

ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 21 Ιουνίου 2022, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Τμήματος, Αργυρώ Μαυρομάτη και Ιωάννης Καλακίκος, Σύμβουλοι, Ευαγγελία Πασπάτη και Ελένη Νικολάου, Πάρεδροι που μετέχουν με συμβουλευτική γνώμη.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας: Παραστάθηκε ο Αντεπίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο Ιωάννης Κάρκαλης, ως νόμιμος αναπληρωτής του Επιτρόπου της Επικρατείας.

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

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 16.6.2022 (ΑΒΔ)

προσφυγή ανάκλησης:

της Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης και Αποχέτευσης (ΑΦΜ), που εδρεύει στη ... (.....), όπως νόμιμα εκπροσωπείται, η οποία παραστάθηκε διά του πληρεξουσίου της δικηγόρου Βασίλειου Αθανασίου (ΔΣΘ ΑΜ 8374),

Το Δημόσιο, όπως νόμιμα εκπροσωπείται από τον Υπουργό Οικονομικών, παραστάθηκε διά της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Στελιανής Κουστουμπάρδη.

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

Κατά τη συνεδρίαση το Δικαστήριο άκουσε:

Τον πληρεξούσιο του προσφεύγοντος, ο οποίος ζήτησε την παραδοχή της προσφυγής ανάκλησης.

Την εκπρόσωπο του Δημοσίου, η οποία δήλωσε ότι επαφίεται στην κρίση του Δικαστηρίου. Και

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας, ο οποίος πρότεινε την έκδοση προδικαστικής απόφασης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε σε διάσκεψη εξ αποστάσεως κατ' άρθρο 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020, μέσω της δημόσιας υπηρεσίας e-presence.gov.gr., με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του και της Γραμματέα του.

Άκουσε την εισήγηση της Παρέδρου Ελένης Νικολάου και

Αφού μελέτησε τη δικογραφία

Σκέφθηκε κατά το νόμο και

Αποφάσισε τα ακόλουθα

1. Για την άσκηση της υπό κρίση προσφυγής ανάκλησης δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου (βλ. άρθρα 335 παρ. 1, 336 παρ. 1 και 308 παρ. 3 του ν. 4700/2020, Α' 127, άρθρο 276 παρ. 1 του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων, ν. 3463/2006, Α' 114, ΕΣ Ολ. 2494/2020, 2135/2020, Έβδομο Τμήμα 392/2022, 1472, 1471/2021, 1201/2021).

2. Με την υπό κρίση προσφυγή, όπως αναπτύσσεται με το από 21.6.2022 υπόμνημα, ζητείται η ανάκληση της πράξης του ΣΤ' Κλιμακίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης ανάμεσα στην προσφεύγουσα και την ανώνυμη εταιρεία «.....»» με αντικείμενο «Αναβάθμιση ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού Εγκατάστασης Επεξεργασίας Λυμάτων», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 2.187.720,00 ευρώ (πλέον ΦΠΑ).

3. Η υπό κρίση προσφυγή έχει ασκηθεί παραδεκτώς, συνεπώς πρέπει να εξεταστεί ως προς τη νομική και ουσιαστική βασιμότητα των προβαλλόμενων λόγων.

4. Από τις διατάξεις των άρθρων 305 παρ. 1 και 2 και 308 παρ. 1 του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016, εφαρμοστέου εν προκειμένω ως εκ του αναθέτοντος

φορέα και του αντικειμένου της προμήθειας, σε συνδυασμό προς τις διατάξεις των άρθρων 75 παρ. 1, 3 και 4, 79 παρ. 1, 80 παρ. 1, 4 και 5 του ίδιου νόμου, στις οποίες οι προαναφερόμενες διατάξεις παραπέμπουν, και τα οριζόμενα στο Μέρος Ι, με τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια», του Παραρτήματος ΧΙΙ, με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής», του Προσαρτήματος Α΄ του νόμου αυτού, όπως έχουν ερμηνευθεί από το Δικαστήριο τούτο (ΕΣ Ολ. 180/2022, 1832, 1136/2021, Έβδομο Τμ. 576, 354/2022, 1306, 1243/2021 κ.ά.), συνάγεται ότι κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων στον τομέα του ύδατος, καθώς και στις συμβάσεις τις συνδεόμενες με την αποχέτευση και επεξεργασία λυμάτων ανατιθέμενες από αναθέτοντες φορείς που ασκούν δραστηριότητα στο τομέα του ύδατος, ο αναθέτων φορέας έχει τη δυνατότητα να θεσπίσει με τα έγγραφα της σύμβασης κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων, και δη κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Σε περίπτωση που επιλέξει να υιοθετήσει τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στο άρθρο 75 του ν. 4412/2016, η ικανοποίηση αυτών αποδεικνύεται με τα αποδεικτικά μέσα και τους κανόνες απόδειξης που καθορίζονται στα άρθρα 79 και 80 του ίδιου νόμου. Η κατά το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 και προς απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των υποψηφίων οικονομικών φορέων απαίτηση του αναθέτοντος φορέα να ικανοποιούν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου (ειδικού) κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση, αναφέρεται στην πλησιέστερη στο χρόνο έκδοσης της διακήρυξης του διαγωνισμού οικονομική χρήση ή έτος. Επομένως, το έτος που προηγείται του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης ως εγγύτερο στο χρόνο διεξαγωγής του διαγωνισμού είναι το πλέον πρόσφορο για τη διακρίβωση της ποιοτικής, ειδικότερα, οικονομικής και χρηματοοικονομικής, επάρκειας των υποψηφίων. Η απαίτηση αυτή, κατ' επιλογή του αναθέτοντος φορέα, μπορεί να εκτείνεται σε βάθος έως και τριών ετών κατ' ανώτατο όριο, συμπεριλαμβανομένου του ακριβώς προηγούμενου του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης. Συνεπώς, όρος της διακήρυξης, με τον οποίο η κρίσιμη τριετία, προς απόδειξη του απαιτούμενου ύψους του γενικού ή ειδικού κύκλου εργασιών και, συνακόλουθα, του κριτηρίου

της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, υπολογίζεται κατά παράλειψη του ακριβώς προηγούμενου της δημοσίευσης της διακήρυξης έτους, είναι μη νόμιμος. Και τούτο, διότι έχει ως αποτέλεσμα να αποκλείονται ενδεχομένως οι οικονομικοί φορείς που πληρούν το κριτήριο αυτό κατά το πλέον πρόσφορο έτος, δηλαδή αυτό που προηγείται του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης, όμως δεν το πληρούν κατά το έτος που εξέρχεται της τριετίας πριν από τη δημοσίευση της διακήρυξης και περιλαμβάνεται στην κρίσιμη κατά τη διακήρυξη τριετία (πρβλ. ΕΣ Ολ. 180/2022, Έβδομο Τμήμα 576, 354/2022). Για την ταυτότητα του νομικού λόγου, το αυτό πρέπει να γίνει δεκτό και για τα έτη που επιλέγονται ως κρίσιμα για τον έλεγχο της απαίτησης, ως στοιχείου απόδειξης της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, να μην εμφανίζει αρνητικό αποτέλεσμα ο ισολογισμός.

5. Στην διακήρυξη της προσφεύγουσας, ως κριτήριο ανάθεσης ορίζεται η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας - τιμής στο σύνολο της προϋπολογιζόμενης δαπάνης της προμήθειας.

6. Ως προς την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των υποψήφιων οικονομικών φορέων, στη διακήρυξη ορίζονται τα εξής: «(...) 2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια • Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (άρθρο 75 § 3 του Ν. 4412/2016), για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να ικανοποιούν τα ακόλουθα κριτήρια: α) Ο μέσος γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις (έτη 2017, 2018, 2019), συνοδευόμενες από τους αντίστοιχους ισολογισμούς, να είναι ίσος ή μεγαλύτερος των 2.000.000 € (χωρίς ΦΠΑ), καθώς και ο ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών της επιχείρησης στον τομέα «Προμήθεια & εγκατάσταση εξοπλισμού ΕΕΛ» και «Κατασκευή μονάδων ΕΕΛ», για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις (έτη 2017, 2018, 2019), αθροιστικά να είναι ίσος ή μεγαλύτερος των 2.100.000 € (χωρίς ΦΠΑ). β) (...) γ) Καθορίζεται ως ελάχιστο επίπεδο για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, να μην υπήρξε καμία φορά αρνητικό το αποτέλεσμα του ισολογισμού για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις (έτη

2017, 2018, 2019). (...) 2.2.9.2 Αποδεικτικά μέσα Α. (...) Β.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν (Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄ του ν. 4412/2016) επί ποινή αποκλεισμού μαζί με την προσφορά τους στον υποφάκελο «Δικαιολογητικά», τα παρακάτω οριζόμενα στοιχεία για την απόδειξη της ελάχιστα αποδεκτής: α) Για την απόδειξη του Κριτηρίου Α • Υπεύθυνη δήλωση του διαγωνιζομένου για το μέσο γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις (έτη 2017, 2018, 2019) συνοδευόμενη από τους αντίστοιχους ισολογισμούς. Ο διαγωνιζόμενος θα καταθέσει τα ΦΕΚ ή τις σχετικές ανακοινώσεις του ΓΕΜΗ (Τεύχος ΑΕ - ΕΠΕ και Γ.Ε.Μ.Η.) με τους εγκεκριμένους και νομίμως δημοσιευμένους ισολογισμούς του, ενώ για όποιες οικονομικές χρήσεις δεν έχουν δημοσιευτεί ισολογισμοί σε ΦΕΚ, είναι αποδεκτά αντίγραφα οικονομικών εφημερίδων όπου έχουν δημοσιευτεί οι ισολογισμοί αυτοί. Επίσης κατάλληλη δήλωση/βεβαίωση από τον υπεύθυνο λογιστήριου του Οικονομικού Φορέα ή τον Ορκωτό Ελεγκτή στην οποία να εμφανίζεται ο μέσος ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών της επιχείρησης στον τομέα «προμήθεια & εγκατάσταση εξοπλισμού ΕΕΛ» και «κατασκευή μονάδων ΕΕΛ» για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις (έτη 2017, 2018, 2019). Σε περίπτωση μη υποχρέωσης έκδοσης ισολογισμών, μπορεί να καταθέσει ισοδύναμα λογιστικά ή άλλα έγγραφα ή φωτοαντίγραφα των αντίστοιχων Φορολογικών Δηλώσεων. (...)).

7. Στο διαγωνισμό συμμετείχαν οι οικονομικοί φορείς «.....» και «.....», οι προσφορές των οποίων απορρίφθηκαν νομίμως ως απαράδεκτες λόγω ελλείψεων στα δικαιολογητικά συμμετοχής, «.....» και «.....», τα δικαιολογητικά συμμετοχής των οποίων ελέγχθηκαν από την Επιτροπή Διαγωνισμού και βρέθηκαν πλήρη και σύμφωνα με τις απαιτήσεις της διακήρυξης (πρακτικό 1/30.7.2021 της Επιτροπής Διαγωνισμού, εγκριτική απόφαση του ΔΣ της ΔΕΥΑ.). Με την απόφαση του ΔΣ της ΔΕΥΑ. το αποτέλεσμα κατακυρώθηκε στον οικονομικό φορέα «.....»

.....», με οικονομική προσφορά ύψους 2.122.088,40 ευρώ (πλέον ΦΠΑ).

8. Με την προσβαλλόμενη πράξη του το Κλιμάκιο έκρινε ότι μη νομίμως με την διακήρυξη τέθηκαν ως κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (άρθρο 2.2.5) ο μέσος γενικός και ο ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών των ετών 2017, 2018 και 2019, καθώς και η μη εμφάνιση αρνητικού αποτελέσματος του ισολογισμού στα έτη αυτά (2017, 2018 και 2019), διότι για τη συνδρομή και την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των υποψήφιων οικονομικών φορέων, κρίσιμα είναι τα στοιχεία που τελούν σε χρονική εγγύτητα με την ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης. Ως εκ τούτου, μη νομίμως εξαιρέθηκε το έτος 2020, που αποτελεί το εγγύτερο στο χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού έτος και μη νομίμως ζητήθηκε η προσκόμιση των αντίστοιχων οικονομικών στοιχείων, που εκφεύγουν του ανώτατου χρονικού πλαισίου (τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, οι οποίες εν προκειμένω αντιστοιχούν στις χρήσεις 2018, 2019 και 2020, εφόσον η διακήρυξη δημοσιεύθηκε το έτος 2021) που τίθεται με τις διατάξεις του Μέρους Ι, με τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια», του Παραρτήματος XII, με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής», του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016. Η θέσπιση των επίμαχων όρων, με τους οποίους περιορίστηκε ο κύκλος των υποψήφιων οικονομικών φορέων μόνο σ' εκείνους που πληρούσαν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας κατά τα έτη 2017, 2018 και 2019, αποκλειομένων όσων πληρούσαν τα εν λόγω κριτήρια κατά το έτος 2020, το οποίο είναι το εγγύτερο προς το χρόνο διεξαγωγής του διαγωνισμού και άρα το πλέον πρόσφορο, χωρίς μάλιστα να συντρέχει βάσιμος προς τούτο δικαιολογητικός λόγος, έπληξε τη νομιμότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας και, συνεπώς, συνιστά ουσιώδη νομική πλημμέλεια, καθόσον απέτρεψε τους δυνητικά ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς - οι οποίοι είχαν ετήσιο γενικό και ειδικό κύκλο εργασιών και αποτέλεσμα ισολογισμού ανάλογο των απαιτήσεων της διακήρυξης το έτος 2020, όχι όμως και το έτος 2017- να υποβάλουν την προσφορά τους.

9. Ήδη με τον πρώτο λόγο της προσφυγής ανάκλησης προβάλλεται ότι η κρίση της προσβαλλόμενης είναι μη νόμιμη, διότι: Α. Σύμφωνα με τα Ελληνικά Λογιστικά Πρότυπα (άρθρο 6 παρ. 3 περ. α) η διαδικασία έγκρισης του ισολογισμού των ανωνύμων εταιρειών περατώνεται εντός έξι μηνών από τη λήξη της περιόδου την οποία αφορά, σύμφωνα με το άρθρο 68 του ν. 4172/2013, η δήλωση φορολογίας εισοδήματος των ανωνύμων εταιρειών υποβάλλεται μέχρι την τελευταία ημέρα του έκτου μήνα από το τέλος του φορολογικού έτους και οι ανώνυμες εταιρείες δημοσιεύουν στο ΓΕΜΗ τις νόμιμα εγκεκριμένες από την τακτική γενική συνέλευση ετήσιες οικονομικές καταστάσεις, την έκθεση διαχείρισης και τη γνώμη αρμόδιου ελεγκτή ή ελεγκτικού γραφείου εντός 20 ημερών από την έγκρισή τους. Η δε Γενική Συνέλευση συνέρχεται υποχρεωτικά τουλάχιστον μία φορά κάθε εταιρική χρήση το αργότερο έως τη δέκατη ημερολογιακή ημέρα του ένατου μήνα μετά τη λήξη της εταιρικής χρήσης, προκειμένου να αποφασίσει για την έγκριση των ετήσιων χρηματοοικονομικών καταστάσεων (άρθρο 119 του ν. 4548/2018). Ειδικά για το έτος 2021 η προθεσμία διεξαγωγής της γενικής συνέλευσης παρατάθηκε κατά πενήντα ημερολογιακές ημέρες, και αναλόγως παρατάθηκαν οι ημερομηνίες δημοσιεύσεων στο ΓΕΜΗ, δηλαδή η τακτική γενική συνέλευση μπορούσε να διεξαχθεί έως 30.10.2021 και να ακολουθήσει εντός εικοσαήμερου η δημοσίευση στο ΓΕΜΗ και η ημερομηνία υποβολής των φορολογικών δηλώσεων έτους 2020 για τα νομικά πρόσωπα ήταν δυνατή έως 27.8.2021. Λαμβανομένου υπόψη ότι η διακήρυξη δημοσιεύθηκε στις 20.3.2021 και η προθεσμία υποβολής προσφορών άρχισε στις 18.5.2021 και έληξε στις 25.5.2021, οι προαναφερόμενες προθεσμίες δεν είχαν παρέλθει. Επομένως, αν προβλεπόταν στη διακήρυξη ότι οι οικονομικοί φορείς είχαν υποχρέωση να υποβάλουν οικονομικά στοιχεία έτους 2020, ήταν πιθανό ότι δεν θα μπορούσαν να μετέχουν στο διαγωνισμό καθώς και ότι δεν θα μπορούσαν να υποβάλουν ασφαλή αποδεικτικά στοιχεία, διότι τα οικονομικά τους δεδομένα δεν είχαν οριστικοποιηθεί. Β. Εξάλλου, η δυνατότητα των οικονομικών φορέων να καταθέσουν αντί ισολογισμού ισοδύναμα λογιστικά ή άλλα έγγραφα υφίσταται μόνο αν δεν έχουν υποχρέωση έκδοσης ισολογισμών. Γ. Ακόμη, η δυνατότητα να υποβληθεί απλή δήλωση του οικονομικού φορέα

παρέχεται μόνο για το ολικό ύψος του κύκλου εργασιών και όχι για το αρνητικό ή θετικό αποτέλεσμα του ισολογισμού. Δ. Επιπλέον, η υποβολή απλής δήλωσης αναφορικά με τους κύκλους εργασιών ενδέχεται να είναι ανακριβής, εφόσον εκκρεμεί η έγκριση των οικονομικών καταστάσεων. Ε. Όσοι ενδεχομένως απετράπησαν, λόγω των φερόμενων ως μη νόμιμων όρων της διακήρυξης, να συμμετάσχουν στη διαγωνιστική διαδικασία θα είχαν προσβάλει τη διακήρυξη ως μη νόμιμη, όμως προσφυγή κατά της διακήρυξης δεν ασκήθηκε, ενώ, αντίθετα, στο διαγωνισμό αναπτύχθηκε ανταγωνισμός, καθώς υπέβαλαν προσφορά τέσσερις εταιρείες, εκδήλωσε ενδιαφέρον ένας αλλοδαπός οικονομικός φορέας και ουδείς συμμετέχων αποκλείστηκε για τους ως άνω λόγους. Στ. Απαίτηση από τους διαγωνιζόμενους να υποβάλουν οικονομικά στοιχεία για το έτος 2020 θα προκαλούσε σύγχυση, διότι δεν θα ήταν δυνατό να υποβάλουν δημοσιευμένους ισολογισμούς προς απόδειξη. Ζ. Η ίδια απαίτηση θα συνιστούσε παράβαση της αρχής της διαφάνειας διότι οι οικονομικοί φορείς που δεν θα είχαν εγκρίνει τις οικονομικές τους καταστάσεις δεν θα μπορούσαν να λάβουν μέρος στο διαγωνισμό, παρότι η προθεσμία έγκρισής τους δεν θα είχε λήξει. Η. Επίσης, θα συνιστούσε παράβαση της αρχής της ισότητας λόγω της ευνοϊκότερης αντιμετώπισης των φορέων που θα είχαν εγκεκριμένους ισολογισμούς από όσους δεν θα είχαν, παρότι η προθεσμία έγκρισης δεν θα είχε παρέλθει. Θ. Ακολούθως, με την προσφυγή ανάκλησης προβάλλεται ότι η προετοιμασία του διαγωνισμού είχε ήδη εκκινήσει εντός του έτους 2020 και για το λόγο αυτό δεν συμπεριλήφθηκε το ίδιο έτος στην κρίσιμη τριετία ελέγχου του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ούτε ο ανταγωνισμός επλήγη, αντίθετα διευρύνθηκε, διότι το έτος 2017 τέθηκε ως απώτατο χρονικό σημείο κατά το οποίο οι διαγωνιζόμενοι μπορούσαν να επικαλεστούν τα οικονομικά τους στοιχεία, χωρίς να αποκλείεται η δυνατότητα να επικαλεστούν πιο πρόσφατα στοιχεία, έτους 2020, και χωρίς να σημαίνει ότι θα αποκλειόταν οικονομικός φορέας επικαλούμενος στοιχεία έτους 2020. Ι. Τέλος, με την προσφυγή ανάκλησης προβάλλεται ότι συντρέχει περίπτωση συνγνωστής πλάνης των αρμόδιων οργάνων, τα οποία είχαν την πεποίθηση ότι νομίμως προσδιόρισαν ως τελευταία τριετία τα έτη 2017, 2018 και 2019, βασιζόμενοι στις διατάξεις σχετικά

με την έγκριση και δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων και ότι ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι συνέτρεξε πλημμέλεια αυτή δεν ήταν ουσιώδης.

10. Το Δικαστήριο κρίνει τα ακόλουθα (σκ. 11-17):

11. Η πρόβλεψη των προθεσμιών, καθώς και η παράτασή τους έχει την έννοια ότι μέχρι την παρέλευσή τους κατά το συγκεκριμένο έτος, ο οικονομικός φορέας εμπίπτει στην περίπτωση του δεύτερου εδαφίου της παραγράφου 4 του άρθρου 80 του ν. 4412/2016 κατά την οποία, εάν για βάσιμο λόγο δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ζητούμενα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο η αναθέτουσα αρχή θεωρεί κατάλληλο. Παράλληλα, ομοίως, μέχρι την παρέλευση των προβλεπόμενων προθεσμιών, εμπίπτει στην ρύθμιση του άρθρου 2.2.9.2. υποπερίπτωση Β.3. της διακήρυξης σχετικά με τους οικονομικούς φορείς οι οποίοι δεν έχουν υποχρέωση έκδοσης ισολογισμών, οπότε καταθέτει ισοδύναμα λογιστικά ή άλλα έγγραφα που έχει καταρτίσει. Επιπροσθέτως, στο τελευταίο εδάφιο της ίδιας υποπερίπτωσης Β3 της διακήρυξης ορίζεται ότι εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα καθοριζόμενα έγγραφα απόδειξης οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, μπορεί να προσκομίζει οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο. Επομένως, τόσο η ως άνω ρύθμιση του άρθρου 80 του ν. 4412/2016 παρείχε την δυνατότητα στους οικονομικούς φορείς να υποβάλουν προσφορά ακόμη και αν δεν είχαν δημοσιευμένους ισολογισμούς, όσο και οι όροι της διακήρυξης όπως τέθηκαν για τα έτη 2017, 2018 και 2019, κατέστησαν επιτρεπτή την υποβολή προσφοράς από οικονομικούς φορείς οι οποίοι για βάσιμο λόγο δεν υπέβαλλαν το εν πρώτοις ζητούμενο αποδεικτικό στοιχείο (ισολογισμούς) για τα προαναφερόμενα έτη (2017, 2018 και 2019), ως εκ τούτου οι όροι αυτοί μπορούσαν ομοίως να τεθούν και να ισχύουν για το έτος 2020 τόσο αναφορικά προς τον κύκλο εργασιών (γενικό και ειδικό) όσο και αναφορικά προς το αρνητικό ή θετικό αποτέλεσμα. Κατά συνέπεια, εσφαλμένως το έτος αυτό παρακάμφθηκε και εσφαλμένως η εξαίρεσή του είχε ως αποτέλεσμα να ζητηθούν και να ληφθούν υπόψη στοιχεία του έτους 2017, καθ' υπέρβαση του ορίου της τριετίας πριν από τη δημοσίευση της διακήρυξης. Παρέπεται ότι οι υπό α, β και γ

ισχυρισμοί του προσφεύγοντος είναι απορριπτέοι ως αλυσιτελώς προβαλλόμενοι και σε κάθε περίπτωση ως αβάσιμοι, ομοίως απορριπτέος αποβαίνει και ο δ ισχυρισμός, διότι, βάσει των προεκτιθέμενων, η προσφεύγουσα έχει δυνατότητα να ζητήσει κατάλληλα έγγραφα.

12. Η αντικειμενική νομιμότητα των όρων της διακήρυξης, ως κανονιστικής διοικητικής πράξης που διέπει τη διαγωνιστική διαδικασία, δεν εξαρτάται από την άσκηση του δικαιώματος έννομης προστασίας από τον θιγόμενο δυνητικό ή πραγματικό διαγωνιζόμενο οικονομικό φορέα. Επομένως, το γεγονός ότι η διακήρυξη δεν προσβλήθηκε δεν ασκεί επιρροή επί της νομιμότητας των όρων της και ο υπό ε ισχυρισμός προβάλλεται αλυσιτελώς.

13. Αν, κατά την εκτίμηση της προσφεύγουσας ως αναθέτοντος φορέα, ήθελε θεωρηθεί ότι η αναφορά σε οικονομικές καταστάσεις έτους 2020 θα προκαλούσε σύγχυση στους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, εναπέκειτο στον ίδιο να συμπεριληφθούν στη διακήρυξη αρκούντως σαφείς όροι, όπως σαφείς ήταν οι προαναφερόμενοι αντίστοιχοι όροι για τα έτη 2017, 2018 και 2019, βάσει των οποίων ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας θα μπορούσε να υποβάλει προσφορά επικαλούμενος είτε ισολογισμούς, είτε, εφόσον για βάσιμο λόγο στερούταν δημοσιευμένων ισολογισμών, διαφορετικά οικονομικά στοιχεία, αποτρεπόμενης με τον τρόπο αυτό της παράβασης της αρχής της ισότητας ή της διαφάνειας. Επομένως και οι υπό στ, ζ ισχυρισμοί της προσφεύγουσας είναι απορριπτέοι ως αβάσιμοι.

14. Το γεγονός ότι η προετοιμασία της διαγωνιστικής διαδικασίας εκκίνησε κατά ορισμένο έτος και η ανάθεση της σύμβασης ωρίμασε κατά το επόμενο ή μεθεπόμενο έτος, οπότε τελικά δημοσιεύθηκε η διακήρυξη, δεν δικαιολογεί τη θέσπιση οποιουδήποτε μη νόμιμου όρου, διότι η προαίρεση και μόνο του αναθέτοντος φορέα δεν ασκεί επιρροή στη νομιμότητα των όρων της διακήρυξης ως κανονιστικής πράξης. Επομένως, οι υπό θ σχετικοί ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι.

15. Το συμπτωματικό και υποθετικό γεγονός ότι δεν θα αποκλειόταν από το διαγωνισμό οικονομικός φορέας ο οποίος θα υπέβαλε οικονομικά στοιχεία συμπεριλαμβάνοντας σε αυτά το έτος 2020, ομοίως, δεν ασκεί επιρροή, διότι

κρίσιμο είναι ότι για λόγους ίσης μεταχείρισης του συνόλου των οικονομικών φορέων και διαφάνειας της διαγωνιστικής διαδικασίας ακόμη και αν υποβάλλονταν στοιχεία για το έτος 2020, αυτά δεν θα ήταν επιτρεπτό να ληφθούν υπόψη, διότι δεν αποτελούσαν προϋπόθεση τεθειμένη στη διακήρυξη. Παράλληλα, κρίσιμο εν προκειμένω δεν είναι αν θα αποκλειόταν οικονομικός φορέας ο οποίος συμπληρωματικά προς την κρίσιμη τριετία θα συμπεριελάμβανε στοιχεία και για το έτος 2020, αλλά ότι η προσφεύγουσα ως αναθέτων φορέας, αυτοδεσμευόμενος από τους όρους που ο ίδιος έθεσε στη διακήρυξη, θα όφειλε να αποκλείσει από τη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικό φορέα, ο οποίος θα υπέβαλε στοιχεία για το έτος 2020 παραλείποντας το έτος 2017. Επομένως, οι λοιποί υπό θ προβαλλόμενοι ισχυρισμοί είναι επίσης απορριπτέοι. Επιπροσθέτως, ότι το έτος 2017 ήταν μόνο ένα απώτερο όριο στο οποίο μπορούσε να ανατρέχει ο έλεγχος του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας είναι ανακριβές, διότι ρητώς οριζόταν στη διακήρυξη ότι οι οικονομικοί φορείς έπρεπε επί ποινή αποκλεισμού να υποβάλουν στοιχεία της τριετίας 2017, 2018 και 2019 και όχι στοιχεία από 2020 έως 2017, όρος ο οποίος, άλλωστε, επίσης θα ήταν πλημμελής, διότι το έτος 2017 εξέρχεται του ορίου της τριετίας πριν από τη δημοσίευση της διακήρυξης.

16. Και ο ισχυρισμός ότι συνέτρεξε μη ουσιώδης πλημμέλεια είναι απορριπτέος, διότι όρος της διακήρυξης σχετικά με τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής, ο οποίος έχει ως αποτέλεσμα μη νομίμως να μεταβάλει τον κύκλο των παραδεκτών συμμετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία οικονομικών φορέων, πλήττει τον ανταγωνισμό. Εν προκειμένω, μη νομίμως τη ζητούμενη τριετία ως προς τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας αποτελούσαν τα έτη 2017, 2018 και 2019, ενώ έπρεπε η απόδειξή τους να εκτείνεται στα έτη 2018, 2019 και 2020, επομένως, μεταβλήθηκε ο κύκλος των ενδιαφερομένων σε βάρος εκείνων οι οποίοι πληρούσαν αυτά κατά τα έτη 2018, 2019 και, στο εγγύτερο προς τη δημοσίευση της διακήρυξης προηγούμενο έτος 2020, όμως δεν τα πληρούσαν κατά το έτος 2017, συνεπώς και κατά την τριετία 2017, 2018 και 2019. Συνεπώς, η πλημμέλεια παρίσταται ουσιώδης.

17. Τέλος, ο ισχυρισμός περί συγγνωστής πλάνης είναι απορριπτέος ως αβάσιμος, διότι οι αναθέτοντες φορείς έχουν υποχρέωση να εφαρμόζουν τις αρχές που διέπουν τις διαγωνιστικές διαδικασίες, μεταξύ των οποίων, η αρχή του υγιούς ανταγωνισμού και να μην θεσπίζουν όρους οι οποίοι τους πλήττουν, συνακόλουθα, τηρώντας τους σαφείς και ρητούς κανόνες που διέπουν τις διαγωνιστικές διαδικασίες, περί των οποίων η προσφεύγουσα δεν ισχυρίζεται ότι τελούσε σε πλάνη, η δε έννοια της «τελευταίας τριετίας» δεν προβλέπεται ότι παραλλάσσει κατ' εκτίμηση συμπληρωματικών παραγόντων που θεωρεί κρίσιμους ο αναθέτων φορέας.

18. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω και μη προβαλλόμενου άλλου λόγου η προσφυγή ανάκλησης πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή ανάκλησης

Δεν ανακαλεί την Πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε σε τηλεδιάσκεψη στην Αθήνα στις 28 Ιουνίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΠΑΡΕΔΡΟΣ
ΕΛΕΝΗ ΝΙΚΟΛΑΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου στις 25 Ιουλίου 2022.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΚΩΣΤΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΑΡΙΑ ΦΟΡΤΣΕΡΑ