

Κατηγορία: Προσυμβατικές διαφορές (Έργα)

Περίληψη: – Για το παραδεκτό της άσκησης παρέμβαση απαιτείται, σύμφωνα με το άρθρο 328 παρ. 3 του ν.4700/2020 η θεμελίωση εννόμου συμφέροντος. – Κριτήρια επιλογής. Απαίτηση μέσου ετήσιου κύκλου εργασιών και πιστοληπτικής ικανότητας που υπερβαίνουν το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης.

ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 6 Οκτωβρίου 2020, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Τμήματος, Δέσποινα Καββαδία-Κωνσταντάρα και Αργυρώ Μαυρομάτη, Σύμβουλοι, Ιωάννης Καλακίκος και Ευπραξία Δημολιού, Πάρεδροι που μετέχουν με γνώμη συμβουλευτική.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας: δεν παραστάθηκε, σύμφωνα με το άρθρο 223 παρ. 2 του ν.4700/2020 και την από 1.10.2020 σχετική απόφαση της Ολομέλειας της Γενικής Επιτροπείας αυτού στο Ελεγκτικό Συνέδριο.

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού, Προϊσταμένη Τμήματος, δικαστική υπάλληλος με βαθμό Α΄.

Για να αποφασίσει σχετικά με την από (Α.Β.Δ.) προσφυγή:

του Δήμου (ΑΦΜ), που εδρεύει στην (Οδός) και εκπροσωπείται νόμιμα από το Δήμαρχό του, ο οποίος παραστάθηκε δια της πληρεξουσίου δικηγόρου του Αικατερίνης Ραπτοπούλου (Α.Μ./Δ.Σ.Α. 14190), για την ανάκληση της πράξης του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

υπέρ της ανωτέρω προσφυγής ανάκλησης και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης πράξης παρεμβαίνουν:

α) με την από έγγραφη παρέμβαση, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στην (.....) και

εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία παραστάθηκε διά των πληρεξούσιων δικηγόρων της Αθανασίας Γκούμα (Α.Μ./Δ.Σ.Α. 29580) και Σοφίας Χατζηγιαννίδη (Α.Μ./Δ.Σ.Α. 26952) και

β) με την από 28.9.2020 έγγραφη παρέμβαση, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στη (.....) και εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία παραστάθηκε διά του πληρεξούσιου δικηγόρου της Αναστασίου-Ευγένιου Χριστοφιλόπουλου (Α.Μ./Δ.Σ.Α. 24563).

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Την πληρεξούσια δικηγόρο του προσφεύγοντος Δήμου, η οποία ζήτησε να γίνει δεκτή η προσφυγή, και

Τους πληρεξούσιους δικηγόρους των παρεμβαινουσών ανωνύμων εταιρειών, που ζήτησαν να γίνει δεκτή η προσφυγή.

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

Άκουσε την εισήγηση του Παρέδρου Ιωάννη Καλακίκου, και

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο

Αποφάσισε τα ακόλουθα:

1. Ως προς τις προϋποθέσεις του παραδεκτού της κρινόμενης προσφυγής ανάκλησης και των υπέρ αυτής ασκηθεισών παρεμβάσεων, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα:

1.1. Με την κρινόμενη προσφυγή ανάκλησης, για την οποία, σύμφωνα με τα άρθρα 308 παρ. 3 και 336 παρ. 1 του ν.4700/2020 «Ενιαίο κείμενο Δικονομίας για το Ελεγκτικό Συνέδριο, ολοκληρωμένο νομοθετικό πλαίσιο για τον προσυμβατικό έλεγχο (...)» (Α' 127), δεν απαιτείται η καταβολή

παραβόλου, ζητείται, παραδεκτώς, η ανάκληση της πράξης του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

1.2. Το άρθρο 328 του ν.4700/2020 ορίζει στην παράγραφο 3 ότι: «Όποιος έχει έννομο συμφέρον, μπορεί να ασκήσει εγγράφως ή προφορικώς παρέμβαση μέχρι τη συζήτηση της προσφυγής ανάκλησης στο ακροατήριο».

1.3. Με την προσβαλλόμενη πράξη κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης του έργου «.....», μεταξύ του προσφεύγοντος Δήμου και του εργολήπτη με την επωνυμία, που έχοντας, ως ανάδοχος της σύμβασης, προφανές έννομο συμφέρον για την υπογραφή της, παραδεκτώς παρεμβαίνει, στην ανοιγείσα με την κρινόμενη προσφυγή διαδικασία εξέτασης διαφοράς από προσυμβατικό έλεγχο, υπέρ της προσφυγής και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης πράξης.

1.4. Επίσης, η ανώνυμη εταιρεία με την επωνυμία «.....» (στο εξής: το)-η οποία έχει ως καταστατικό σκοπό τη συντήρηση, λειτουργία και διαχείριση του χώρου διεξαγωγής πολιτιστικών εκδηλώσεων συνολικής έκτασης 210.000 μ², περίξ του οποίου θα εκτελεστούν τα έργα της ελεγχόμενης σύμβασης, περιλαμβάνει δε τις κτιριακές εγκαταστάσεις της καθώς και πάρκο αστικού τύπου- επικαλούμενη το ενδιαφέρον της για τη σύναψη της ελεγχόμενης σύμβασης, το οποίο συνίσταται στην ιδιαίτερη και κρίσιμη, για τη λειτουργία του ως άνω υπερτοπικού χαρακτήρα πολιτιστικού προορισμού, σημασία της σύμβασης αυτής (εξασφάλιση της ποιοτικής και ασφαλούς πρόσβασης του σταθερά αυξανόμενου αριθμού επισκεπτών του, που ήδη το έτος 2019 ανήλθαν σε 6.314.000, η οποία (σημασία) το οδήγησε να χρηματοδοτήσει και να δωρίσει στην αναθέτουσα αρχή τη μελέτη για την υλοποίηση της ελεγχόμενης σύμβασης, αποδεικνύει, κατά την πλειοψηφούσα γνώμη, τον ιδιαίτερο ειδικό δεσμό που τη συνδέει με την επίμαχη διαδικασία ανάθεσης και θεμελιώνει το απαιτούμενο από το άρθρο 328 παρ. 3 του ν.4700/2020 έννομο συμφέρον της για την παραδεκτώς άσκηση παρέμβασης

υπέρ της κρινόμενης προσφυγής ανάκλησης (πρβλ. 746/2013 απόφαση του Τμήματος τούτου και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

1.5. Κατά τη γνώμη, όμως, της Συμβούλου Δέσποινας ΚαββαδίαΚωνσταντάρα, με την οποία συντάχθηκε και ο Πάρεδρος Ιωάννης Καλακίκος, απαραδέκτως, λόγω έλλειψης εννόμου συμφέροντος, ασκεί παρέμβαση το, δεδομένου ότι δεν συμμετείχε στη διαδικασία σύναψης της επίμαχης σύμβασης, που, κατά την έννοια της σχετικής ρύθμισης του άρθρου 328 παρ. 3 του ν.4700/2020, αποτελεί, κατ' αρχήν, προϋπόθεση που πρέπει να συντρέχει, ώστε να μπορεί να θεμελιωθεί η ύπαρξη συμφέροντος για την άσκηση παρέμβασης. Η γνώμη, όμως, αυτή δεν εκράτησε.

2. Με την προσβαλλόμενη πράξη έγινε δεκτό ότι κωλύεται η υπογραφή της ελεγχόμενης σύμβασης με την αιτιολογία ότι ο περιλαμβανόμενος στο άρθρο 22.Γ περ. Γ όρος της οικείας διακήρυξης, σύμφωνα με τον οποίο οι προσφέροντες πρέπει να διαθέτουν μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών κατά τα τελευταία τρία (3) έτη ίσο ή μεγαλύτερο από πέντε εκατομμύρια (5.000.000,00) ευρώ, παρίσταται καταδήλως δυσανάλογος σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης και περιορίζει υπέρμετρα το δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία ανάθεσής της, κατά παράβαση του άρθρου 75 παρ. 3 του ν.4412/2016 και των αρχών του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού. Για τους ίδιους δε λόγους, παρίσταται δυσανάλογος και ο διαλαμβανόμενος στο άρθρο 22.Γ περ. Β όρος της διακήρυξης, περί απαιτούμενης πιστοληπτικής ικανότητας ίσης με πέντε εκατομμύρια (5.000.000) ευρώ, ενώ η απαίτηση της διακήρυξης να πληρούνται σωρευτικά οι ως άνω όροι χρηματοοικονομικής επάρκειας, λειτουργεί επιτακτικά στη μη νομιμότητα ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης. Οι αδικαιολόγητα περιοριστικοί αυτοί όροι της διακήρυξης, έπληξαν εν προκειμένω τον ανταγωνισμό, αφού μία μόνο εργοληπτική επιχείρηση συμμετείχε παραδεκτά στην ελεγχόμενη διαδικασία ανάθεσης.

3. Με την κρινόμενη προσφυγή, όπως αυτή αναπτύσσεται και με το από νομίμως κατατεθέν υπόμνημα, και τις υπέρ αυτής ασκηθείσες

παρεμβάσεις της «.....», όπως αυτή αναπτύσσεται και με το από νομίμως κατατεθέν υπόμνημα, καθώς και του προβάλλονται οι ακόλουθες αιτιάσεις :

3.1. Η προσβαλλόμενη πράξη εκδόθηκε κατά πλάνη περί το νόμο, υπό την ειδικότερη διάκριση της πλημμελούς εφαρμογής των κρίσιμων διατάξεων του ν.4412/2016 που διέπουν την υπόθεση. Ο λόγος αυτός ανάκλησης ερείδεται στον ισχυρισμό ότι τα τεθέντα, ως απαιτήσεις συμμετοχής στη διαδικασία ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, κριτήρια ελέγχου της χρηματοοικονομικής επάρκειας των προσφερόντων εργοληπτών, είναι νόμιμα, καθόσον δικαιολογούνται από δεόντως αιτιολογημένες περιστάσεις που αφορούν στην εκτέλεση της σύμβασης αυτής. Προς τεκμηρίωση δε του ισχυρισμού αυτού προβάλλονται τα ακόλουθα επιχειρήματα: Η εκτέλεση της ελεγχόμενης σύμβασης συνεπάγεται υψηλούς κινδύνους που απορρέουν από τη πλημμελή ή μη έγκαιρη εκτέλεσή της, καθόσον αφορώντας σε έργο οδοποιίας εντός του αστικού ιστού και, συγκεκριμένα, πέριξ του υπερτοπικού χαρακτήρα πολιτιστικού πάρκου του, εγκυμονεί κινδύνους σχετικούς με τη λειτουργία και ασφάλεια του εργοταξίου, επαυξημένους εν προκειμένω λόγω της πυκνής κυκλοφορίας παντός τύπου οχημάτων και μέσων μαζικής μεταφοράς που χαρακτηρίζει την περιοχή αλλά και λόγω της μη διακοπής της λειτουργίας του ανωτέρω εμβληματικού Κέντρου Πολιτισμού, η δε έγκαιρη και ορθή εκτέλεσή της είναι κρίσιμης σημασίας, καθόσον εντάσσεται σε ένα ευρύτερο πλέγμα έργων, με τα οποία συνδέεται άρρηκτα και αποτελεί προαπαιτούμενο αυτών. Ειδικότερα α) η ελεγχόμενη σύμβαση επηρεάζει άμεσα τη λειτουργία του, συνθήκη που θέτει επιτακτικά την ανάγκη διασφάλισης, καθ' όλη τη διάρκεια εκτέλεσης του έργου, της απρόσκοπτης και ασφαλούς πρόσβασης και κυκλοφορίας των επισκεπτών του, που κατά το έτος 2019 ανήλθαν σε 6.314.000. β) Η σύμβαση αυτή δεν αφορά σε απλή ασφαλτόστρωση υφιστάμενου οδικού δικτύου, αλλά σε πολλές κυκλοφοριακές ρυθμίσεις για την αντιμετώπιση του σοβαρότατου κυκλοφοριακού και περιβαλλοντικού προβλήματος που παρουσιάζει η περιοχή (με επανασχεδιασμό και διαμόρφωση κρίσιμων κυκλοφοριακών κόμβων για την ομαλή διεξαγωγή της κυκλοφορίας τόσο στη

περιοχή, όσο και στη διασύνδεσή της με το παραλιακό μέτωπο και τη δημιουργία νέων συνδετήριων οδών για την αποσυμφόρηση του κυκλοφοριακού φόρτου), μετατοπίσεις δικτύων επιχειρήσεων κοινής ωφέλειας, καθώς και επανειλημμένο άνοιγμα και κλείσιμο εργοταξίου, αφού το έργο θα πραγματοποιηθεί τμηματικά κι όχι εφάπαξ και εντός πολύ περιορισμένου χρονοδιαγράμματος. Αποτελεί δε προαπαιτούμενο για άλλα δημόσια έργα που έπονται και στοχεύουν στην αισθητική, περιβαλλοντική και πολιτιστική αναβάθμιση της ευρύτερης περιοχής, τα οποία είναι προγραμματισμένα να εκτελεστούν μέχρι το έτος 2023 και προϋποθέτουν την ολοκλήρωση της αποκατάστασης του οδικού δικτύου περίξ του (παρεμβάσεις συγχρηματοδοτούμενες στο πλαίσιο του «Περιφερειακού Επιχειρησιακού Προγράμματος» με τίτλους i) «Πράσινες Πολιτιστικές Διαδρομές», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.400.250,40 ευρώ, που αφορά στην ανάπλαση υπαίθριων χώρων και τη δημιουργία πράσινων διαδρομών και στάσεων, παράλληλα με την ενίσχυση της μετακίνησης των επισκεπτών με μέσα φιλικά προς το περιβάλλον και ii) «Πρόγραμμα Βιοκλιματικής Πρόσοψης», προϋπολογιζόμενης δαπάνης 2.400.000,00 ευρώ, που αφορά στην ενεργειακή και αισθητική αναβάθμιση επιλεγμένων κτιρίων περίξ του). γ) Υφίσταται ανάγκη ολοκλήρωσης της σύμβασης εντός των προβλεπόμενων προθεσμιών, ώστε να μην απενταχθεί από το πρόγραμμα χρηματοδότησης ΦΙΛΟΔΗΜΟΣ, το οποίο έχει διάρκεια εφαρμογής έως 31.12.2021. Οι ως άνω περιστάσεις κατέστησαν σκόπιμη και κατάλληλη την πρόβλεψη των επίμαχων υψηλότερων ελάχιστων απαιτήσεων χρηματοοικονομικής επάρκειας, καθόσον η αναγκαία, με το μέγιστο κατ' αρχάς επιτρεπόμενο όριο ετήσιου κύκλου εργασιών διπλάσιου του προϋπολογισμού ($1.266.129,03 \times 2 = 2.532.258,66$ ευρώ), χρηματοοικονομική επάρκεια, δεν διασφάλιζε ότι ο αναδειχθείσόμενος ανάδοχος θα προσφέρει εγγυήσεις ακριβόχρονης, εντός των προβλεπόμενων χρονικών ορίων, άρτια τεχνικά και ασφαλούς εκτέλεσης της απαιτητικής αυτής σύμβασης, χωρίς καθυστερήσεις λόγω αστοχιών ή λόγω αδυναμίας προσήκουσας ανταπόκρισης στις οικονομικές και τεχνικές απαιτήσεις της σύμβασης, ήτοι εγγυήσεις που δεν θα μπορούσαν να

παρέχουν εργολήπτες μικρότερης οικονομικής ευρωστίας. Χωρίς, εξάλλου, το τεθέν όριο των 5.000.000,00 ευρώ να αποκλείει τις μικρομεσαίες επιχειρήσεις (ΜΜΕ), καθόσον στην κατηγορία αυτή εντάσσονται οι επιχειρήσεις των οποίων ο ετήσιος κύκλος εργασιών δεν υπερβαίνει τα πενήντα εκατομμύρια (50.000.000,00) ευρώ, σύμφωνα με την κατηγοριοποίηση του άρθρου 2 του Παραρτήματος της 2003/361/ΕΚ Συστάσεως της Επιτροπής της 6.5.2003 (L 124/20.5.2003) «σχετικά με τον ορισμό των πολύ μικρών, των μικρών και των μεσαίων επιχειρήσεων» (ετήσιος κύκλος εργασιών: πολύ μικρών επιχειρήσεων έως 2.000.000,00 ευρώ, μικρών επιχειρήσεων έως 10.000.000,00 ευρώ και μεσαίων επιχειρήσεων έως 50.000.000,00 ευρώ).

3.2. Ζητείται η ανάκληση της προσβαλλόμενης πράξης **α)** Διότι η εκτέλεση της επίμαχης σύμβασης εξυπηρετεί το δημόσιο συμφέρον και **β)** Διότι η αναθέτουσα αρχή προέβλεψε στη διακήρυξη τις ως άνω υψηλότερες ελάχιστες απαιτήσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας τελώντας υπό την πλήρως δικαιολογημένη πεποίθηση ότι ενεργεί σύννομα και υπηρετεί το δημόσιο συμφέρον, συνθήκη που επιβάλλει την αναγνώριση συγγνωστής πλάνης των αρμοδίων οργάνων της, που δικαιολογεί την υπογραφή της σύμβασης.

4. Οι κρίσιμες διατάξεις που διέπουν την προκειμένη υπόθεση είναι οι ακόλουθες:

4.1. Το άρθρο 75 παρ. 1, 3 και 5 του ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147), με το οποίο μεταφέρθηκαν στην εθνική έννομη τάξη οι αντίστοιχες ρυθμίσεις του άρθρου 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, ορίζει ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. (...) Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι (...) ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, 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. 2. (...) 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, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341. (...) 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 (...)).

4.2. Από τις παρατεθείσες διατάξεις συνάγονται και τα ακόλουθα: Οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια (πρβλ. αποφ. ΔΕΕ, της 13.7.2017 C-76/16 σκ. 32-33, της 18.10.2012 C-218/11 σκ. 29) να επιβάλλουν, με την προκήρυξη της σύμβασης, τις απαιτήσεις εκείνες, οι οποίες, κατά την κρίση τους, διασφαλίζουν ότι οι προσφέροντες διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας, ανάλογα με το αντικείμενό της. Τα ελάχιστα, όμως, επίπεδα των ικανοτήτων που απαιτούνται για μια συγκεκριμένη σύμβαση πρέπει να είναι κατάλληλα για την αξιολόγηση της επάρκειας του οικονομικού φορέα ως προς αυτά και να είναι προσαρμοσμένα στη φύση της σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να συνιστούν μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την

ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεσή της, χωρίς, όμως, να βαίνουν πέραν του αναγκαίου προς τον σκοπό αυτό μέτρου (βλ. Ελ.Συν. αποφ. 1565, 1563/2019, 1077/2016, 6022/2015 Τμ.Μείζ.Επτ.Συν., 1634/2020, 846, 455/2018, 2402/2010 του Τμήματος τούτου). Ειδικά, όσον αφορά τον ελάχιστο απαιτούμενο κύκλο εργασιών, προβλέπεται ότι η σχετική απαίτηση δεν πρέπει κατ' αρχάς να υπερβαίνει κατ' ανώτατο όριο το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Ωστόσο, σε δεόντως δικαιολογημένες περιστάσεις, μπορούν να καθορίζονται υψηλότερες απαιτήσεις. Οι εν λόγω περιστάσεις μπορεί να σχετίζονται με μεγάλη επικινδυνότητα που παρουσιάζει η εκτέλεση της σύμβασης ή με το γεγονός ότι η έγκαιρη και άρτια εκτέλεσή της είναι κρίσιμης σημασίας, ιδίως όταν αποτελεί προαπαιτούμενο για την εκτέλεση άλλων συμβάσεων. Σε αυτές τις δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν μεγάλη διακριτική ευχέρεια να αποφασίσουν αυτόνομα αν είναι σκόπιμο και κατάλληλο να προβλεφθούν υψηλότερες ελάχιστες απαιτήσεις κύκλου εργασιών, εφόσον είναι συναφές και ανάλογο με το αντικείμενο της σύμβασης, οι δε βασικοί λόγοι της επιλογής τους αυτής πρέπει να αναφέρονται στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπει το άρθρο 341 του ν.4412/2016 (βλ. αιτιολογική σκέψη 83 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ).

5. Στην προκείμενη υπόθεση, από το σύνολο των στοιχείων του φακέλου προκύπτουν τα ακόλουθα πραγματικά γεγονότα:

5.1. Ο Δήμος, με την από Διακήρυξη, προκήρυξε ανοικτή διαδικασία για την επιλογή, με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή, αναδόχου για την κατασκευή του έργου «.....», προϋπολογιζόμενης δαπάνης, χωρίς Φ.Π.Α., 1.266.129,03 ευρώ (ελεγχόμενη σύμβαση). Στην ως άνω διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, με καταληκτική ημερομηνία την, κατέθεσαν προσφορά οι εργοληπτικές επιχειρήσεις α) «.....» (2^η κατά σειρά μειοδοσίας με προσφερόμενη έκπτωση 24,08%), η οποία απορρίφθηκε διότι δεν είχε συμπληρώσει τα πεδία του Τυποποιημένου Εντύπου Υπεύθυνης

Δήλωσης (Τ.Ε.Υ.Δ.) που αφορούν τη ζητούμενη από τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ούτε ανταποκρίθηκε στη σχετική πρόσκληση περί υποβολής διευκρινίσεων και συμπληρωματικών στοιχείων και β) «.....» (1^η κατά σειρά μειοδοσίας με προσφερόμενη έκπτωση 38,00%), στην οποία και κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα της διαδικασίας, έναντι συμβατικού ανταλλάγματος, χωρίς Φ.Π.Α., 811.600,00 ευρώ και προθεσμία εκτέλεσης δώδεκα (12) μήνες από την υπογραφή της σύμβασης, χωρίς να έχουν ασκηθεί προδικαστικές προσφυγές ή ένδικα βοηθήματα κατά του κύρους της διαδικασίας αυτής.

5.2. Το αντικείμενο της ελεγχόμενης σύμβασης αφορά στην ανακατασκευή του οδικού δικτύου περίξ του, που περικλείεται από τις οδούς, και περιλαμβάνει: α. Εργασίες διαπλάτυνσης οδών, β. Εργασίες διαμόρφωσης θέσεων στάθμευσης (εσοχών), γ. Επανασχεδιασμός και διαμόρφωση κρίσιμων κόμβων σχετικά με την κυκλοφοριακή λειτουργία τόσο της περιοχής όσο και της διασύνδεσης με το, με τη δημιουργία νέων συνδετήριων οδών για αποσυμφόρηση του κυκλοφοριακού φόρτου, καθώς και την προστασία της ασφαλούς πρόσβασης, δ. Συντήρηση ασφαλτοτάπητα οδών, ε. Βελτιστοποίηση των επιτρεπόμενων χώρων στάθμευσης με ενίσχυση της σήμανσης, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα στον Κ.Ο.Κ., στ. Δημιουργία ασφαλών διαβάσεων προς τις Πύλες του, ζ. Πεζοδρόμηση οδών, η. Αναβάθμιση Η/Μ υποδομών με την αντικατάσταση παλαιών φωτιστικών, τα οποία είναι τοποθετημένα σε ιστούς ΔΕΔΔΗΕ και πύκνωση αυτών.

5.3. Η διακήρυξη του ελεγχόμενου διαγωνισμού προβλέπει στο άρθρο 22.Γ («Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια») ότι: «Οι συμμετέχουσες εργοληπτικές επιχειρήσεις πρέπει να διαθέτουν τις εξής ελάχιστες προϋποθέσεις: Α) (...) Β) Η πιστοληπτική ικανότητα της εταιρείας ή της ένωσης των προσώπων να είναι ίση με πέντε εκατομμύρια ευρώ (5.000.000 €). Γ) Ο μέσος όρος ετήσιου κύκλου εργασιών κατά τα τελευταία τρία (3) έτη να είναι ίσος ή μεγαλύτερος από πέντε εκατομμύρια ευρώ ($\geq 5.000.000$ €). Σε

περίπτωση ένωσης εργοληπτικών επιχειρήσεων η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια θα πρέπει να καλύπτονται από όλα τα μέλη αθροιστικά. Σε αντίθετη περίπτωση θα καλύπτονται τουλάχιστον από το ένα μέλος (...)).

5.4. Στη σχετική «αιτιολογική έκθεση» του φακέλου της ελεγχόμενης σύμβασης, όσον αφορά στις ως άνω υψηλότερες ελάχιστες απαιτήσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας, αναφέρεται ότι αυτές τέθηκαν με στόχο τη συμμετοχή υγιών εταιρειών στη διαδικασία ανάθεσης, ώστε να διασφαλιστεί ότι ο ανάδοχος θα διαθέτει και θα εξακολουθήσει να διαθέτει, καθ' όλη τη διάρκεια της εκτέλεσης της σύμβασης, την αναγκαία οικονομική επάρκεια, προκειμένου να ανταποκριθεί, στο σημερινό, ιδιαίτερα δυσμενές χρηματοοικονομικό περιβάλλον, στις απαιτήσεις εκτέλεσής της και στις όποιες δυσκολίες και ιδιαιτερότητες ανακύψουν, ώστε να επιτευχθεί η άρτια, έντεχνη, εμπρόθεσμη και προσήκουσα ολοκλήρωσή της. Τούτο δε, δικαιολογείται από τη φύση, τη σπουδαιότητα και τις ιδιαιτερότητες της σύμβασης, της τοποθεσίας εκτέλεσής της, καθώς και της αναγκαιότητας ολοκλήρωσής της εντός του συμβατικού χρονοδιαγράμματος, ήτοι εντός 12 μηνών, λόγω του στρατηγικού χαρακτήρα της που συνίσταται στη βελτίωση της εξυπηρέτησης τόσο των κατοίκων της περιοχής, όσο και των επισκεπτών του Ειδικότερα, αναφέρεται ότι η ελεγχόμενη σύμβαση έχει ιδιαίτερα στρατηγικό χαρακτήρα, καθόσον αφορά την αναβάθμιση των βασικών υποδομών εξυπηρέτησης των κατοίκων του Δήμου σε μία ιδιαίτερα επιβαρυνόμενη περιοχή, λόγω και της λειτουργίας του και, εκ του λόγου αυτού, είναι άρρηκτα συνδεδεμένη και με την εξασφάλιση ασφαλούς πρόσβασης στο ως άνω Κέντρο (το οποίο είχε 5.300.000 επισκέψεις το έτος 2018 και 6.300.000 επισκέψεις το έτος 2019), τόσο κατά τη διάρκεια εκτέλεσης του έργου όσο και μετά την ολοκλήρωσή του, ενώ, παράλληλα, επιδρά στη διεξαγωγή της κυκλοφορία σε κρίσιμο οδικό δίκτυο της ευρύτερη περιφέρειας της (.....). Επιπροσθέτως, αναφέρεται ότι τα τεθέντα ως άνω κριτήρια δεν είναι δυσανάλογα με τον επιδιωκόμενο σκοπό ούτε παρακωλύουν τον ελεύθερο

ανταγωνισμό, καθώς υπάρχουν πολυάριθμες εργοληπτικές επιχειρήσεις, Ελληνικές και αλλοδαπές, που καλύπτουν τα εν λόγω κριτήρια και διαθέτουν τον κύκλο εργασιών και την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για να συμμετέχουν στην εν λόγω διαδικασία ανάθεσης.

6. Υπό το ανωτέρω πραγματικό της προκείμενης υπόθεσης και σύμφωνα με τις νομικές σκέψεις που προηγήθηκαν, πρέπει να γίνουν δεκτά κατά την πλειοψηφούσα γνώμη τα ακόλουθα: Το ελάχιστο επίπεδο χρηματοοικονομικής επάρκειας, που απαιτήθηκε, με το άρθρο 22.Γ περ. Β και Γ της Διακήρυξης, για τη συμμετοχή των προσφερόντων οικονομικών φορέων στη διαδικασία ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, εκτιμώμενης αξίας 1.266.129,03 ευρώ, ανερχόμενο σε 5.000.000,00 ευρώ, τόσο για την πιστοληπτική ικανότητά τους, για την οποία με το άρθρο 75 παρ. 3 του ν.4412/2016 δεν προβλέπεται συγκεκριμένο ύψος ανώτατου ορίου, όσο και για τον ετήσιο κύκλο εργασιών, για τον οποίο με τις ανωτέρω διατάξεις τίθεται ως όριο, κατ' αρχάς, το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, αποτελούν κριτήρια που είναι προσαρμοσμένα στη σημασία της ελεγχόμενης σύμβασης και είναι κατάλληλα για την αξιολόγηση της ζητούμενης επάρκειας των προσφερόντων, χωρίς, ενόψει των ειδικών περιστάσεων της ελεγχόμενης σύμβασης, να υπερβαίνουν προδήλως το αναγκαίο μέτρο εν σχέσει προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, της παροχής, δηλαδή, ενδείξεων για την επάρκεια της οικονομικής βάσης των προσφερόντων να αναλάβουν και να εκτελέσουν επιτυχώς της συγκεκριμένη σύμβαση. Ειδικότερα, η ελεγχόμενη σύμβαση αφορά σε έργο οδοποιίας εντός αστικού ιστού, για την αποσυμφόρηση του κυκλοφοριακού φόρτου και τη διαμόρφωση νέων κυκλοφοριακών δεδομένων, τόσο της περιοχής ευθύνης της αναθέτουσας αρχής όσο και του ευρύτερου οδικού δικτύου της, που αφενός επιδρά στην εξασφάλιση ασφαλούς πρόσβασης στο υπερτοπικού χαρακτήρα πολιτιστικό κέντρο, η επισκεψιμότητα του οποίου έφτασε σε 6,3 εκατομμύρια επισκέψεις το 2019 και το οποίο θα λειτουργεί κανονικά κατά την εκτέλεση του έργου, γεγονός που επιβάλλει πλήθος καθημερινών κυκλοφοριακών ρυθμίσεων κατά την εκτέλεση

της σύμβασης, αφετέρου επηρεάζει τη διεξαγωγή της κυκλοφορίας στο ήδη επιβαρυσμένο κυκλοφοριακά παραλιακό μέτωπο της (σύνδεση με), ενώ, επιπροσθέτως, η εμπρόθεσμη υλοποίησή της αποτελεί προϋπόθεση τόσο για την ομαλή χρηματοδότηση της όσο και για την εκτέλεση άλλων σημαντικών έργων στην περιοχή. Επομένως, η εκτέλεση της ελεγχόμενης σύμβασης συνεπάγεται υψηλούς κινδύνους, καθόσον οι εργασίες πραγματοποιούνται σε μία περιοχή με αυξημένη κυκλοφορία οχημάτων και, σε κάθε περίπτωση, δεν πρέπει να επηρεαστεί αρνητικά η λειτουργία του, αλλά και η έγκαιρη και ορθή εκτέλεσή της είναι κρίσιμης σημασίας, καθόσον απ' αυτή εξαρτάται η χρηματοδότησή της και εκτέλεση άλλων έργων αναβάθμισης της ευρύτερης περιοχής. Οι ως άνω περιστάσεις, δικαιολογούν την απαίτηση υψηλών ελάχιστων κριτηρίων χρηματοοικονομικής επάρκειας, τα οποία, κατά την κρίση της αναθέτουσας αρχής, καθορίστηκαν, ως κατάλληλα να εξυπηρετήσουν αποτελεσματικά τις ανάγκες της ελεγχόμενης σύμβασης, στο ύψος των 5.000.000,00 ευρώ, καθόσον ο προσφέρων που έχει το επίπεδο αυτό πιστοληπτικής ικανότητας και ετήσιου κύκλου εργασιών θα είναι σε θέση να ανταποκριθεί, χάριν επιτυχούς εκπλήρωσης των συμβατικών του υποχρεώσεων, στις οικονομικές του υποχρεώσεις και έναντι τρίτων (λ.χ. των προμηθευτών και του προσωπικού του) καθώς και από τυχόν ανάληψη και εκτέλεση και άλλων συμβάσεων, χωρίς να υφίσταται κίνδυνος κλονισμού της οικονομικής του φερεγγυότητας και, κατ' επέκταση, αντισυμβατικής του συμπεριφοράς ως προς την εκτέλεση της ελεγχόμενης σύμβασης, όταν, μάλιστα, κατά μείζονα λόγο, ως εν προκειμένω, η διακήρυξη δεν προβλέπει προκαταβολή υπέρ του αναδόχου (βλ. άρθρο 16 της Διακήρυξης), διασφαλίζοντας έτσι την άρτια και εμπρόθεσμη εκτέλεση της σύμβασης, με τον επιθυμητό εκμηδενισμό των επαπειλούμενων κινδύνων των καθυστερήσεων στην έναρξη και ομαλή πορεία των εργασιών. Ως εκ των λόγων αυτών, τα επίμαχα κριτήρια χρηματοοικονομικής επάρκειας παρίστανται πρόσφορα εν σχέσει προς τον επιδιωκόμενο απ' αυτά σκοπό, ήτοι να παράσχουν ένδειξη για την επάρκεια της οικονομικής βάσης των προσφερόντων να αναλάβουν και να εκτελέσουν επιτυχώς την ελεγχόμενη

σύμβαση, καθόσον πρόκειται περί απαιτήσεων από τις οποίες μπορεί αντικειμενικά να προκύψει η σχετική ικανότητα των προσφερόντων γενικώς, ενώ, περαιτέρω, οι απαιτήσεις αυτές δεν βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του σκοπού αυτού, ενόψει των ως άνω ειδικών περιστάσεων της ελεγχόμενης σύμβασης. Εξάλλου, το γεγονός ότι τελικώς μία, μόνον, επιχείρηση, η οποία, μάλιστα, πρόσφερε και ικανοποιητικό ποσοστό έκπτωσης (38,00%), υπέβαλε παραδεκτώσ προσφορά στο διαγωνισμό δεν άγει στο συμπέρασμα ότι τα επίμαχα κριτήρια επιλογής έχουν τεθεί κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, εφόσον, εν πάση περιπτώσει, δεν προκύπτει ότι η μη υποβολή περισσότερων προσφορών οφείλεται στη μη πλήρωση των κριτηρίων αυτών εκ μέρους άλλων εργοληπτικών επιχειρήσεων που δραστηριοποιούνται στον οικείο κλάδο. Κατ' ακολουθία των ανωτέρω, νομίμως διαμορφώθηκαν, κατ' εφαρμογή του άρθρου 75 παρ. 1, 3 και 5 του ν.4412/2016, οι ως άνω όροι της διακήρυξης της ελεγχόμενης σύμβασης, το δε Κλιμάκιο με την προσβαλλόμενη πράξη του κρίνοντας τα αντίθετα, πλημμελώς εφάρμοσε τον νόμο και ο εξεταζόμενος σχετικός λόγος προσφυγής, με τον οποίο πλήττεται η αιτιολογία αυτή της προσβαλλόμενης πράξης, πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Κατόπιν τούτου, καθίσταται αλυσιτελής η εξέταση και των λοιπών προβαλλόμενων με την κρινόμενη προσφυγή λόγων ανάκλησης της προσβαλλόμενης πράξης.

7. Μειοψήφησε η Σύμβουλος Δέσποινα Καββαδία-Κωνσταντάρα, η οποία διατύπωσε την ακόλουθη γνώμη: Το ελάχιστο επίπεδο χρηματοοικονομικής επάρκειας, που απαιτήθηκε, με το άρθρο 22.Γ περ. Β και Γ της Διακήρυξης, για τη συμμετοχή των προσφερόντων οικονομικών φορέων στη διαδικασία ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, παρίσταται, όπως ορθώς κρίθηκε με την προσβαλλόμενη πράξη, καταδήλως δυσανάλογο σε σχέση με το αντικείμενο της σύμβασης αυτής και περιορίζει υπέρμετρα το δικαίωμα συμμετοχής στη διαδικασία ανάθεσής της, κατά παράβαση του άρθρου 75 παρ. 3 του ν.4412/2016 και των αρχών του ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού. Και τούτο, καθόσον η απαίτηση αυτή ανερχόμενη, τελικά, σε ύψος ανώτερο του

τετραπλασίου της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, παρίσταται υπέρμετρη για διαγωνισμό που περιλαμβάνει συνήθειες, κατά το αντικείμενο και την αξία, εργασίες οδοποιίας. Τούτο καταδεικνύεται, άλλωστε, και από το γεγονός ότι μόνο μία εργοληπτική επιχείρηση συμμετείχε παραδεκτώς στον επίμαχο διαγωνισμό, αφού ο λόγος αποκλεισμού της έτερης εντοπίζεται ακριβώς στην μη δήλωση της απαιτούμενης χρηματοοικονομικής επάρκειας στο έγγραφο του Τ.Ε.Υ.Δ.. Οι επίμαχες απαιτήσεις υπερακοντίζουν προδήλως τον επιδιωκόμενο από την αναθέτουσα Αρχή σκοπό, που συνίσταται στην διασφάλιση ότι ο ανάδοχος οικονομικός φορέας θα διαθέτει την απαιτούμενη οικονομική ευρωστία να ανταποκριθεί προσηκόντως στην εκτέλεση της σύμβασης, τα διαλαμβανόμενα δε από τον προσφεύγοντα και τις παρεμβαίνουσες εταιρείες περί των ειδικών περιστάσεων της ελεγχόμενης σύμβασης δεν δικαιολογούν πειστικώς τη θέσπιση τόσο αυστηρών απαιτήσεων συμμετοχής. Η γνώμη, όμως, αυτή δεν εκράτησε.

8. Μετά από όσα έγιναν δεκτά στην 6^η σκέψη της παρούσας, πρέπει η κρινόμενη προσφυγή ανάκλησης και οι υπέρ αυτής ασκηθείσες παρεμβάσεις να γίνουν δεκτές, να ανακληθεί η προσβαλλόμενη Πράξη του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου και, δεδομένου ότι με την προσβαλλόμενη πράξη δεν διαπιστώθηκε άλλος νόμιμος διακωλυτικός της υπογραφής του λόγος, να υπογραφεί το οικείο σχέδιο της ελεγχόμενης σύμβασης.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την από (Α.Β.Δ.) προσφυγή ανάκλησης του Δήμου και τις υπέρ αυτής ασκηθείσες παρεμβάσεις των εταιρειών «.....» και «.....».

Ανακαλεί την Πράξη του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Και

Αποφαίνεται ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης του έργου «Ανακατασκευή οδικού δικτύου περίξ (.....)».

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στην Αθήνα στις 20 Οκτωβρίου 2020.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΕΙΣΗΓΗΤΗΣ ΠΑΡΕΔΡΟΣ

ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΚΑΛΑΚΙΚΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου στις 3 Νοεμβρίου 2020.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ