση ηλεκτρικών λεωφορείων σε περίπτωση ανάγκη φόρτισης επιτόπου. Επίσης συμπεριλαμβάνεται και η κατάρτιση Έκθεσης Εγκατάστασης των Φορτιστών Αργής Φόρτισης στα αμαξοστάσια της Αττικής και της Θεσσαλονίκης, καθώς και η προμήθεια όλων των πληροφοριακών στοιχείων και το υλικό κατασκευής, συντήρησης, επισκευής και χειρισμού των οχημάτων και των φορτιστών, των εγχειριδίων, των τεχνικών εγγράφων και των εικονογραφημένων καταλόγων εξαρτημάτων που είναι απαραίτητα για την εκπαίδευση των οδηγών, τη λειτουργία, τη συντήρηση, τη γενική επισκευή, την ανίχνευση και την αποκατάσταση των βλαβών και την επισκευή των οχημάτων και των παρελκομένων τους, καθώς και του βιβλίου του «ιστορικού» του κάθε οχήματος. Η διάρκεια της σύμβασης μέχρι την οριστική παραλαβή των προς προμήθεια ειδών του τμήματος 5, ορίζεται σε 580 ημερολογιακές ημέρες ενώ παρέχεται και εγγύηση καλής λειτουργίας διάρκειας πέντε (5) ετών από την ημερομηνία οριστικής παραλαβής των οχημάτων και διάρκειας έξι (6) ετών η οποία αφορά στους φορτιστές βραδείας φόρτισης και τους συσσωρευτές αυτών καθώς επίσης και στους ταχυφορτιστές των διατάξεων φορητής εξυπηρέτησης των ηλεκτρικών λεωφορείων. Κατά την περίοδο της εγγυημένης λειτουργίας (βλ. αρ. 6.5) ο ανάδοχος δεσμεύεται και οφείλει, εκτός των άλλων, να προβαίνει στην προβλεπόμενη συντήρηση και να αποκαθιστά οποιαδήποτε βλάβη των οχημάτων, υποκείμενος στον έλεγχο την Επιτροπής Παραλαβής. Επίσης (Παράρτημα II, σελ. 320) οφείλει, για πέντε (5) έτη μετά το χρόνο λήξης της περιόδου εγγύησης καλής λειτουργίας, να διαθέτει απρόσκοπτα όλα τα απαραίτητα ανταλλακτικά, τα οποία θα αποθηκεύονται σε χώρο ενδιάμεσης αποθήκευσης μέχρι την εγκατάστασή τους, στο χώρο των αμαξοστασίων των φορέων λειτουργίας των μέσων μαζικής μεταφοράς στην Αθήνα και Θεσσαλονίκη. Επιπλέον προβλέφθηκε (Παράρτημα II, σελ. 329) η υποχρέωση του αναδόχου, άμα τη παραδόσει του πρώτου οχήματος, να προμηθεύσει στα ως άνω αμαξοστάσια, όλα τα ειδικά εργαλεία και το διαγνωστικό εξοπλισμό που απαιτούνται σύμφωνα με την εμπειρία του για τη

συντήρηση, επισκευή, ανίχνευση και αποκατάσταση προβλημάτων, τις λειτουργικές δοκιμές και ρυθμίσεις όλων των συστημάτων και του εξοπλισμού των λεωφορείων και των φορτιστών. Παράλληλα όλα τα ειδικά εργαλεία και ο διαγνωστικός εξοπλισμός θα προσφερθούν με την απαραίτητη τεκμηρίωση που ακολουθεί σε έντυπη και ηλεκτρονική μορφή μαζί με τις οδηγίες του χειριστή, τα εγχειρίδια συντήρησης, ρύθμισης, λειτουργίας και γενικών επισκευών, τους εικονογραφημένους καταλόγους ανταλλακτικών, τις τεχνικές προδιαγραφές και τα εκπαιδευτικά εγχειρίδια και τα φύλλα στοιχείων και δεδομένων. Τέλος, μεταξύ των άλλων, ορίζεται (Παράρτημα II, σελ. 338) ότι στο συμβατικό τίμημα περιλαμβάνεται και η παροχή στην Αναθέτουσα Αρχή του δικαιώματος χρήσης του συνόλου των πνευματικών δικαιωμάτων του αναδόχου και των υπεργολάβων/προμηθευτών του που ενσωματώνονται στην προμήθεια, όπως και η παραχώρηση άνευ ουδεμίας περαιτέρω επιβάρυνσης, πέραν από την καταβολή του συμβατικού τιμήματος, για χρονικό διάστημα είκοσι (20) ετών από την υπογραφή της σύμβασης του δικαιώματος της χρήσης κάθε προϊόντος ευρεσιτεχνίας, υποδείγματος χρησιμότητας ή οποιουδήποτε προϊόντος βιομηχανικής ιδιοκτησίας παράγει ή χρησιμοποιεί ο ανάδοχος στο πλαίσιο της σύμβασης, στην έκταση, με τον τρόπο και τα μέσα που η αναθέτουσα αρχή κρίνει. Επίσης η αναθέτουσα αρχή δικαιούται στην αδιακώλυτη άσκηση όλων των εξουσιών που απορρέουν από τα πνευματικά δικαιώματα για την καθ' οιονδήποτε τρόπο βελτίωση, αναβάθμιση, εκσυγχρονισμό και λειτουργία των οχημάτων.

18. Αναφορικά με τους δικαιούμενους συμμετοχής το άρθρο 2.2.1 της διακήρυξης ορίζει : «1. Δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία σύναψης της παρούσας σύμβασης έχουν φυσικά ή νομικά πρόσωπα και, σε περίπτωση ενώσεων οικονομικών φορέων, τα μέλη αυτών, που είναι εγκατεστημένα σε: (α) κράτος-μέλος της Ένωσης, (β) κράτος-μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.), (γ) τρίτες χώρες που έχουν υπογράψει και κυρώσει τη ΣΔΣ, στο βαθμό που η υπό ανάθεση δημόσια σύμβαση καλύπτεται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5, 6 και 7 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος I της ως άνω Συμφωνίας, καθώς και (δ) σε τρίτες χώρες που δεν

εμπίπτουν στην περίπτωση γ' της παρούσας παραγράφου και έχουν συνάψει διμερείς ή πολυμερείς συμφωνίες με την Ένωση σε θέματα διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Διευκρινίζεται ότι, από τις παραπάνω περιπτώσεις δεν αποκλείονται σε καμία περίπτωση χώρες που είναι σε διαδικασία υπογραφής σύμβασης κατά το στοιχείο (γ) συμπεριλαμβανομένων των παρατηρητών – observers – καθώς και χώρες που έχουν υπογράψει συμφωνίες προώθησης και αμοιβαίας προστασίας επενδύσεων ή ανάλογες οικονομικές συμφωνίες / συμβάσεις με την Ελλάδα, ή χώρες της ΕΖΕΣ καθώς και χώρες που τελούν σε Τελωνειακή Ένωση με την Ευρωπαϊκή Ένωση. Στο βαθμό που καλύπτονται από τα Παραρτήματα 1, 2, 4 και 5, 6 και 7 και τις γενικές σημειώσεις του σχετικού με την Ένωση Προσαρτήματος Ι της ΣΔΣ, καθώς και τις λοιπές διεθνείς συμφωνίες από τις οποίες δεσμεύεται η Ένωση, οι αναθέτουσες αρχές επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς των χωρών που έχουν υπογράψει τις εν λόγω συμφωνίες μεταχείριση εξίσου ευνοϊκή με αυτήν που επιφυλάσσουν για τα έργα, τα αγαθά, τις υπηρεσίες και τους οικονομικούς φορείς της Ένωσης.».

19. Ως καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών ορίστηκε αρχικά η ...2021 και κατόπιν διαδοχικών νομίμων παρατάσεων, σε συνέχεια αιτημάτων οικονομικών φορέων και παροχής διευκρινήσεων εκ μέρους της αναθέτουσας Αρχής, η2022. Στη συνέχεια, με το Πρακτικό2022 της ΕΔΔ διαπιστώθηκε η υποβολή προσφορών για το τμήμα 5 από τους οικονομικούς φορείς α) «...», β) «...» και γ) «...» και προτάθηκε το μεν η αποδοχή της τεχνικής προσφοράς και των δικαιολογητικών συμμετοχής των δύο πρώτων [υπό στοιχ. α) και β)] οικονομικών φορέων και η βαθμολόγησή τους με 128,65 και 146,181 μονάδες, αντίστοιχα, σύμφωνα με το άρθρο 2.3.1.5 της διακήρυξης με αναλυτική λεκτική αιτιολόγηση, το δε, με νόμιμη αιτιολογία, η απόρριψη της προσφοράς του τρίτου κατά σειρά [υπό στοιχ. γ)] οικονομικού φορέα εξαιτίας μη πλήρωσης της απαίτησης τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας αλλά και ελλείψεων αναφορικά με τις τεχνικές προδιαγραφές των προς προμήθεια ειδών και παράθεσης οικονομικών στοιχείων εντός της τεχνικής του προσφοράς. Το ως άνω Πρακτικό ...εγκρίθηκε με την2022 απόφαση του Γενικού Γραμματέα

(ΓΓ) Μεταφορών. Κατά της προαναφερθείσας2022 εγκριτικής απόφασης, ο αποκλεισθείς οικονομικός φορέας, «...», άσκησε την από2022 προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ κατά της «...», η οποία απορρίφθηκε σιωπηρώς (βλ. την2023 βεβαίωση της ΕΑΔΗΣΥ). Κατά της τελευταίας (σιωπηρής απόρριψης), ο ίδιος οικονομικός φορέας άσκησε την ...2023 αίτηση ακύρωσης και αναστολής από την οποία ακολούθως παραιτήθηκε (βλ. και την2023 πράξη αποδοχής παραίτησης του Προέδρου του Στ' Τμήματος του ΣτΕ). Κατόπιν παρατάσεως της ισχύος της προσφοράς (έως τις2023) και των οικείων εγγυητικών επιστολών (έως τις2023 αντίστοιχα) των οικονομικών φορέων «...» και «...», όχι όμως και του οικονομικού φορέα «...» (βλ. και σχετική από2023 επιστολή του νομίμου εκπροσώπου της, σύμφωνα με την οποία η τελευταία επιπροσθέτως παραιτείται από κάθε δικαίωμα αμφισβήτησης του ως κατωτέρω αποκλεισμού της) με το Πρακτικό2023 της ΕΔΔ προτάθηκε, μεταξύ άλλων, ο αποκλεισμός του οικονομικού φορέα «...», εξαιτίας της μη παράτασης της προσφοράς του, εισήγηση η οποία εγκρίθηκε με την ...2023 απόφαση του ΓΓ Μεταφορών (ανάρτηση μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις2023).

20. Κατόπιν ανοίγματος της οικονομικής προσφοράς του μοναδικού πλέον προσφέροντος οικονομικού φορέα «...» (βλ. Πρακτικό2023), με την εγκριτική του προαναφερθέντος Πρακτικού2023 απόφαση του ΓΓ Μεταφορών ανακηρύχθηκε ο εν λόγω οικονομικός φορέας προσωρινός ανάδοχος του τμήματος 5 με συνολική προσφορά 110.825.000,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ (ανάρτηση μέσω ΕΣΗΔΗΣ στις ...2023). Μετά, δε, τον έλεγχο των προσκομισθέντων από τον προσωρινό ανάδοχο δικαιολογητικών κατακύρωσης (βλ. Πρακτικό2023), με την2023 απόφαση του ΓΓ Μεταφορών, κατακυρώθηκε οριστικά το αποτέλεσμα του διαγωνισμού στην προαναφερθείσα εταιρεία σύμφωνα με την ανωτέρω περιγραφείσα προσφορά της και υποβλήθηκε προς έλεγχο το οικείο σχέδιο σύμβασης.

21. Κατά την κρίση του Κλιμακίου, διά της παρ. 1 του ως άνω άρθρου 255 του ν. 4412/2016 προβλέπονται περιοριστικά - προς τούτο και η αναλυτική απαρίθμησή τους- οι δικαιούμενοι συμμετοχής και οι δικαιούμενοι προς υποβολή προσφοράς στις δημόσιες διαγωνιστικές διαδικασίες, στους οποίους δεν

περιλαμβάνονται προσφέροντες, που εδρεύουν σε τρίτες χώρες, όπως είναι και η Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας, οι οποίες δεν καλύπτουν τα προαπαιτούμενα του ΠΟΕ ή δεν τελούν σε διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την ΕΕ. Κατά συνέπεια, η ανακηρυχθείσα ανάδοχος και α΄ προσφεύγουσα, η οποία έχει την έδρα της στην Λαϊκή Δημοκρατία της Κίνας, μη νομίμως συμμετείχε στον εν λόγω διαγωνισμό.

22. Με τις κρινόμενες προσφυγές προβάλλεται ότι το άρθρο 255 του ν. 4412/2016 και η μεταφερθείσα, δι' αυτής στην εθνική έννομη τάξη, αντίστοιχη διάταξη του άρθρου 43 της Οδηγίας 2014/25, ρυθμίζουν το ελάχιστο υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής των συμμετεχόντων στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, προς τους οποίους παρέχεται εξασφαλισμένη πρόσβαση, χωρίς να απαγορεύουν ρητά ή εμμέσως τη συμμετοχή λοιπών μη περιλαμβανόμενων στο πεδίο εφαρμογής των άνω διατάξεων συμμετεχόντων. Κατά τους προσφεύγοντες, καταλείπεται στην ευρεία διακριτική ευχέρεια κάθε αναθέτουσας αρχής να επιλέξει τη διεύρυνση ή μη του κύκλου των δικαιουμένων συμμετοχής στο πλαίσιο της κατάρτισης του κανονιστικού πλαισίου του εκάστοτε διαγωνισμού, με τα έγγραφα της διαδικασίας ανάθεσης.

23. Περαιτέρω, με τη δεύτερη προσφυγή ανάκλησης προβάλλεται ότι ο εθνικός νομοθέτης στερείται αρμοδιότητας ως προς τη λήψη του μέτρου του γενικού, αυτόματου και οριζόντιου αποκλεισμού οικονομικών φορέων από τρίτες χώρες, διότι ένα τέτοιο μέτρο που ρυθμίζει τις εμπορικές συναλλαγές με τρίτα κράτη ανάγεται στην κοινή εμπορική πολιτική και αποτελεί αποκλειστική αρμοδιότητα της Ε.Ε. δυνάμει των άρθρων 3 και 216 της ΣΛΕΕ. Κατά συνέπεια πεπλανημένα η προσβαλλόμενη υπέλαβε ότι δήθεν ο εθνικός νομοθέτης με το άρθρο 255 του ν. 4412/2016 αποφάσισε να προβεί σε γενικό και αυτόματο αποκλεισμό των οικονομικών φορέων τρίτων χωρών, οι οποίες δεν περιλαμβάνονται στο πεδίο εφαρμογής της άνω διάταξης.

24. Οι λόγοι αυτοί πρέπει να εξεταστούν από κοινού. Όπως εκτέθηκε και παραπάνω (βλ. σκ. 14, επίσης σκ. 3 του Καν. 2022/1031) η πρόσβαση των οικονομικών φορέων, εγκατεστημένων σε τρίτες χώρες, στις δημόσιες συμβάσεις που συνάπτονται κατ' εφαρμογή των Οδ. 2014/23, 2014/24 και 2014/25, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της κοινής εμπορικής πολιτικής της ΕΕ, το οποίο ανήκει

στην αποκλειστική αρμοδιότητά της. Στο κανονιστικό αυτό πλαίσιο, λοιπόν, τα κράτη μέλη δεν μπορούν να θεσπίσουν μέτρα, τα οποία έχουν αποκλειστικό ή έστω κύριο σκοπό να ρυθμίσουν κανονιστικά είτε αμυντικά τον αποκλεισμό, είτε και θετικά την πρόσβαση των προαναφερόμενων οικονομικών φορέων στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων στο πλαίσιο άσκησης της εμπορικής τους πολιτικής, διότι με τον τρόπο αυτό κατακερματίζεται η άσκηση της κοινής εμπορικής πολιτικής, η οποία πρέπει να διαμορφώνεται επί ενιαίων αρχών, σύμφωνα και με όσα αναπτύχθηκαν στη σκ. 12. Έτι περαιτέρω, δεν επιτρέπεται η διάχυση της κανονιστικής αυτής αρμοδιότητας στις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς εκάστου κράτους μέλους, διακριτά, διότι ο κίνδυνος κατακερματισμού εντείνεται ακόμα περισσότερο. Ούτε βέβαια προκύπτει τέτοια εξουσιοδότηση από τις διατάξεις των Οδηγιών 2014/24 και 2014/25 προς τις αναθέτουσες αρχές και τους αναθέτοντες φορείς, όπως εσφαλμένως υπολαμβάνουν οι προσφεύγοντες. Εξάλλου, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη (ΕλΣυν Τμ Έβδομο 10/2023, σκ. 14, ΣτΕ 4433/2011) και ως εκ τούτου η θέσπιση τέτοιων όρων, υπό το πρίσμα του εθνικού δικαίου, δεν είναι δυνατή, καθόσον ακόμα κι αν παρεχόταν, στον εθνικό νομοθέτη, δυνάμει ενωσιακής προέλευσης διάταξης, σχετική εξουσιοδότηση, η ενάσκηση της εμπορικής πολιτικής του κράτους μέλους δεν δύναται να διαφοροποιείται, κατά τα προεκτεθέντα, από όσα αποδέχεται η ΕΕ διά των οργάνων της στο πεδίο αυτό. Αβασίμως επομένως υποστηρίζουν οι προσφεύγοντες ότι καταλείπεται στην ευρεία διακριτική ευχέρεια κάθε αναθέτουσας αρχής να επιλέξει τη διεύρυνση ή μη του κύκλου των δικαιουμένων συμμετοχής οικονομικών φορέων από τρίτες χώρες, στο πλαίσιο της κατάρτισης του κανονιστικού πλαισίου του εκάστοτε διαγωνισμού, με τα έγγραφα της διαδικασίας ανάθεσης.

25. Ωστόσο, όπως όλως αναλυτικά και λεπτομερώς εκτέθηκε ανωτέρω στη σκ. 14, ουδόλως απαγορεύεται στις αναθέτουσες αρχές, και συγκεκριμένα στο δεύτερο κατά σειρά προσφεύγον, να αντλήσουν όφελος από την οικονομικότερη ή βέλτιστη, σε σχέση με των άλλων διαγωνιζομένων, προσφορά η οποία υποβάλλεται από οικονομικό φορέα τρίτης χώρας που δεν έχει υπογράψει και κυρώσει την ΣΔΣ και δεν έχει συνάψει διμερή ή πολυμερή συμφωνία με την

ΕΕ , όπως είναι η πρώτη κατά σειρά προσφεύγουσα, ο οποίος πληροί τα κριτήρια επιλογής και καταλληλότητας και η προσφορά του δεν πάσχει, εν γένει, εξ οιοδήποτε άλλου λόγου. Κατά συνέπεια οι προβαλλόμενοι λόγοι πρέπει να γίνουν δεκτοί καθ' ο μέρος, αποκλειστικά, προβάλλουν ότι δεν απαγορευόταν εκ προοιμίου και κατά κανόνα η συμμετοχή και περαιτέρω η κατακύρωση του διαγωνισμού στην πρώτη προσφεύγουσα εταιρεία.

26. Δεκτών γενομένων των ως άνω λόγων παρέλκει η εξέταση των λοιπών προβαλλόμενων με τις κρινόμενες προσφυγές λόγων ως αλυσιτελών.

27. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω και δεδομένου ότι δεν αναδείχθηκε από το Κλιμάκιο άλλος διακωλυτικός λόγος υπογραφής του ελεγχόμενου σχεδίου σύμβασης, πρέπει οι κρινόμενες προσφυγές ανάκλησης να γίνουν δεκτές και να ανακληθεί η προσβαλλόμενη .../2023 Πράξης του Στ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται τις από 9.6.2023 προσφυγές ανάκλησης της εταιρείας με την επωνυμία «...» και του Ελληνικού Δημοσίου.

Ανακαλεί την .../2023 Πράξη του Στ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Αποφαίνεται ότι δεν κωλύεται η σύναψη της ελεγχόμενης σύμβασης, με αντικείμενο την προμήθεια λεωφορείων και των παρελκομένων τους, με σκοπό την Ανανέωση Στόλου Αστικών Λεωφορείων για τις μείζονες περιοχές της Αθήνας και της Θεσσαλονίκης-Τμήμα 5, μεταξύ του Υπουργείου Υποδομών και Μεταφορών ως αναθέτοντος φορέα και της αναδόχου εταιρείας «...», αντίγραφο της οποίας σε ηλεκτρονική μορφή, επισυναπτόμενο στην παρούσα, τηρείται στη Γραμματεία του Δικαστηρίου.

Διατάσσει την επιστροφή του παραβόλου στην πρώτη προσφεύγουσα εταιρεία.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στην Αθήνα στις 30 Ιουνίου 2023.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ

ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

ΑΡΓΥΡΩ ΜΑΥΡΟΜΜΑΤΗ

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ**

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου
την 12 Ιουλίου 2023.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΣΗΜΙΝΑ ΣΑΝΤΟΡΙΝΑΙΟΥ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ**