



ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ

ΤΟ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ

ΣΕ Β' ΕΛΑΣΣΟΝΑ ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 3 Νοεμβρίου 2021, με την εξής σύνθεση: Ιωάννης Σαρμάς, Πρόεδρος, Μαρία Βλαχάκη και Ασημίνα Σαντοριναίου, Αντιπρόεδροι, Κωνσταντίνα Ζώη, Δέσποινα Καββαδία - Κωνσταντάρα, Βιργινία Σκεύη, Αγγελική Πανουτσακοπούλου, Αργυρώ Μαυρομμάτη, Ευαγγελία Σεραφή, Ιωάννα Ρούλια και Γεώργιος Παπαϊσιδώρου, Σύμβουλοι. Γραμματέας η Ελένη Αυγουστόγλου.

Γενικός Επίτροπος Επικρατείας: Αντώνιος Νικητάκης, Επίτροπος Επικρατείας, κωλυομένης της Γενικής Επιτρόπου της Επικρατείας του Ελεγκτικού Συνεδρίου, Χρυσούλας Καραμαδούκη.

Για να δικάσει: α) την από 4.10.2021 (ΑΒΔ ...) προσφυγή της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...», που εδρεύει ..., οδός ..., εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε διά του πληρεξουσίου δικηγόρου της Ιωάννη Παραρά (ΑΜ ΔΣΑ 21501) και β) την από 6.10.2021 (ΑΒΔ ...) προσφυγή του νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου με την επωνυμία «...», που εδρεύει στην ..., οδός ..., εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε με δήλωση του άρθρου 231 παρ. 1 του ν. 4700/2020 του πληρεξουσίου δικηγόρου του Παναγιώτη Σοφούλη (ΑΜ ΔΣΑ 16019). Με τις ανωτέρω προσφυγές ζητείται η αναθεώρηση της 1306/2021 απόφασης του Εβδόμου Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Το Ελληνικό Δημόσιο εκπροσωπείται νομίμως από τον Υπουργό Οικονομικών, ο οποίος παραστάθηκε διά του Νομικού Συμβούλου του Κράτους Νικολάου Καραγιώργη.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο της προσφεύγουσας εταιρείας, ο οποίος ζήτησε την παραδοχή της προσφυγής αναθεώρησης.

Τον εκπρόσωπο του Ελληνικού Δημοσίου, ο οποίος δήλωσε ότι επαφίεται στην κρίση του Δικαστηρίου.

Τον Επίτροπο της Επικρατείας του Ελεγκτικού Συνεδρίου, ο οποίος ανέπτυξε προφορικά την από 3.11.2021 γνώμη του και πρότεινε την απόρριψη των προσφυγών αναθεώρησης.

Ο πληρεξούσιος δικηγόρος του προσφεύγοντος νομικού προσώπου, με την από 2.11.2021 δήλωσή του, κατά το άρθρο 231 παρ. 1 του ν. 4700/2020, Α' 127, ζήτησε να συζητηθεί η υπόθεση χωρίς την παρουσία του.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε σε τηλεδιάσκεψη, την 1^η Δεκεμβρίου 2021, κατ' εφαρμογή του άρθρου 295 παρ. 2, σε συνδυασμό με τα άρθρα 336 παρ. 1 και 357 του ν. 4700/2020, με παρόντες του δικαστές που έλαβαν μέρος στη συζήτηση της υπόθεσης.

Άκουσε την εισήγηση της Συμβούλου Ιωάννας Ρούλια και αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά τον νόμο

1. Για την άσκηση των ανωτέρω προσφυγών έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο (βλ. αντιστοίχως τα με κωδικούς 430316031951 1203 0075 και 430500528951 1203 0097 ηλεκτρονικά παράβολα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων) (βλ. άρθρο 335 παρ. 2 του ν. 4700/2020).

2. Με τις υπό κρίση προσφυγές ζητείται η αναθεώρηση της 1306/2021 απόφασης του Εβδόμου Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Με την απόφαση αυτή απορρίφθηκαν οι προσφυγές ανάκλησης της εταιρείας ... και του νομικού προσώπου ..., κατά της 319/2021 πράξης του Ζ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή δέκα (10) σχεδίων σύμβασης με αντικείμενο τις «υπηρεσίες φύλαξης έντεκα (11) κτιριακών εγκαταστάσεων διαχειριστικής ευθύνης του ...».

3. Οι υπό κρίση προσφυγές πρέπει να συνεκδικαστούν λόγω της πρόδηλης μεταξύ τους συνάφειας, καθόσον στρέφονται κατά της ίδιας απόφασης, αφορούν στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία και στα ίδια σχέδια σύμβασης (βλ. άρθρο 334 παρ. 4 του ν. 4700/2020 και ΕλΣ Ολ. 505 και 1832/2021).

4. Οι κρινόμενες προσφυγές έχουν ασκηθεί εμπροθέσμως και κατά τα λοιπά νομοτύπως. Συνεπώς, πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να κριθούν περαιτέρω ως προς τη βασιμότητα των προβαλλομένων με αυτές λόγων.

5. Ο ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α'

147) ορίζει στο άρθρο 18 παρ. 1 (Βιβλίο Ι) ότι «[ο]ι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού (...)» και στο άρθρο 53 παρ. 2 ότι «[τ]α έγγραφα της σύμβασης (...) περιέχουν ιδίως: (...) ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων (...)».

6. Από τις διατάξεις που παρατέθηκαν στην προηγούμενη σκέψη συνάγεται ότι, κατά τη διαδικασία ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, οι όροι του διαγωνισμού πρέπει να διατυπώνονται κατά τρόπο τελούντα σε συνάρτηση με την ανάγκη που η αναθέτουσα αρχή επιδιώκει να θεραπεύσει, όπως απαιτείται από την αρχή της αναλογικότητας, η οποία διέπει τις σχετικές ρυθμίσεις του νόμου ως εγγενές στοιχείο αυτών, αλλά και ως ερμηνευτικός κανόνας για τον τρόπο με τον οποίο πρέπει οι ρυθμίσεις αυτές να εφαρμόζονται. Συνακόλουθα, όροι υπερβολικά περιοριστικοί και άρα μη αναλογικοί πλήττουν τον ανταγωνισμό, διότι, περιορίζοντας χωρίς βάσιμο λόγο τον κύκλο των δικαιουμένων να υποβάλουν προσφορά, δημιουργούν συνθήκες αθέμιτης εύνοιας υπέρ ορισμένων μόνον ή και μεμονωμένων οικονομικών φορέων (βλ. ΕλΣ Ολ. 505 και 1832/2021).

7. Ο ίδιος νόμος 4412/2016 ορίζει, στο Βιβλίο Ι, τα ακόλουθα: (i) Στο άρθρο 71: «Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89 εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) (...) β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος (...) πληροί τα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75 έως 77 (...)». (ii) Στο άρθρο 75: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) (...) β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει (...) τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το

αντικείμενο της σύμβασης. (...) 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση. (...) Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις (...). Όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το παρόν άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα. (...) 4. (...) 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης (...)». (iii) Και στο άρθρο 80: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α΄, ως απόδειξη (...) της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 και 76. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν αποδεικτικά μέσα, πλην εκείνων που αναφέρονται στο παρόν άρθρο και στο άρθρο 82. 4. Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α΄. 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. 5. (...)».

8. Συναφώς, στο Μέρος I «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» του Παραρτήματος XII, με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής», του Προσαρτήματος Α΄ του ως άνω νόμου ορίζονται τα εξής: «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».

9. Από τις ρυθμίσεις που παρατέθηκαν στις δύο προηγούμενες σκέψεις, ερμηνευόμενες υπό το φως όσων έγιναν δεκτά στη σκέψη 6, συνάγεται ότι οι αναθέτουσες αρχές διαμορφώνουν, κατά διακριτική ευχέρεια, τα κριτήρια καταλληλότητας των διαγωνιζομένων, τα οποία πρέπει να αποβλέπουν στην αποτελεσματική εκτέλεση της σύμβασης και να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο αυτής ώστε να καθίστανται πρόσφορα για τη διακρίβωση της καταλληλότητας των υποψηφίων (βλ. ΕΛΣ Ολ. 505 και 1832/2021, Τμ. Μείζ. - Επταμ. Σύνθ. 3065/2014, 6022/2015, 1265, 1563/2019, πρβλ. ΔΕΕ αποφ. της 18.10.2012, Edukozivig - Hochtief Construction AG, C-218/11, σκ. 29 και της 13.7.2017, INGSTEEL και Metrostav, C-76/16, σκ. 33). Ειδικότερα, για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση, ζητώντας από τους ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς την υποβολή ενός ή περισσότερων από τα αναφερόμενα στο Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 δικαιολογητικά, μεταξύ των οποίων περιλαμβάνεται και 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 (βλ. ΕΛΣ Ολ. 1832/2021).

10. Από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν όσα εκτίθενται στις σκέψεις 11 έως 15 που ακολουθούν.

11. Με την 6749/417/10.2.2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του προσφεύγοντος νομικού προσώπου εγκρίθηκε η διενέργεια ηλεκτρονικού διαγωνισμού για την ανάθεση των υπηρεσιών φύλαξης ένδεκα (11) κτιριακών εγκαταστάσεων διαχειριστικής ευθύνης του, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 7.799.600,00 ευρώ (6.290.000,00 ευρώ + 1.509.600,00 ευρώ για Φ.Π.Α.), η οποία προβλέφθηκε ότι θα καλυφθεί από πιστώσεις του προϋπολογισμού του, οικονομικών ετών 2020 έως 2023.

12. Με την 621/5/2020 διακήρυξη του διαγωνισμού, το αντικείμενο της σύμβασης επιμερίσθηκε σε ένδεκα (11) τμήματα, με επιμέρους

προϋπολογιζόμενη για έκαστο δαπάνη, προβλέφθηκε δε δικαίωμα υποβολής προσφοράς για ένα ή περισσότερα τμήματα του διαγωνισμού, για το σύνολο όμως των κτηρίων αυτού και ορίστηκε ως κριτήριο κατακύρωσης της προμήθειας η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής. Η διάρκεια της σύμβασης ορίστηκε σε 36 μήνες από την ημερομηνία υπογραφής αυτής. Περίληψη της διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 12.2.2020, ενώ το πλήρες κείμενο αυτής αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων στις 19.2.2020.

13. Το άρθρο 2.2.5 (Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια) της διακήρυξης όρισε τα εξής: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς να διαθέτουν: 1. Έχουν γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα έτη 2016, 2017, 2018 (ανά χρήση), συναρτήσει της ημερομηνίας δημιουργίας τους ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, τουλάχιστον ίσο με το 50% της προϋπολογισθείσας αξίας (σύμβασης για 36 μήνες), χωρίς Φ.Π.Α., για κάθε Τμήμα σύμβασης (...). 2. Έχει ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών σχετικά με το αντικείμενο του έργου, ήτοι με την παροχή υπηρεσιών για τα έτη 2016, 2017, 2018 (ανά χρήση), συναρτήσει της ημερομηνίας δημιουργίας τους ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, τουλάχιστον ίσο με το 50% της προϋπολογισθείσας αξίας (σύμβασης για 36 μήνες), χωρίς Φ.Π.Α., για κάθε Τμήμα της σύμβασης. (...)». Το δε άρθρο 2.2.8.2 «Αποδεικτικά μέσα» της διακήρυξης όρισε: «(...) Β.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) δημοσιευμένους ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών ή δήλωση περί του συνολικού ύψους του κύκλου εργασιών και κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018. β) δήλωση περί του κύκλου εργασιών τους σχετικά με παρόμοια έργα με το προκηρυσσόμενο, που έχουν υλοποιήσει κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018. 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. Σε περίπτωση κατά την οποία ο ισολογισμός της τελευταίας οικονομικής χρήσης δεν έχει δημοσιευθεί οι διαγωνιζόμενοι υποβάλουν τον εγκεκριμένο από το Διοικητικό Συμβούλιο ισολογισμό και τις λοιπές οικονομικές καταστάσεις συνοδευόμενες από την Απόφαση έγκρισης του Διοικητικού Συμβουλίου. γ) (...). 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 (...)».

14. Μέχρι την ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (23.3.2020) υπέβαλαν προσφορές οι οικονομικοί φορείς: α) ... για όλα τα τμήματα, β) ... για όλα τα τμήματα, γ) Γ. ... για τα τμήματα 1, 4, 6, 7, 8 και 9, δ) ... για τα τμήματα 1, 2, 3, 5 και 6, ε) ... για τα τμήματα 1, 7 και 9, στ) ... για τα τμήματα 2, 5, και 6 και ζ) ... για το τμήμα 9.

15. Μετά τον έλεγχο των υποβληθέντων δικαιολογητικών συμμετοχής και των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων ανά τμήμα, αποκλείστηκαν οι οικονομικοί φορείς ... και ..., επειδή δεν παρέτειναν την ισχύ των προσφορών τους και, περαιτέρω, βαθμολογήθηκαν ανά τμήμα οι τεχνικές προσφορές των λοιπών οικονομικών φορέων (βλ. την ...14.12.2020 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ...). Ακολούθως, με την ...2.3.2021 απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του ... εγκρίθηκε η συνέχιση του διαγωνισμού και προσκλήθηκαν οι υποψήφιοι οικονομικοί φορείς να παρατείνουν την ισχύ των προσφορών τους και των εγγυητικών επιστολών συμμετοχής τους, στην πρόσκληση δε αυτή δεν ανταποκρίθηκαν οι οικονομικοί φορείς ... και ..., με αποτέλεσμα τη μη περαιτέρω συμμετοχή αυτών στη διαγωνιστική διαδικασία. Κατόπιν τούτου, ανοίχθηκαν οι οικονομικές προσφορές των λοιπών οικονομικών φορέων και αναδείχθηκαν οι πλέον συμφέρουσες προσφορές βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής, ενώ με τις ... έως ... και ... έως .../2.4.2021 αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου του ... ανακηρύχθηκε ο οικονομικός φορέας ... προσωρινός ανάδοχος όλων των τμημάτων, πλην του τμήματος 7, για το οποίο ο διαγωνισμός ματαιώθηκε ως άγονος (βλ. την .../2.4.2021 απόφαση του ως άνω Διοικητικού Συμβουλίου). Τέλος, μετά την υποβολή από τον ως άνω οικονομικό φορέα των δικαιολογητικών κατακύρωσης, τα οποία κρίθηκαν πλήρη και σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης, κατακυρώθηκαν σε αυτόν τα αντίστοιχα τμήματα του διαγωνισμού με τις ... έως .../24.5.2021 αποφάσεις του Διοικητικού Συμβουλίου του ...

16. Με την 319/2021 πράξη του Ζ' Κλιμακίου κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή των υποβληθέντων προς έλεγχο οικείων σχεδίων σύμβασης, διότι, μεταξύ των άλλων πλημμελειών που επισημάνθηκαν με την Πράξη αυτή, ο όρος 2.2.5 περιπτώσεις 1 και 2 της διακήρυξης, κατά το μέρος που ορίζει ότι απαιτείται, ως κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, ορισμένος γενικός και ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών κατά την τριετία 2016 έως 2018, είναι μη νόμιμος ως αντικείμενος στις προβλέψεις του Παραρτήματος XII «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής» του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, καθόσον στο πλαίσιο του ελεγχόμενου διαγωνισμού, ο οποίος προκηρύχθηκε τον Φεβρουάριο του 2020, ως τελευταία τριετία νοείται η τριετία 2017 έως 2019. Περαιτέρω, με την εν λόγω Πράξη κρίθηκε ότι η επιλογή της αναθέτουσας αρχής να μην

ζητήσει οικονομικά στοιχεία για το έτος 2019, το οποίο τελεί, σε κάθε περίπτωση, σε μεγαλύτερη χρονική εγγύτητα προς το υπό ανάθεση συμβατικό αντικείμενο και είναι, άρα, προσφορότερο να αποδείξει τη φερεγγυότητα του υποψηφίου αναδόχου, δεν δικαιολογείται εκ του γεγονότος ότι ενδέχεται μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών (23.3.2020) να μην έχουν υποβληθεί φορολογικά στοιχεία από τον εκάστοτε υποψήφιο για το έτος 2019, δοθέντος ότι σύμφωνα με το προαναφερόμενο Παράρτημα XII και το άρθρο 2.2.8.2 περίπτωση Β.3 υποπεριπτώσεις α' και β' της διακήρυξης, ο απαιτούμενος κύκλος εργασιών μπορεί να αποδεικνύεται ακόμα και με σχετική δήλωση του διαγωνιζόμενου ή με κάθε άλλο κατάλληλο μέσο.

17. Το Έβδομο Τμήμα, με την ήδη προσβαλλόμενη απόφαση, επικύρωσε την ως άνω κρίση του Ζ' Κλιμακίου, κρίνοντας ειδικότερα, αναφορικά με την ανωτέρω πλημμέλεια, ότι μη νομίμως με τη διακήρυξη τέθηκε ως κριτήριο ο γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών και ο ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών των ετών 2016, 2017, 2018, καθόσον, για τη συνδρομή και την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των συμμετεχόντων κρίσιμα είναι τα στοιχεία που τελούν σε χρονική εγγύτητα με την ανάθεση και εκτέλεση της σύμβασης. Ως εκ τούτου, μη νομίμως εξαιρέθηκε το έτος 2019, που αποτελεί το εγγύτερο στο χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού έτος. Έκρινε, περαιτέρω, ότι τα αφορώντα μόνο στα έτη 2016, 2017, 2018 κριτήρια αφενός περιορίζουν αυθαίρετα, χωρίς τη συνδρομή λόγου δημοσίου συμφέροντος, το σχετικό ανταγωνισμό μόνο μεταξύ των οικονομικών φορέων που διαθέτουν την απαιτούμενη οικονομική επάρκεια κατά τα έτη αυτά, αφετέρου αποκλείουν, ομοίως αυθαίρετα, χωρίς τη συνδρομή λόγου δημοσίου συμφέροντος, τη συμμετοχή στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων που έχουν αποκτήσει τη ζητούμενη οικονομική επάρκεια κατά το προηγούμενο της έκδοσης της διακήρυξης του διαγωνισμού έτος και, επομένως, έχουν οικονομική επάρκεια σε χρόνο εγγύτερο προς τον χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης. Δεδομένου δε ότι η απαίτηση για την ύπαρξη ορισμένου ύψους κύκλου εργασιών μπορεί να αποδεικνύεται με δήλωση του οικονομικού φορέα, η υπεύθυνη περί αυτού δήλωση του διαγωνιζόμενου φυσικού προσώπου ή του νομίμου εκπροσώπου του νομικού προσώπου, αποτελεί νόμιμο αποδεικτικό μέσο, που μπορούσε να προβλεφθεί νομίμως στη διακήρυξη για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των υποψηφίων.

18. Με την πρώτη υπό κρίση προσφυγή, η εταιρεία ... προβάλλει ότι η αναθέτουσα αρχή, ενεργώντας εντός των ορίων της διακριτικής ευχέρειας που εκ του νόμου διαθέτει κατά την κατάρτιση των όρων της διακήρυξης, επέλεξε να μην απαιτήσει στοιχεία για τον γενικό και ειδικό ετήσιο κύκλο

εργασιών των υποψηφίων οικονομικών φορέων για το έτος 2019, διότι κατά τον χρόνο δημοσίευσης της διακήρυξης του διαγωνισμού (12.2.2020) και της καταληκτικής ημερομηνίας υποβολής των προσφορών (23.3.2020), δεν υπήρχαν αποδεδειγμένα διαθέσιμες πληροφορίες σχετικά με τον κύκλο εργασιών για το έτος αυτό των πιθανώς συμμετεχόντων, αφού δεν είχε λήξει ακόμη η νόμιμη προθεσμία για την έγκριση ή τη δημοσίευση των ισολογισμών τους. Προβάλλει, περαιτέρω, ότι, παρά τα όσα αντίθετα κρίθηκαν με την προσβαλλόμενη απόφαση, κατά την έννοια των όρων του άρθρου 2.2.8.2 περ. Β.3 υποπερ. α' και β' της διακήρυξης, οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό οικονομικοί φορείς υποχρεούνταν για την απόδειξη του ύψους του κύκλου εργασιών τους να προσκομίσουν ισολογισμούς, έστω και αδημοσίευτους πλην όμως εγκεκριμένους από το Διοικητικό Συμβούλιό τους, η δε δυνατότητα υποβολής δήλωσης για την απόδειξη του ύψους του κύκλου εργασιών ίσχυε μόνο για τους οικονομικούς φορείς που δεν υποχρεούνται εκ του νόμου σε έκδοση ισολογισμών, ενώ η δυνατότητα απόδειξης του ύψους του κύκλου εργασιών με κάθε άλλο πρόσφορο μέσο ίσχυε μόνο στην περίπτωση που ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας βρισκόταν σε αδυναμία να προσκομίσει τους αιτούμενους ισολογισμούς, για βάσιμο λόγο αναγόμενο εκτός του πεδίου της ευθύνης του, φέροντας και το βάρος απόδειξης της συνδρομής του λόγου αυτού. Τέλος, προβάλλει ότι η θέσπιση των επίμαχων όρων της διακήρυξης δεν συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια, ιδίως διότι δεν ασκήθηκε ένσταση κατά της νομιμότητας αυτών και ούτε κάποιος εκ των συμμετεχόντων αποκλείστηκε κατ' εφαρμογή αυτών και σε κάθε περίπτωση οι εν λόγω όροι δεν παρεμπόδισαν αλλά αντίθετα ενίσχυσαν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού και δεν έπληξαν την αρχή της διαφάνειας και της ισότητας των μερών.

19. Με τη δεύτερη υπό κρίση προσφυγή, το ... προβάλλει ότι νομίμως επέλεξε τα έτη 2016, 2017 και 2018 για την απόδειξη του απαιτούμενου ύψους κύκλου εργασιών, δεδομένου ότι για το έτος 2019 οι ενδιαφερόμενοι να λάβουν μέρος στον διαγωνισμό οικονομικοί φορείς δεν διέθεταν σαφή οικονομικά στοιχεία, αφού μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών δεν είχε λήξει ακόμη η νόμιμη προθεσμία κατάρτισης των οικονομικών καταστάσεων τους και υποβολής των φορολογικών δηλώσεων τους, εάν είχε δε συμπεριλάβει και το έτος 2019 στα τρία τελευταία έτη για την απόδειξη του ύψους του κύκλου εργασιών υπήρχε το ενδεχόμενο να γίνουν αποδεκτοί υποψήφιοι που με δήλωση θα είχαν υποβάλει μη ασφαλή στοιχεία ή να είχαν αποθαρρυνθεί από τη συμμετοχή στον διαγωνισμό οικονομικοί φορείς που δεν γνώριζαν εάν πληρούσαν το κριτήριο του ύψους του κύκλου εργασιών, αφού δεν είχαν διαυγή εικόνα των οικονομικών αποτελεσμάτων τους για το έτος αυτό. Περαιτέρω, υποστηρίζει ότι θεσπίζοντας του επίμαχους όρους της διακήρυξης δεν είχε πρόθεση καταστρατήγησης της σχετικής νομοθεσίας, αλλά ενήργησε κατά

συγγνωστή πλάνη, για το λόγο ότι δεν είχαν δημιουργηθεί ποτέ σε αυτό υπόνοιες για τη μη νομιμότητα των εν λόγω όρων, αφού στο παρελθόν είχε προκηρύξει αντίστοιχους διαγωνισμούς με τους ίδιους όρους στη διακήρυξη, οι οποίοι λόγω ποσού δεν ενέπιπταν στον προσυμβατικό έλεγχο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, χωρίς ποτέ να έχει αμφισβητηθεί η νομιμότητα των όρων αυτών με την άσκηση των προβλεπόμενων ενδίκων βοηθημάτων από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, ούτε, εξ άλλου, επισημάνθηκε η μη νομιμότητα αυτών με τις σχετικές εγκυκλίους του εποπτεύοντος Υπουργείου Παιδείας και Θρησκευμάτων και τις γενικές οδηγίες της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ.). Προβάλλει, επίσης, ότι οι όροι αυτοί είναι μη ουσιώδεις, διότι δεν έπληξαν τις αρχές του ελεύθερου ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης. Τέλος, προβάλλει ότι η υπογραφή των επιδίκων συμβάσεων είναι αναγκαία, καθώς συντρέχουν λόγοι υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος, συνδεδεμένοι με την ανάγκη αδιάλειπτης παροχής υπηρεσιών φύλαξης στις φοιτητικές εστίες που έχει υπό την εποπτεία του για την αποτροπή αξιόποινων πράξεων κατά των φοιτητών, την προστασία της περιουσίας του Δημοσίου και την πρόληψη της μετάδοσης της νόσου covid - 19.

20. Κατά την κρίση του Δικαστηρίου, οι όροι της διακήρυξης, με τους οποίους επιλέχθηκαν τα έτη 2016, 2017 και 2018 ως έτη αναγωγής για την απόδειξη του απαιτούμενου ύψους κύκλου εργασιών και συνακόλουθα της συνδρομής του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων και εξαιρέθηκε το έτος 2019, το οποίο ήταν εγγύτερο του χρόνου διεξαγωγής του διαγωνισμού, είναι μη νόμιμοι. Και τούτο, διότι με τη θέσπιση αυτών περιορίστηκε ο ανταγωνισμός των δυνητικά ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων μόνον σε εκείνους που πληρούσαν το εν λόγω κριτήριο κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018, κατ' αποκλεισμό εκείνων που ενδεχομένως πληρούσαν αυτό κατά το έτος 2019, το οποίο ως εγγύτερο του χρόνου διεξαγωγής του διαγωνισμού ήταν και το πλέον πρόσφορο για τη διακρίβωση της καταλληλότητας των υποψηφίων. Εξ άλλου, η επιλογή από την αναθέτουσα αρχή των ετών 2016, 2017 και 2018, για τον λόγο ότι υπήρχαν διαθέσιμα και ασφαλή αποδεικτικά στοιχεία σχετικά με τον κύκλο εργασιών των διαγωνιζομένων, σε αντίθεση με το έτος 2019 για το οποίο δεν είχαν οριστικοποιηθεί τα οικονομικά δεδομένα των υποψηφίων, επειδή δεν είχε λήξει ακόμη η νόμιμη προθεσμία για την έγκριση και δημοσίευση των ισολογισμών τους και εκκρεμούσε η υποβολή των φορολογικών δηλώσεών τους για το έτος αυτό, δεν συνιστά νόμιμο δικαιολογητικό λόγο καθόσον, σύμφωνα με τις προεκτεθείσες διατάξεις του Μέρους I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 αλλά και της διακήρυξης, η απαίτηση για την ύπαρξη ορισμένου ύψους κύκλου εργασιών

μπορούσε να αποδειχθεί με δήλωση του οικονομικού φορέα, απορριπτομένων των περι του αντιθέτου ισχυρισμών των προσφευγόντων.

21. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, το Δικαστήριο κρίνει ότι η θέσπιση των επίμαχων όρων της διακήρυξης, με τους οποίους περιορίστηκε ο κύκλος των υποψήφιων οικονομικών φορέων μόνο σ' εκείνους που πληρούσαν το κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018, αποκλείοντας όσους πληρούσαν το εν λόγω κριτήριο κατά το έτος 2019, το οποίο ήταν και το εγγύτερο έτος του χρόνου διεξαγωγής του διαγωνισμού και άρα το πλέον πρόσφορο εν όψει των απαιτήσεων που απορρέουν από την αρχή της αναλογικότητας, χωρίς μάλιστα να συντρέχει προς τούτο βάσιμος δικαιολογητικός λόγος, έπληξε την αντικειμενική ακεραιότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας και συνεπώς συνιστά ουσιώδη νομική πλημμέλεια, όπως ορθά κρίθηκε με την προσβαλλόμενη απόφαση (βλ. ΕλΣ Ολ. 1832/2021).

22. Το Δικαστήριο υπενθυμίζει ότι ο έλεγχος νομιμότητας που ασκείται από το Ελεγκτικό Συνέδριο επί των σχεδίων συμβάσεων που υπάγονται στην ελεγκτική του δικαιοδοσία είναι αυτεπάγγελος, καθολικός και ανεξάρτητος των τυχόν υποβληθεισών ενστάσεων, διοικητικών προσφυγών και λοιπών προβλεπόμενων ενδίκων βοηθημάτων, περιοριζόμενος μόνον από την ύπαρξη δεδουλευμένου στις περιπτώσεις, που τα αρμόδια δικαστήρια αποφάνθηκαν επί ζητημάτων που έθεσαν ενώπιόν τους οι συμμετέχοντες στον διαγωνισμό, αιτούμενοι δικαστικής προστασίας. Συνεπώς, δεν ασκεί επιρροή στην υπό κρίση υπόθεση η μη προσβολή των επίμαχων όρων της διακήρυξης από τους οικονομικούς φορείς και ο μη αποκλεισμός κατ' εφαρμογήν αυτών κάποιου διαγωνιζομένου (βλ. ΕλΣ Ολ. 1832/2021, Τμ. Μείζ. - Επταμ. Σύνθ. 763/2019, 1354/2018). Σύμφωνα δε με όσα έγιναν δεκτά στην παρούσα και στην προηγούμενη σκέψη, πρέπει να απορριφθούν ως αβάσιμοι οι ισχυρισμοί των προσφευγόντων ότι η υπό κρίση πλημμέλεια δεν είναι ουσιώδης.

23. Ο ισχυρισμός του προσφεύγοντος νομικού προσώπου ότι συγγνωστώς υπέλαβε ότι οι επίμαχοι όροι της διακήρυξης ήταν νόμιμοι διότι σε αντίστοιχους διενεργηθέντες από αυτό διαγωνισμούς, με τους ίδιους όρους, δεν είχε αμφισβητηθεί η νομιμότητα αυτών από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς και δεν υπήρχαν κατευθυντήριες οδηγίες από το εποπτεύον Υπουργείο ή την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. με τις οποίες να επισημαίνεται η μη νομιμότητα αυτών είναι απορριπτέος, καθόσον ο προσυμβατικός έλεγχος του Ελεγκτικού Συνεδρίου είναι έλεγχος αντικειμενικής νομιμότητας της εκάστοτε υποβαλλόμενης προς έλεγχο διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. ΕλΣ Ολ. 505/2021), σε κάθε δε περίπτωση η

μη προσβολή των όρων σε αντίστοιχους διαγωνισμούς, οι οποίοι μάλιστα, όπως συνομολογεί το προσφεύγον νομικό πρόσωπο, δεν ελέγχθηκαν από το Ελεγκτικό Συνέδριο, δεν δύναται να δημιουργήσει πεποίθηση ως προς τη νομιμότητα αυτών, η δε εφαρμογή των περί ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων διατάξεων δεν εξαρτάται από την ύπαρξη σχετικών κατευθυντήριων οδηγιών, πολλώ δε μάλλον όταν, ως εν προκειμένω, η έννοια των εφαρμοστέων διατάξεων είναι σαφής και δεν χρήζει διευκρίνισης.

24. Τέλος, αβασίμως ζητείται από το προσφεύγον νομικό πρόσωπο η αναθεώρηση της προσβαλλόμενης απόφασης για λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος, συνδεδεμένους με την ανάγκη αδιάλειπτης παροχής υπηρεσιών φύλαξης στις φοιτητικές εστίες που έχει υπό την εποπτεία του για την αποτροπή αξιόποινων πράξεων κατά των φοιτητών, την προστασία της περιουσίας του Δημοσίου και την πρόληψη της μετάδοσης της νόσου covid - 19, καθόσον τέτοιοι λόγοι δεν αναιρούν την υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να τηρεί τους κανόνες ανάθεσης των δημοσίων συμβάσεων, οι οποίοι έχουν επίσης θεσπιστεί για την προστασία του δημοσίου συμφέροντος (ΕλΣ Ολ. 1642/2020 και 505, 1832/2021).

25. Μειοψήφησε η Σύμβουλος Αργυρώ Μαυρομάτη, η οποία εξέφρασε την ακόλουθη γνώμη: Το Διοικητικό Συμβούλιο του προσφεύγοντος νομικού προσώπου ενέκρινε τη διενέργεια του υπό κρίση διαγωνισμού στις 10.2.2020, επομένως η προετοιμασία του διαγωνισμού, η οποία έχει ως αφετηρία τη σύνταξη της διακήρυξης, ξεκίνησε εντός του έτους 2019, οπότε ευλόγως δεν επιλέχθηκε το έτος 2019 ως έτος αναγωγής για την απόδειξη του απαιτούμενου ύψους κύκλου εργασιών και συνακόλουθα της συνδρομής του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων. Περαιτέρω, ο ανταγωνισμός δεν φαίνεται να περιορίστηκε λόγω του συγκεκριμένου όρου, αφού υπέβαλαν προσφορές επτά οικονομικοί φορείς. Τέλος, η επιλογή από την αναθέτουσα αρχή των ετών 2016, 2017 και 2018, για το λόγο ότι υπήρχαν διαθέσιμα και ασφαλή αποδεικτικά στοιχεία σχετικά με τον κύκλο εργασιών των διαγωνιζόμενων, σε αντίθεση με το έτος 2019 για το οποίο δεν είχαν οριστικοποιηθεί τα οικονομικά δεδομένα των υποψηφίων, επειδή δεν είχε λήξει ακόμη η νόμιμη προθεσμία για την έγκριση και δημοσίευση των ισολογισμών τους και εκκρεμούσε η υποβολή των φορολογικών δηλώσεών τους για το έτος αυτό, συνιστά νόμιμο δικαιολογητικό λόγο, αφενός διότι η διάταξη του Μέρους Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 αλλά και της διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία η απαίτηση για την ύπαρξη ορισμένου ύψους κύκλου εργασιών μπορούσε να αποδειχθεί με δήλωση του οικονομικού φορέα αφορούσε στις εταιρείες, οι οποίες εκ του νόμου δεν

οφείλουν να δημοσιεύουν ισολογισμούς, αφετέρου η δήλωση ενδέχεται να είναι ανακριβής και να μην αντικατοπτρίζει την πραγματικότητα, οπότε η αναθέτουσα αρχή έχει τη διακριτική ευχέρεια να ζητεί ασφαλή αποδεικτικά στοιχεία και όχι δηλώσεις από τους οικονομικούς φορείς. Η γνώμη αυτή δεν εκκράτησε.

26. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, οι υπό κρίση προσφυγές πρέπει να απορριφθούν, παρελκομένης της εξέτασης των λοιπών προβαλλομένων με αυτές λόγων και να διαταχθεί η κατάπτωση των κατατεθέντων από τους προσφεύγοντες παραβόλων υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου.

Για τους λόγους αυτούς

Συνεκδικάζει τις προσφυγές αναθεώρησης: α) της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «...» και β) του νομικού προσώπου ιδιωτικού δικαίου με την επωνυμία «...» (...).

Απορρίπτει τις προσφυγές αυτές. Και

Διατάσσει την κατάπτωση των παραβόλων που κατέθεσαν οι ανωτέρω προσφεύγοντες υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε σε τηλεδιάσκεψη, την 1η Δεκεμβρίου 2021.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΣΑΡΜΑΣ

ΙΩΑΝΝΑ ΡΟΥΛΙΑ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΑΥΓΟΥΣΤΟΓΛΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση, στις 2 Φεβρουαρίου 2022.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΣΑΡΜΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΑΥΓΟΥΣΤΟΓΛΟΥ