

**Η**

**ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ**

**6ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ**

Συνεδρίασε στις 27 Οκτωβρίου 2023 με την εξής σύνθεση: Ελένη Σβολοπούλου, Πρόεδρος, Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Μέλος και Σωτηρία Σταματοπούλου, Μέλος και Εισηγήτρια.

Για να εξετάσει την προδικαστική προσφυγή με ημερομηνία 19-9-2023 και με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ 1423/20.9.2023 του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ... , οδός ... αριθ. ... όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Κατά του ..., ... , που εδρεύει στην ... οδός ... αρ. ... , όπως νόμιμα εκπροσωπείται (εφεξής η «αναθέτουσα αρχή»).

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά να ακυρωθεί η με αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής για την «...», κατά το μέρος που πλήττονται οι όροι 2.2.5.2 και 2.2.9.2 αυτής, κατά τα ειδικότερα προβαλλόμενα με την προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε, αφού το Κλιμάκιο άκουσε την Εισηγήτρια.

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα**

**Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Για την άσκηση της προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο ποσού 4.116,00 ευρώ, σύμφωνα με τα άρθρα 363 του ν. 4412/2016 και 5 του πδ 39/2017 και την εκτιμώμενη αξία της σύμβασης χωρίς Φ.Π.Α. (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ... ).

2. Ο ... ..., ως αναθέτουσα αρχή, δυνάμει της με αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξης προκήρυξε ανοικτό ηλεκτρονικό διαγωνισμό άνω των ορίων για την «...» για τις ανάγκες της ... , συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 823.200,00€ χωρίς Φ.Π.Α. (και 1.020.768,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.). Ως

## **Αριθμός απόφασης: 1681 /2023**

κριτήριο ανάθεσης της σύμβασης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά αποκλειστικά βάσει τιμής. Η αναλυτική περιγραφή του φυσικού και οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης δίνεται στα Παραρτήματα I, II και III της Διακήρυξης που αποτελούν αναπόσπαστα τμήματα αυτής. Η προκήρυξη της σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 5-9-2023 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης, το δε πλήρες κείμενο της Διακήρυξης δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 8-9-2023 και έλαβε ΑΔΑΜ ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ με συστημικό αριθμό ... Σύμφωνα με τη Διακήρυξη, ως καταληκτική προθεσμία υποβολής των προσφορών ορίστηκε η 20<sup>η</sup> Σεπτεμβρίου 2023 και ώρα 12:00 μ., ενώ στο άρθρο 3.1.1 της Διακήρυξης ορίστηκε, ότι η αποσφράγιση των προσφορών θα διενεργηθεί μετά την παρέλευση τριών (3) εργάσιμων ημερών από την καταληκτική ημερομηνία προσφορών, δηλαδή στις 25-9-2023. Με την με αριθ. Α883/2023 απόφαση του παρόντος Κλιμακίου έγινε δεκτό το ενσωματωμένο στην προσφυγή αίτημα λήψης προσωρινών μέτρων και ανεστάλη η πρόοδος της διαγωνιστικής διαδικασίας έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής.

3. Ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (...), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης χωρίς ΦΠΑ, καθώς επίσης και της νομικής φύσης και της δραστηριότητας της αναθέτουσας αρχής, υπάγεται στις διατάξεις του ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου I αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, η δε Ε.Α.ΔΗ.ΣΥ., ενώπιον της οποίας ασκείται η προσφυγή, είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή έχει ασκηθεί εν γένει παραδεκτά με κατάθεση στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού και εμπρόθεσμα, στις 19-9-2023, δηλαδή εντός της προβλεπόμενης στο άρθρο 365 παρ. 1 (γ) του ν. 4412/2016 δεκαήμερης προθεσμίας από την γνώση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα κατά ρητή δήλωσή της (βλ. σελ. 3, σημείο Δ' της προσφυγής) έλαβε πλήρη γνώση της προσβαλλόμενης Διακήρυξης στις 9-9-2023, δηλαδή σε χρόνο προγενέστερο από την τεκμαιρόμενη γνώση αυτής, η οποία ορίζεται στο νόμο (άρθρο 361 παρ. 1

## **Αριθμός απόφασης: 1681 /2023**

περ. γ του ν. 4412/2016) μετά την πάροδο 15νθημέρου από την ανάρτηση της Διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ (8-9-2023). Επίσης, η προσφυγή ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ. 39/2017 και είναι νομίμως υπογεγραμμένη.

**5.** Η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον, καθόσον επικαλείται ότι δραστηριοποιείται επαγγελματικά στο αντικείμενο της σύμβασης και επιθυμεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό, πλην όμως, η συμμετοχή της εμποδίζεται και καθίσταται αδύνατη εξαιτίας των πληττόμενων όρων και απαιτήσεων.

Περαιτέρω, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016, προκειμένου να θεωρηθεί ότι ο προσφεύγων βάλλει κατά όρου της Διακήρυξης με έννομο συμφέρον, αυτός θα πρέπει να επικαλεστεί άμεση βλάβη προκαλούμενη από τον πληττόμενο όρο, ο οποίος παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξη του κριτήρια, σε σημείο που να αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την (λυσίτελή) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. ΣΤΕ 2361/2020, ΣΤΕ ΕΑ 117-8/2021, 107/2021, 240/2020 56/2020, 352/2018 κ.ά.). Συνεπώς, ως επίκληση βλάβης, υπό την έννοια αυτή, νοείται όχι η απλή επίκληση παρανομίας ή η κατά γενικό τρόπο προβολή παραβάσεως διαφόρων διατάξεων οποιουδήποτε επιπέδου, αλλά η επίκληση και ανάδειξη των συγκεκριμένων και αρκούντως εξειδικευόμενων στοιχείων, που αφορούν τη νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, και εκ των οποίων είτε αποκλείεται είτε καθίσταται υπερβολικά δυσχερής η συμμετοχή του στον διαγωνισμό, είτε προδιαγράφεται (άμεσα ή έμμεσα) εις βάρος του το αποτέλεσμα του λόγω αδυναμίας του να εκπληρώσει τις απαιτούμενες προϋποθέσεις (πρβλ. ΕΑΣΤΕ 146-148/2016 Ολ., 1140, 1137, 977/2010, 1149, 1102-3, 1046-7/2009, 14/2006 κ.α.). Η κατά τα ανωτέρω επίκληση βλάβης, για τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος προς άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της Διακήρυξης, απαιτείται τόσο κατά την προβολή λόγων, που πλήττουν την εν γένει νομιμότητά της, όσο και κατά την προβολή λόγων που στρέφονται κατά συγκεκριμένων όρων αυτής (ΣΤΕ ΕΑ 240/2020, 325/2018, 86/2018, 12-15/2018 Ολ. - πρβλ. ΕΑ 146-148/2016 Ολ., κ.ά.).

## **Αριθμός απόφασης: 1681 /2023**

Ενόψει των ανωτέρω, το ειδικό έννομο συμφέρον της προσφεύγουσας θα κριθεί κατά την εξέταση των κατ' ιδίαν λόγων της προσφυγής.

**6.** Η αναθέτουσα αρχή προέβη στις 20-9-2023 στην κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο και ανάρτησε αυτήν κατά την ίδια ως άνω ημερομηνία στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του π.δ. 39/2017.

**7.** Με την υπ' αριθ. 1722/2023 Πράξη της Προέδρου του 6ου Κλιμακίου ορίσθηκε Εισηγήτρια και ημερομηνία εξέτασης της προσφυγής και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της. Όπως προκύπτει από τον ηλεκτρονικό φάκελο της υπόθεσης, η αναθέτουσα αρχή διαβίβασε τις απόψεις της στην ΕΑΔΗΣΥ εμπροθέσμως στις 4-10-2023, δηλαδή εντός της προθεσμίας των δεκαπέντε ημερών από την κατάθεση της προσφυγής κατ' άρθρο 365, παρ. 1, περ. β του ν. 4412/2016, αιτούμενη παράλληλα την απόρριψη της προσφυγής για τους εκεί αναφερόμενους λόγους. Τις απόψεις αυτές κοινοποίησε αυθημερόν (4-10-2023) στους ενδιαφερόμενους και επιπλέον τις ανάρτησε στην κεντρική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού.

**8.** Σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 6ου Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, είναι τύποις παραδεκτή και πρέπει να εξεταστεί στην ουσία της.

**9.** Με την υπό εξέταση προσφυγή πλήττεται ο όρος 2.2.5.2 της Διακήρυξης και η εκεί αξιούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, σύμφωνα με τον οποίο *«2.2.5. Όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται:..... 2.2.5.2. να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα πέντε (5) τελευταία έτη (2018-2019-2020-2021-2022), ήτοι θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους να είναι θετικά»*. Η προσφεύγουσα προβάλλει ότι, πλημμελώς και κατά παράβαση της αρχής της αναλογικότητας, η αναθέτουσα αρχή για το τιθέμενο κριτήριο (μη εμφάνιση ζημιολογίων χρήσεων μετά από

## Αριθμός απόφασης: 1681 /2023

φόρους) απαιτεί ως προσδιοριστικό χρονικό σημείο όχι την τελευταία τριετία, αλλά την τελευταία πενταετία. Τούτο μάλιστα, σε αντίθεση με το κριτήριο του άρθρου 2.2.5.1 της Διακήρυξης, που επίσης αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και στο οποίο ζητείται ετήσιος γενικός κύκλος εργασιών συγκεκριμένου ύψους μόνον για τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις (2020 -2021- 2022). Συναφώς, πλήττεται και ζητείται η ακύρωση του όρου 2.2.9.2 της Διακήρυξης, στον οποίο προβλέπονται τα αποδεικτικά έγγραφα πλήρωσης του κριτηρίου ποιοτικής επιλογής του όρου 2.2.5.2., ως εξής «...Για την περίπτωση 2.2.5.2: Ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών των πέντε (5) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων (2018-2019-2020-2021-2022), στους οποίους θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους να εμφανίζονται θετικά». Η προσφεύγουσα, επικαλούμενη τα άρθρα 18, 75 και 80 του ν. 4412/2016, το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 και σχετική επί του ζητήματος νομολογία, υποστηρίζει ότι δεν υφίσταται δικαιολογητικός λόγος να διευρυνθεί το χρονικό διάστημα πλήρωσης των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας σε ορίζοντα πενταετίας και να μην οριοθετηθεί αυτό στα τρία τελευταία εγγύτερα στον χρόνο διεξαγωγής του διαγωνισμού έτη, δηλαδή στα έτη 2022, 2021 και 2020, ως τα πλέον πρόσφορα ενόψει της εφαρμοστέας αρχής της αναλογικότητας. Επιπλέον, προβάλλει ότι η φύση και το οικονομικό αντικείμενο της προκειμένης σύμβασης δεν δικαιολογούν την αυξημένη απαίτηση χρηματοοικονομικής επάρκειας και μη εμφάνισης ζημιών μετά φόρων για ορίζοντα πενταετίας, από τη στιγμή μάλιστα που ο ετήσιος γενικός κύκλος εργασιών απαιτείται, κατά τον όρο 2.2.5.1 της Διακήρυξης, μόνο για τα τελευταία τρία έτη (2020-2021-2022). Σημειώνει, δε, ότι η ίδια μόνον για το έτος 2019 εμφανίζει αρνητικά αποτελέσματα μετά φόρων (και όχι προ φόρων που είναι θετικά). Συγκεκριμένα, αναφέρει ότι εμφανίζει τα κάτωθι αποτελέσματα μετά από φόρους: Για το έτος 2019 αρνητικά αποτελέσματα (-) 51.405,63€, για το έτος 2020 θετικά αποτελέσματα ύψους 57.501,10€, για το έτος 2021 θετικά αποτελέσματα 140.648,37€, και τέλος για το έτος 2022 θετικά αποτελέσματα μετά από φόρους ύψους 951.790,86 € με πιθανή απόκλιση ύψους 5% έως 10%, λόγω του ότι ακόμη δεν έχει δημοσιευτεί ο ισολογισμός για το έτος αυτό, αλλά μόνο προσχέδιο (χωρίς, ωστόσο, αυτό να επηρεάζει το θετικό πρόσημο του αποτελέσματος μετά φόρων για το έτος

## Αριθμός απόφασης: 1681 /2023

2022). Ενόψει των ανωτέρω, η προσφεύγουσα θεμελιώνει το απαιτούμενο ειδικό έννομο συμφέρον για την προσβολή του όρου 2.2.5.2 της Διακήρυξης, καθώς προβάλλει ότι, κατά το έτος 2019 - το οποίο αποτελεί ελεγχόμενο έτος σύμφωνα με τον όρο 2.2.5.2 της Διακήρυξης-, εμφανίζει αρνητικά αποτελέσματα χρήσης μετά φόρων, και άρα η συμμετοχή της στο διαγωνισμό εμποδίζεται μη νομίμως και δυσανάλογα. Αντιθέτως, εάν η απαίτηση του όρου 2.2.5.2 επεκτεινόταν στα τρία τελευταία έτη, δηλαδή στα έτη 2020- 2021 - 2022, που είναι το νόμιμο κατά την προσφεύγουσα, δεν θα εμποδιζόταν η συμμετοχή της, αφού όπως δηλώνει τα έτη αυτά παρουσιάζει θετικά αποτελέσματα μετά φόρων. Ως εκ τούτου, είναι απορριπτέοι οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής, όπως εμπεριέχονται στις απόψεις της, ότι η προσφυγή είναι απαράδεκτη, ελλείψει εννόμου συμφέροντος της προσφεύγουσας.

**10.** Η αναθέτουσα αρχή ζητά την απόρριψη της προσφυγής, υποστηρίζοντας ότι η απαίτηση οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του όρου 2.2.5.2 για θετικά αποτελέσματα μετά φόρων στις τελευταίες πέντε χρήσεις, δηλαδή των ετών 2018-2019-2020-2021-2022 δεν είναι ούτε παράνομη ούτε δυσανάλογη, ενόψει μάλιστα του οικονομικού αντικειμένου και των ειδικών απαιτήσεων της σύμβασης, καθώς αφορά στην ... και επομένως καθίσταται επιβεβλημένη η πλήρης και αδιάλειπτη διασφάλιση υψηλού επιπέδου συνθηκών ... και μάλιστα υπό τις υπάρχουσες συνθήκες της συνεχιζόμενης και εμμένουσας ... . Επίσης, υποστηρίζει ότι ο όρος αυτός είναι πρόσφορος για την απόδειξη της επάρκειας της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς την προκειμένη σύμβαση.

**11.** Ο ν. 4412/2016 ορίζει στο άρθρο 18, ότι «1. Οι 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 75 υπό τον τίτλο «Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», ότι «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) (...) β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική

## Αριθμός απόφασης: 1681 /2023

ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους (...) 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. (...) 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 (...).

Σχετικά με την απόδειξη της ικανότητας των υποψηφίων στο άρθρο 80 «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» του ν. 4412/2016, όπως αυτό τροποποιήθηκε από 1.6.2021 με το άρθρο 29 του ν. 4782/2021 (Α' 36) ορίζεται ότι «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παρ. (...) 4 και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη (...) της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 (...) 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

## Αριθμός απόφασης: 1681 /2023

(...)). Στο δε Παράρτημα XII «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής» του Προσαρτήματος Α' ορίζεται ότι: *«Μέρος Ι: Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. 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...»*

Από τον συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων συνάγονται τα κάτωθι: Οι αναθέτουσες αρχές είναι καταρχήν ελεύθερες, στο πλαίσιο της διακριτικής τους ευχέρειας, να διαμορφώνουν κατά την κρίση τους όρους της Διακήρυξης και να καθορίζουν τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής (καταλληλότητας), βάσει των οποίων πιστοποιείται αφενός η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και αφετέρου η τεχνική και επαγγελματική επάρκεια των διαγωνιζομένων, προκειμένου να τους επιτραπεί η συμμετοχή στον διαγωνισμό ανάθεσης της οικείας δημόσιας σύμβασης, λαμβάνοντας υπόψη τους τις εκάστοτε ανάγκες τους, καθώς και τη φύση και τις ιδιαιτερότητες της σύμβασης. Για τον λόγο αυτό, η θέσπιση με την οικεία διακήρυξη κριτηρίων ποιοτικής επιλογής, που οι αναθέτουσες αρχές κρίνουν πρόσφορα ή αναγκαία για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών τους και δη για τη διασφάλιση ενός ελάχιστου επιπέδου οικονομικών και τεχνικών ικανοτήτων ή/και εμπειρίας, που κατατείνουν στην άρτια οικονομική και τεχνική εκτέλεση του συμβατικού αντικειμένου, δεν δύναται να θεωρηθεί ότι παραβιάζει άνευ ετέρου τις θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου, που έχουν ενσωματωθεί στην εθνική έννομη τάξη, και ιδιαίτερος τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται ενδεχομένως αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά δυσχερή τη συμμετοχή σε αυτόν δυνητικών

## Αριθμός απόφασης: 1681 /2023

υποψηφίων, που δεν πληρούν τα κριτήρια αυτά, αφού από τη φύση τους οι εκάστοτε τιθέμενοι όροι περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να ανταποκριθούν και να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων. Σε κάθε, όμως, περίπτωση, τα θεσπιζόμενα ως άνω κριτήρια ποιοτικής επιλογής πρέπει να αφορούν στην ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης, να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο αυτής αλλά και πρόσφορα για τη διακρίβωση της αντίστοιχης οικονομικής και τεχνικής ικανότητας των διαγωνιζομένων. Τυχόν δε περιορισμοί, που θέτουν αυτά τα κριτήρια επιλογής στην πρόσβαση στον διαγωνισμό, πρέπει να δικαιολογούνται από επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος και να αποδεικνύεται, ότι ο σκοπός για τον οποίο θεσπίστηκαν δεν θα μπορούσε να επιτευχθεί εξίσου αποτελεσματικά με λιγότερο περιοριστικό για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού τρόπο. Σε διαφορετική περίπτωση, τα τιθέμενα κριτήρια επιλογής τελούν σε δυσαναλογία με τον επιδιωκόμενο σκοπό και συνεπάγονται μη νόμιμο περιορισμό των γενικών αρχών του ανταγωνισμού και της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των σχετικώς δραστηριοποιούμενων οικονομικών φορέων (πρβλ. ΕλΣυν Ολ. 505/2021, 2141, 2494/2020, Τμ. Μείζ. - Επταμ. Σύνθ. 1265/2019). Ειδικώς δε κριτήριο επιλογής, που απαιτεί κατ' άρθρο 75 του ν. 4412/2016 προς απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των υποψηφίων οικονομικών φορέων τη συνδρομή ενός ελάχιστου ετήσιου κύκλου εργασιών, πρέπει να αναφέρεται στην πλησιέστερη στον χρόνο έκδοσης της οικείας Διακήρυξης διαγωνισμού οικονομική χρήση ή έτος, δυνάμενη, κατ' επιλογή της αναθέτουσας αρχής, να εξικνείται σε βάθος έως και τριών (3) ετών κατ' ανώτατο όριο, ώστε να διασφαλίζεται η όσο το δυνατόν εγγύτερη στον χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης οικονομική επάρκεια των υποψηφίων αναδόχων. Σημειωτέον ότι, ενώ τα μέσα απόδειξης του άρθρου 80 παρ. 4 του ν. 4412/2016 για την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (όπως και τα αντίστοιχα του άρθρου 60 παρ. 3 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) είναι ενδεικτικά, η δήλωση του κύκλου εργασιών για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις είναι υποχρεωτική, αφού αυτή τίθεται κατ' ανώτατο όριο (βλ. Δ. Ράικος, Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων, Δ' έκδοση, Εκδ. Α. Σάκκουλα, σελ. 441).

## Αριθμός απόφασης: 1681 /2023

12. Κατόπιν των ανωτέρω, από την επισκόπηση των στοιχείων του φακέλου και στο πλαίσιο των εκατέρωθεν προβαλλόμενων ισχυρισμών, λεκτέα τα εξής: Στο άρθρο 2.2.5 της Διακήρυξης προσδιορίζεται η αξιούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την εκτέλεση της σύμβασης, ως εξής: «2.2.5. Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: 2.2.5.1. Να διαθέτουν ετήσιο γενικό κύκλο εργασιών κατά τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις (2020-2021-2022), κατ' ανώτατο όριο (συναρτήσει της ημερομηνίας δημιουργίας του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του), τουλάχιστον ίσο με το 100% της εκτιμώμενης αξία της σύμβασης, χωρίς τον ΦΠΑ. Σε περίπτωση που οι οικονομικοί φορείς δραστηριοποιούνται για χρονικό διάστημα μικρότερο των τριών διαχειριστικών χρήσεων, τότε ο γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών για όσες διαχειριστικές χρήσεις δραστηριοποιούνται, θα πρέπει να είναι τουλάχιστον ίσος με το 100% της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, χωρίς τον ΦΠΑ. 2.2.5.2. Να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα πέντε (5) τελευταία έτη (2018-2019-2020-2021-2022), ήτοι θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους να είναι θετικά....[...]». Ακολουθώντας, στον όρο 2.2.9.2 (B.3) της Διακήρυξης καθορίζονται τα έγγραφα που προσκομίζονται από τον προσωρινό ανάδοχο για την απόδειξη πλήρωσης του όρου 2.2.5.2 ως εξής: «...B.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν:.... Για την περίπτωση 2.2.5.2: Ισολογισμούς ή αποσπάσματα ισολογισμών των πέντε (5) τελευταίων διαχειριστικών χρήσεων (2018-2019-2020-2021-2022), στους οποίους θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους να εμφανίζονται θετικά....». Από τους παραπάνω όρους της Διακήρυξης προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή διεύρυνε την απαίτηση του όρου 2.2.5.2 σε βάθος πενταετίας, κατά παράβαση των οριζόμενων στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016. Τούτο, μάλιστα, χωρίς να αιτιολογεί στις απόψεις της την διαφοροποίηση μεταξύ των όρων 2.2.5.1 και 2.2.5.2, οι οποίοι, αν και αμφότεροι αναφέρονται στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, ωστόσο για τον μεν πρώτο ελέγχεται η τελευταία τριετία, για τον δε δεύτερο η τελευταία πενταετία. Συνεπώς, κατά τους βάσιμους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας ο όρος 2.2.5.2 και η εκεί αξιούμενη απαίτηση περι

## **Αριθμός απόφασης: 1681 /2023**

θετικών χρήσεων μετά φόρων έχει τεθεί μη νομίμως, δεδομένου ότι κατά παράβαση των όσων προβλέπει το Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 επεκτείνεται η άνω απαίτηση χρηματοοικονομικής επάρκειας σε βάθος πενταετίας. Επιπλέον, δε, ο όρος αυτός παρίσταται δυσανάλογος, ενόψει της φύσης και του αντικειμένου της ... που αφορά σε ... ... προϋπολογισθείσας δαπάνης 823.200,00€ για χρονικό διάστημα δύο (2) ετών. Ούτε ασκεί έννομη επιρροή η δυνατότητα του υποψηφίου να καλύψει τις σχετικές απαιτήσεις, στηριζόμενος στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 78 ν. 4412/2016) ή συμμετέχοντας σε ένωση οικονομικών φορέων (άρθρο 19 παρ. 2 ν. 4412/2016), καθόσον τούτο συνιστά δικαίωμα των ίδιων των υποψηφίων, που κατοχυρώνεται σε όλους τους διαγωνισμούς, και όχι βάση υπέρ της αναθέτουσας αρχής για την εισαγωγή όρων καταλληλότητας που δεν δικαιολογούνται ευλόγως από το αντικείμενο της σύμβασης καθ' εαυτό (βλ. ΕλΣυν Ε' Κλιμάκιο 151/2018). Κατόπιν των ανωτέρω, η προδικαστική προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή και να ακυρωθούν οι πληττόμενοι όροι 2.2.5.2 και 2.2.9.2 (Β.3) αυτής. Ενόψει των αρχών της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της Διακήρυξης, που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών όπως στην υπό κρίση περίπτωση, πρέπει να ακυρωθεί η Διακήρυξη στο σύνολό της (βλ. ΣΤΕ 1135/2010, ΣΤΕ ΕΑ 1089/2009), ώστε να δοθεί η δυνατότητα σε οικονομικούς φορείς που δεν είχαν επιδείξει ενδιαφέρον εξαιτίας της αρχικής της μορφής, να υποβάλουν προσφορές κατόπιν της τροποποίησής της. Συνεπώς, η προκειμένη Διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί στο σύνολό της. Να οριστεί η επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου της προσφεύγουσας (άρθρο 363 του ν. 4412/2016).

### **Για τους λόγους αυτούς**

Δέχεται την προδικαστική προσφυγή, κατά το σκεπτικό.

Ακυρώνει την προσβαλλόμενη με αριθ. πρωτ. ... Διακήρυξη της αναθέτουσας αρχής στο σύνολό της, κατά το σκεπτικό.

Ορίζει την επιστροφή του καταβληθέντος παραβόλου της προσφεύγουσας.

**Αριθμός απόφασης: 1681 /2023**

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 27 Οκτωβρίου 2023 και εκδόθηκε στις 16 Νοεμβρίου 2023 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

**Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ**

**Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ**

**ΕΛΕΝΗ ΣΒΟΛΟΠΟΥΛΟΥ**

**ΔΕΣΠΟΙΝΑ ΚΥΡΙΑΖΗ**