

Η
ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ
1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη, Πρόεδρος, Μιχαήλ Οικονόμου, Εισηγητής, σε αναπλήρωση του Μέλους του 1^{ου} Κλιμακίου Ελευθερίας Καλαμιώτη δυνάμει της υπ' αριθ. 37/2022 Πράξης Προέδρου ΕΑΔΗΣΥ, και Ειρήνη Αποκάρδου, Μέλη.

Για να εξετάσει την με ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ 787/03-06-2022 προδικαστική προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (η προσφεύγουσα) που εδρεύει στ.. ..., οδός ..., και εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του «...» (η αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα, ως και

Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «...» (διακριτικός τίτλος: «...» (εφεξής παρεμβαίνουσα), που εδρεύει στ.. ... αριθ. ..., Τ.Κ. και εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την κρινόμενη προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα ζητά την ακύρωση της υπ' αριθμ. ... διακήρυξης του Γενικού Νοσοκομείου ... και δη να ακυρωθεί ο επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενος όρος του άρθρου 2.2.5. της διακήρυξης περίπτωση II.

Με την παρέμβαση επιδιώκεται η απόρριψη της εξεταζόμενης προσφυγής.

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή, Μιχαήλ Οικονόμου.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της προδικαστικής προσφυγής καταβλήθηκε, εισπράχθηκε και δεσμεύτηκε παράβολο ποσού ευρώ (κωδικός ηλεκτρονικού παραβόλου: ...), και ανέρχεται σε 1.892,00 ευρώ, ποσό που αντιστοιχεί στον προϋπολογισμό της οικείας διακήρυξης.

2. Επειδή, η προσφεύγουσα κατά δήλωση της επιθυμεί να λάβει μέρος στον διαγωνισμό του ... (Νοσοκομειακής μονάδας ...) που προκηρύχθηκε με

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

την με αριθμ. ... διακήρυξη με αρ. ΕΣΗΔΗΣ ..., με ΠΡΟΥΠΟΛΟΓΙΖΟΜΕΝΗ ΕΤΗΣΙΑ ΔΑΠΑΝΗ 378.225,81€ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ ΚΑΙ 469.000,00€ ΜΕ ΦΠΑ ΔΙΚΑΙΩΜΑ ΠΡΟΑΙΡΕΣΗΣ ΓΙΑ ΕΝΑ (1) ΕΤΟΣ 378.225,81€ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ ΚΑΙ 469.000,00€ ΜΕ ΦΠΑ ΣΥΝΟΛΙΚΗ ΕΚΤΙΜΩΜΕΝΗ ΑΞΙΑ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ (ΣΥΜΠΕΡΙΛΑΜΒΑΝΟΜΕΝΟΥ ΤΟΥ ΔΙΚΑΙΩΜΑΤΟΣ ΠΡΟΑΙΡΕΣΗΣ) 756.451,62€ ΧΩΡΙΣ ΦΠΑ ΚΑΙ 938.000,00€ ΜΕ ΦΠΑ., καθώς ο σκοπός και το αντικείμενο εργασιών της κατά δήλωση της συνάδουν με τις καταστατικές δραστηριότητες αυτής και ανταποκρίνονται στις ζητούμενες με τη διακήρυξη υπηρεσίες. Ωστόσο, από τη μελέτη της διακήρυξης υποστηρίζει, ότι περιέχονται σε αυτήν όροι που αφορούν τα απαιτούμενα κριτήρια τεχνικής, επαγγελματικής, οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας, που έχουν τεθεί κατ' αυτή κατά παράβαση των κανόνων του εσωτερικού και κοινοτικού δικαίου και δεν επιτρέπουν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, αποκλείοντας τη δυνατότητα της να συμμετάσχει στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία αν και η επιχειρηματική της δραστηριότητα ταυτίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης και διαθέτει τις σχετικές προϋποθέσεις και τα κατάλληλα μέσα για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της προσβαλλόμενης με αρ. ... διακήρυξης με την οικεία προσφυγή. Η εξεταζόμενη προσφυγή ασκείται παραδεκτώς και εμπροθέσμως καθόσον η επίμαχη με αριθμ. πρωτ. ... διακήρυξη δημοσιεύτηκε στις 13-5-2022, η προσφεύγουσα έλαβε πλήρη γνώση αυτής στις 28-5-2022 που συμπίπτει χρονικά με το αμάχητο τεκμήριο γνώσης των 15 ημερών κατ' άρθρο 361 του ν.4412/2016 (ΕΑ ΣτΕ 41/2020), και η δεκαήμερη προθεσμία άσκησής της έληξε την 07-06-2022.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου της σύμβασης (υπηρεσία), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της, χωρίς ΦΠΑ, του χρόνου έναρξης της διαδικασίας ανάθεσης, καθώς επίσης και της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής υπάγεται στις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και δη του Βιβλίου Ι αυτού. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από τις διατάξεις του Βιβλίου IV του Ν. 4412/2016, η δε ΑΕΠΠ (ήδη ΕΑΔΗΣΥ) ενώπιον της οποίας ασκήθηκε η προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, η προσφεύγουσα ασκεί την προδικαστική προσφυγή κατ' αρχήν με έννομο συμφέρον, καθόσον επικαλείται ότι, παρά το γεγονός ότι η ίδια δραστηριοποιείται επαγγελματικά στην αγορά που αφορά ο προκείμενος

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

διαγωνισμός και ενδιαφέρεται να συμμετάσχει σε αυτόν, η συμμετοχή της εμποδίζεται εξαιτίας του πληττόμενου όρου, ο οποίος, κατά τους ισχυρισμούς της, παραβιάζει τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής και τα εφαρμοστέα κριτήρια επιλογής.

5. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή ανήρτησε την προδικαστική προσφυγή στην αρχική σελίδα του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού στις 03/06/2022 και την κοινοποίησε διά της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού στις 03/06/2022 και υπέβαλε απόψεις επί της προδικαστικής προσφυγής στην ΕΑΔΗΣΥ στις 08/06/2022.

6. Επειδή, στις 14/6/2022 η παρεμβαίνουσα άσκησε εμπροθέσμως, εντός δεκαημέρου από την κοινοποίηση της προδικαστικής προσφυγής, παρέμβαση δια της «Επικοινωνίας» του διαγωνισμού υπέρ της διατήρησης της ισχύος της προσβαλλόμενης πράξης, δοθέντος ότι η 13/06/2022 (Δευτέρα του Αγίου Πνεύματος) ήταν μέρα εξαιρετέα και με έννομο συμφέρον. Η παρέμβαση αυτή ασκείται με προφανές έννομο συμφέρον από την παρεμβαίνουσα η οποία ενδιαφέρεται δικαιολογημένα να συμμετάσχει στον ήδη προκηρυχθέντα, δυνάμει της προσβαλλόμενης διακήρυξης, διαγωνισμό, καθώς υποστηρίζει ότι πληροί τις τεθείσες προϋποθέσεις συμμετοχής, και επομένως βλάπτεται σε περίπτωση αποδοχής της προσφυγής, καθόσον επιδιώκεται μ' αυτήν η εξάλειψη απαιτήσεων της αναθέτουσας Αρχής που κατ' αυτή τελούν σε συνάφεια με το αντικείμενο της σύμβασης και τα κριτήρια επιλογής των ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων.

7. Επειδή, με τη διάταξη του άρθρου 3 παρ. 1 Ν. 4912/2022 (ΦΕΚ Α' 59/17.03.2022), με έναρξη ισχύος κατ' άρθρο 30 του ίδιου Νόμου από τη δημοσίευση στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, η «Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)» του Ν. 4412/2016 (Α' 147) μετονομάστηκε σε «Ενιαία Αρχή Δημόσιων Συμβάσεων (ΕΑΔΗΣΥ)», ενώ με τη διάταξη του άρθρου 17 παρ. 2 Ν. 4912/2022 ορίστηκε ότι «μέχρι την έκδοση της πράξης διορισμού Προέδρου και τουλάχιστον έξι (6) Συμβούλων της Ενιαίας Αρχής Δημόσιων Συμβάσεων του άρθρου 347 του ν. 4412/ 2016 και τη συγκρότηση Κλιμακίων σύμφωνα με την παρ. 4 του άρθρου 353 και την περ. ε' της παρ. 1 του άρθρου 356 του ν. 4412/2016, οι εκκρεμείς ενώπιον της Αρχής διαδικασίες εξέτασης προδικαστικών προσφυγών συνεχίζονται και ολοκληρώνονται από τα Κλιμάκια με τη σύνθεση που έχουν κατά την έναρξη

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

ισχύος του παρόντος». Κατόπιν των ανωτέρω, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του παρόντος Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις ανωτέρω διατάξεις και τις διατάξεις των άρθρων 365 Ν. 4412/2016, 13 ΠΔ 39/2017 όπως ισχύουν.

8. Επειδή, η προσφεύγουσα βάλλει με την κρινόμενη προσφυγή κατά της απαίτησης του άρθρου 2.2.5. της Διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία «2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς: [I] απαιτείται να διαθέτουν ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών της υπηρεσίας για την οποία υποβάλλεται προσφορά (Υπηρεσίες Εστίασης), για κάθε ένα από τα έτη 2018-2019-2020, ίσο ή μεγαλύτερο από την προϋπολογισθείσα δαπάνη χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ο ειδικός κύκλος εργασιών για κάθε ένα από τα έτη 2018-2019-2020 του οικονομικού φορέα να είναι ίσος ή μεγαλύτερος από 378.225,81€ χωρίς ΦΠΑ και δηλώνουν ότι διαθέτουν «ειδικό» ετήσιο κύκλο εργασιών για τα ακόλουθα έτη: -έτος 2018, κύκλος εργασιών (.) νόμισμα (.) -έτος 2019, κύκλος εργασιών (.) νόμισμα (.) - έτος 2020, κύκλος εργασιών (.) νόμισμα (.). Σε περίπτωση που οι πληροφορίες σχετικά με τον κύκλο εργασιών (ειδικό) δεν είναι διαθέσιμες για ολόκληρη την απαιτούμενη περίοδο, ο οικονομικός φορέας αναφέρει την ημερομηνία που ιδρύθηκε ή άρχισε τις δραστηριότητές του. Αν ο οικονομικός φορέας λειτουργεί για χρόνο μικρότερο της τριετίας θα υποβάλει Δήλωση για όσο χρόνο λειτουργεί. [II] Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα πρέπει να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα τρία τελευταία έτη (2018, 2019 και 2020), ήτοι θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για κάθε έτος να είναι θετικά. [III] Οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα πρέπει να διαθέτουν πιστοληπτική ικανότητα ίση με το 100% του προϋπολογισμού με ΦΠΑ, ήτοι 469.000,00€. Σε περίπτωση ένωσης οικονομικών φορέων, οι ελάχιστες απαιτήσεις στα σημεία I και III θα πρέπει καλύπτονται αθροιστικά από τα μέλη της ένωσης ενώ η απαίτηση που αναφέρεται στο σημείο II θα πρέπει να καλύπτεται για κάθε μέλος που συμμετέχει στην ένωση.». Ειδικότερα, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα αρχή καταρχήν έχει ρητώς ορίσει στο άρθρο 2.2.5. τα στοιχεία που απαιτούνται για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και εν προκειμένω οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν ειδικό ετήσιο κύκλο

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

εργασιών της υπηρεσίας για την οποία υποβάλλεται προσφορά, για κάθε ένα από τα έτη 2018-2019-2020, ίσο ή μεγαλύτερο από την προϋπολογισθείσα δαπάνη χωρίς ΦΠΑ, ήτοι ο ειδικός κύκλος εργασιών για κάθε ένα από τα έτη 2018-2019-2020 του οικονομικού φορέα να είναι ίσος ή μεγαλύτερος από 378.225,81€ χωρίς ΦΠΑ. Τριετία δε απαιτεί η οικεία διακήρυξη και για την επόμενη απαίτηση χρηματοοικονομικής επάρκειας ήτοι για την εμφάνιση θετικών αποτελεσμάτων χρήσεων μετά από φόρους κατά τα τρία τελευταία έτη (2018, 2019 και 2020), ήτοι θα πρέπει τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για κάθε έτος να είναι θετικά. Από τις διατάξεις του άρθρου 75 παρ. 3 του ν.4412/2016 καταλείπεται στην αναθέτουσα αρχή η δυνατότητα κατά τον καθορισμό των προϋποθέσεων συμμετοχής στη διαγωνιστική διαδικασία, να επιλέγει τα στοιχεία που κρίνει πρόσφορα για την εξασφάλιση του ελάχιστου επιθυμητού επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Όπως έχει κριθεί (πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ της 13-7-2017, υπόθεση C-76/16 σκ. 32 επ., της 18-10-2012, υπόθεση C-218/11, *Edukonizig* και *Hochtief Construction*, *ECLI:EU:C:2012:643* σκ. 26 επ.), οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά τον καθορισμό των ελαχίστων επιπέδων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, τα ελάχιστα όμως επίπεδα των ικανοτήτων που απαιτούνται για μια συγκεκριμένη σύμβαση πρέπει να σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης, ήτοι να τελούν σε σχέση αναλογίας και να είναι προσαρμοσμένα σε αυτό, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελούν μια αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς, όμως, να βαίνουν πέραν του αναγκαίου προς τον σκοπό αυτό μέτρου. Εξ άλλου, η αρχή της ίσης μεταχείρισης επιβάλλει να έχουν όλοι οι διαγωνιζόμενοι τις ίδιες ευκαιρίες κατά την διατύπωση των όρων των προσφορών τους και ότι οι προσφορές υποβάλλονται με τους ίδιους όρους για όλους τους διαγωνιζομένους, η δε υποχρέωση διαφάνειας έχει ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Με βάση τις ως άνω αρχές, οι οποίες αποτυπώνονται στο άρθρο 18 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και εξειδικεύονται στο άρθρο 58 αυτής, ο ενωσιακός νομοθέτης προέβλεψε ότι, κατά κανόνα, πληροί τις ως άνω προϋποθέσεις ένα κατώτατο όριο κύκλου εργασιών που δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της αξίας του αντικειμένου του διαγωνισμού, με συνέπεια να μην

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

τίθεται, άνευ ετέρου, ζήτημα παραβίασης των αρχών της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, όταν η αναθέτουσα αρχή κινείται εντός του ορίου αυτού, υπό την έννοια ότι ειδική αιτιολόγηση της σχετικής κρίσης της εν λόγω αρχής απαιτείται, πάντως, όταν θεσπίζεται, κατ' εξαίρεση, ακόμη υψηλότερο όριο (ΕΑ 203/2018). Εν προκειμένω η εν λόγω αναθέτουσα αρχή φαίνεται να κινήθηκε εντός του κανονιστικού πλαισίου του άρθρου 58 της Οδηγίας και του άρθρου 75 του ν.4412/2016 απαιτώντας «ειδικό» ετήσιο κύκλο εργασιών. Εν προκειμένω η εταιρεία μας μη πληρώνοντας το εν λόγω κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας για το έτος 2018 δηλώνει ότι διατηρεί έννομο συμφέρον να προσβάλλει την παρούσα διακήρυξη καθόσον θα λάβει δάνεια εμπειρία προς τούτο επιτρεπτός σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.8.1. της οικείας διακήρυξης. Ειδικότερα, με δεδομένο ότι ο ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών τα τρία έτη 2018, 2019, 2020 ανέρχεται σε: Για το έτος 2018 ανέρχεται στα 217.145,85 €. Για το έτος 2019 ανέρχεται στα 710.278,20 €. Για το έτος 2020 ανέρχεται στα 468.753,27 € η εταιρεία μας ρητώς δηλώνει ότι προτίθεται να μετάσχει στον διαγωνισμό στηριζόμενη στις ικανότητες άλλου οικονομικού φορέα μέσω δηλαδή δάνειας εμπειρίας προκειμένου να καλύψει την επίμαχη απαίτηση ως προς το έτος 2018. (ΕΑ ΣτΕ 56/2020, 93/2021 σκέψη 16). Ωστόσο, στο εδάφιο (ii) του άρθρου 2.2.5. τίθεται παρανόμως σωρευτικά των ανωτέρω η απαίτηση της μη εμφάνισης ζημιών κατά τα τρία τελευταία έτη (2018, 2019 και 2020), ήτοι τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους να είναι θετικά. Η ως άνω απαίτηση ως τρία τελευταία έτη να νοούνται τα έτη 2018, 2019 και 2020 και όχι το έτος 2021 έχει τεθεί κατά παράβαση των ενωσιακών διατάξεων που απαιτούν την πλήρωση της εν λόγω απαίτησης μόνο για την τελευταία τριετία (3 έτη). Συναφώς, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 83 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «οι Αναθέτουσες Αρχές θα πρέπει να μπορούν επίσης να ζητήσουν πληροφορίες σχετικά με την αναλογία, φερ' ειπείν, ενεργητικού και παθητικού στους ετήσιους λογαριασμούς. Η θετική αναλογία από την οποία προκύπτουν επίπεδα ενεργητικού υψηλότερα από του παθητικού θα μπορούσε να παράσχει πρόσθετα αποδεικτικά στοιχεία για την οικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα.». Σημειώνεται δε ότι η νομολογία έχει επιβεβαιώσει μεν τη νομιμότητα της απαίτησης περί μη ύπαρξης ζημιών αλλά μόνο κατά τις τελευταίες τρεις διαχειριστικές χρήσεις (πρβλ. ΣτΕ 56/2020, 2203/2017, 198/2008, 93/2021, 273/2016), νοούμενων

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

ως τέτοιων των τριών διαχειριστικών χρήσεων προ της διενέργειας του διαγωνισμού και εν προκειμένω των ετών 2019, 2020 και 2021. Ωστόσο, παραπέμποντας στην ΣΤΕ 2203/2017 (όπου και αφορούσε υπηρεσίες φύλαξης των εγκαταστάσεων της ... προϋπολογισμού 8.875.757,44€ για δύο έτη) έχει κριθεί νόμιμος ο όρος διακήρυξης ο οποίος απαιτεί ως ελάχιστο επίπεδο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων να παρουσιάζουν καθαρά κέρδη προ φόρων προκύπτοντα από τον μέσο όρο των αποτελεσμάτων χρήσης των τριών τελευταίων ετών». Ωστόσο, ο υπό κρίση όρος που δεν απαιτεί θετικό μέσο όρο των αποτελεσμάτων χρήσης, αλλά αντίθετα αναφέρεται στην κάθε έτος κερδοφορία των οικονομικών φορέων και δη στα θετικά αποτελέσματα μετά από φόρους (και όχι προ φόρων που είναι ελαστικότερο ως μέτρο και έχει τούτο δε συννόμως κριθεί δυνάμει της με αριθμ. ΣΤΕ 2203/2017) μπορεί μεμονωμένα να μην πλήττει τις μικρομεσαίες επιχειρήσεις, αλλά λαμβάνοντας υπόψη ότι απαιτείται η πλήρωσή του σωρευτικά με το υπό στοιχείο (i) εδάφιο του άρθρου 2.2.5. περί ειδικού ετήσιου μέσου κύκλου εργασιών σε κάθε ένα από τα έτη 2018- 2019-2020 και σε συνδυαστικά (σωρευτικά) με την πλήρωση πιστοληπτική ικανότητα ίση με το 100% του προϋπολογισμού με ΦΠΑ, ήτοι 469.000,00€, είναι όλως παράνομος και ως εκ τούτου ακυρωτέος. Εν προκειμένω η εταιρεία μας κατά τα έτη 2018, 2019, 2020 και 2021 έχει αρνητικά αποτελέσματα μετά φόρων (και όχι προ φόρων όπου είναι θετικά) μόνο για το έτος 2019. Συγκεκριμένα, η εταιρεία μας εμφανίζει τα κάτωθι αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους: Για το έτος 2020: 57.501,10€, για το έτος 2019: -51.405,63€, για το έτος 2018: 3.300,26€ (αναφέρεται δε ότι για το έτος 2017 ανέρχονται σε: 1.808,86€.). Παράλληλα για το έτος 2021 με δεδομένο ότι δεν έχει δημοσιευτεί ισολογισμός, αλλά έχει «κλείσει» το έτος αναμένεται να δηλώσει θετικά αποτελέσματα προ φόρων και μετά φόρων ύψους 238.000,00 €. Στο σημείο αυτό αναφέρεται ότι η εταιρεία μας για το έτος 2019 δεν εμφανίζει ζημία προ φόρων, καθώς εμφανίζει θετικό αποτέλεσμα ύψους 21.142,16 ευρώ. Δηλαδή η εταιρεία μας, εμφανίζει αρνητικά αποτελέσματα χρήσης μόνο μετά από φόρους μόνο κατά το έτος 2019. Δηλαδή δυνάμει του ως άνω όρου υπό στοιχείο (ii) του άρθρου 2.2.5. και των τιθέμενων κριτηρίων που δεν αιτιολογούνται από την αναθέτουσα αρχή ως προς την επιλογή τους, ούτε βρίσκεται σε αναλογία με την υπό ανάθεση σύμβαση περιορίζεται ο ανταγωνισμός και εμποδίζεται -

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

δυσχεραίνεται η συμμετοχή της εταιρείας στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία που κατά τα λοιπά δύναται να συμμετέχει στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία παρέχοντας επαρκή εχέγγυα οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας, καλύπτοντας και το έτερο τιθέμενο κριτήριο της πιστοληπτικής ικανότητας. Στο σημείο δε αυτό αναφέρουμε ειδικά ότι η απαίτηση της ύπαρξης θετικών αποτελεσμάτων μετά από φόρους (και όχι έστω προ φόρων) για κάθε ένα έτος, ουδόλως συνεπάγεται την απόδειξη της οικονομικής ευρωστίας ενός οικονομικού φορέα, ως αντίθετα φαίνεται να υπολαμβάνει η αναθέτουσα αρχή, ενώ είτε η ύπαρξη θετικών αποτελεσμάτων προ φόρων είτε και ο μέσος όρος αυτών σε συνδυασμό με τα λοιπά κριτήρια που τίθενται στο άρθρο 2.2.5. θα δύνατο να αποτελέσει επαρκές εχέγγυο της αναθέτουσας για την πλήρωση των κριτηρίων χρηματοοικονομικής επάρκειας υπό την απαραίτητη προϋπόθεση της κάλυψης αυτών την τελευταία τριετία (2018, 2019, 2020 ή/και λαμβάνοντας υπόψη ορθώς και το 2021). Περαιτέρω ανακύπτει το εύλογο ερώτημα πώς δε οι οικείες απαιτήσεις δικαιολογούνται από την τυχόν ιδιομορφία των απαιτήσεων του έργου και των προς κάλυψη αναγκών; Ειδικότερα, η παροχή υπηρεσιών εστίασης του Νοσοκομείου ουδόλως έχει ειδικά χαρακτηριστικά που να συνδέονται με την κατεπείγουσα υλοποίηση του έργου εντός εξαιρετικά σύντομου χρονικού διαστήματος. Συνεπώς, δεν επεξηγείται κατά πόσο η απαίτηση αυτή δικαιολογείται ως εύλογη και ανάλογη ως προς τον χαρακτήρα τη φύση και τον επιδιωκόμενο σκοπό της σύμβασης, ενώ ουδόλως εμφανίζει το υπό κρίση έργο στοιχεία οικονομικής πολυπλοκότητας (λ.χ. ύπαρξη εμπροσθοβαρών δαπανών για την κάλυψή του), ή ειδικά στενό χρονικό περιθώριο εκτέλεσής του (ένα έτος αρχική χρονική διάρκεια και ένα έτος προαίρεσης) (επιχείρημα εξ αντιδιαστολής από την 1187/2021 απόφαση της ΑΕΠΠ). Αντίθετα, η σωρευτικά απαιτούμενη αναγνώριση πιστοληπτικής ικανότητας του αναδόχου που τίθεται ως κριτήριο επιλογής στο άρθρο 2.2.5. ή/και η ύπαρξη μέσου όρου θετικών αποτελεσμάτων (κερδών) τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, ως εναλλακτικά επαρκή μέσα αρκούν προδήλως για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης, ή ακόμη και η ύπαρξη θετικών αποτελεσμάτων (κερδών) όχι μετά φόρων αλλά προ φόρων που είναι ελαστικότερο σε κάθε περίπτωση μέσο, αρκούν για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης διευρύνοντας τον ανταγωνισμό σε επιχειρήσεις του κλάδου που σε κάθε περίπτωση η ύπαρξη

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

αρνητικών αποτελεσμάτων μόνο μετά από φόρους και μόνο σε ένα έτος δεν εξασφαλίζει αποτελεσματικότερα την αναθέτουσα αρχή ή την οικονομική ευρωστία ενός δυνητικά συμμετέχοντος οικονομικού φορέα. Τούτο σε συνδυασμό με το γεγονός ότι το χρονικά εγγύτερο έτος είναι αυτό του 2021 και όχι το έτος 2020 κατά τα νομολογιακώς κριθέντα από το Ελεγκτικό Συνέδριο (πρβλ. την *ad hoc* με την με αριθμ. 180/2022 απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου (Β' Ελάσσονα Ολομέλεια) σκέψη 20) και λαμβάνοντας υπόψη ότι α) δεν έχουν ακόμη και δη μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών υποβληθεί ετήσιες οικονομικές καταστάσεις για το έτος 2021 ως προαναφέρθηκε, καθώς και ότι β) είναι αδύνατος ο υπολογισμός ως εκ τούτου των αποτελεσμάτων μετά από φόρους ενώ ευκόλως υπολογίσιμα τα αποτελέσματα προ φόρων για το έτος 2021, ο υπό κρίση όρος είναι ακυρωτέος σε κάθε περίπτωση ως παράνομος. Κατά τα ανωτέρω, ουδόλως εξετάζεται εάν ενόψει του οικονομικού αντικειμένου της σύμβασης, σε συσχέτιση με τον ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών της εκάστοτε συμμετέχουσας οικονομικής οντότητας και την πιστοληπτική της ικανότητα, την επιτυχή εκτέλεση ομοειδών συμβάσεων ή άλλα συναφή κριτήρια, ο περιορισμός αυτός παρίσταται εύλογος και αναγκαίος. Συνεπώς, ο υπό κρίση όρος της διακήρυξης και συγκεκριμένα ο όρος που παρατίθεται στο εδάφιο II του άρθρου 2.2.5. είναι παράνομος, αντιβαίνοντας σε θεμελιώδεις εθνικές και ενωσιακές αρχές των δημοσίων συμβάσεων και δέον όπως ακυρωθεί».

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή με τις απόψεις της υποστηρίζει, ότι «Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα εταιρεία ... αρκείται στην επίκληση της παρανομίας, κατ' αυτήν, των πληττόμενων με την υπό κρίση προσφυγή όρων της Διακήρυξης, ισχυριζόμενη ότι αποκλείουν τη συμμετοχή της στο διαγωνισμό, χωρίς όμως να προσδιορίζει, κατά τρόπο σαφή και ορισμένο, με συγκεκριμένη δηλαδή επίκληση των στοιχείων της πραγματικής και νομικής κατάστασής της, ότι από τους πληττόμενους όρους υφίσταται βλάβη εξικνούμενη μέχρι του σημείου αδυναμίας ή ουσιώδους δυσχέρειας υποβολής προσφοράς, έστω και με επιφύλαξη. Πιο συγκεκριμένα, ο ισχυρισμός που κατ' αρχάς διατυπώνεται με την προσφυγή (σελ. 4), περί του ότι οι προσβαλλόμενοι όροι αποκλείουν τη δυνατότητα συμμετοχής της προσφεύγουσας Εταιρείας στο διαγωνισμό, δεν πληροί τις διαμορφωθείσες από τη νομολογία προϋποθέσεις παραδεκτής προβολής του, δεδομένου ότι η

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

προσφεύγουσα εταιρεία δεν αναφέρεται κατά τρόπο επαρκώς ορισμένο στην πραγματική και νομική της κατάσταση η οποία, σε συνδυασμό με τους επίμαχους όρους της Διακήρυξης, δεν της επιτρέπει τη συμμετοχή στον Διαγωνισμό ή, τουλάχιστον, καθιστά τη συμμετοχή της ουσιωδώς δυσχερή. Αντιθέτως, όπως προκύπτει από τα αναφερόμενα στην προσφυγή, η εταιρεία συνομολογεί εν τέλει ότι οι προσβαλλόμενοι με την προσφυγή όροι δεν περιορίζουν την πρόσβασή της στο διαγωνισμό. Συνεπώς, η γενική επίκληση της νόθευσης του υγιούς ανταγωνισμού ή η αμφισβήτηση της νομιμότητας των διατάξεων της διακήρυξης, χωρίς να επεξηγείται κατά ποιο τρόπο αποκλείεται η δυνατότητα πρόσβασής της στη διαδικασία ανάθεσης, δεν στοιχειοθετεί έννομο συμφέρον για την άσκηση της προκείμενης προσφυγής και την ακύρωση των προσβαλλόμενων όρων. Υπό το δεδομένο λοιπόν ότι, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 345 επ. του Ν. 4412/2016, η παροχή της προβλεπόμενης απ' αυτές έννομης προστασίας προϋποθέτει ότι το ενδιαφέρον του οικονομικού φορέα να του ανατεθεί ορισμένη σύμβαση, είναι πράγματι υπαρκτό, υπό την έννοια ότι διαθέτει ένα συγκεκριμένο επίπεδο τεχνικής, επαγγελματικής, οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας, το οποίο, έστω και σε περίπτωση προσαρμογής των σχετικών κριτηρίων επιλογής εντός των πλαισίων που ορίζονται στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/2016, θα του επέτρεπε να συμμετάσχει παραδεκτά στη διαδικασία ανάθεσης της σύμβασης, είναι προφανές ότι οι απολύτως αόριστοι ισχυρισμοί της προσφεύγουσας ως προς την αδυναμία ανάπτυξης ανταγωνισμού μέσω των τεθέντων κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, δεν στοιχειοθετούν έννομο συμφέρον αυτής να προσβάλει τη διακήρυξη του διαγωνισμού. Αντιθέτως, με βάση τις αιτιάσεις της προσφυγής, γίνεται αντιληπτό ότι εκείνο που επιχειρείται μ' αυτήν, είναι να τροποποιηθούν ή/και να καταργηθούν οι πληττόμενοι όροι της διακήρυξης, ώστε, υπό το πρόσχημα της ανάπτυξης ευρύτερου ανταγωνισμού, να προσαρμοστούν στις εμπορικές επιδιώξεις της προσφεύγουσας. Όπως έχει κριθεί, καθ' ερμηνεία των διατάξεων των άρθρων 18 και 75 του ν. 4412/2016, οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια τόσο κατά τον γενικό σχεδιασμό των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων, όσο και κατά τον καθορισμό των ειδικότερων κριτηρίων και απαιτούμενων επιπέδων οικονομικής - χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής - επαγγελματικής

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

ικανότητας, ώστε να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση της σύμβασης και δι' αυτής η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, τηρώντας παράλληλα τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας. Οι αρχές αυτές επιβάλλουν οι θεσπιζόμενες απαιτήσεις, που από τη φύση τους μειώνουν τον αριθμό των ενδιαφερομένων που είναι ικανοί να υποβάλουν προσφορά, να είναι συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης και να μην περιορίζουν την ελευθερία του ανταγωνισμού υπέρμετρα ή τεχνητά, με σκοπό την αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων (ΣτΕ ΕΑ 170, 117-8/2021, 106/2021, 335/2019, 203/2018, 123/2016 κ.ά.). Εξ άλλου, η αρχή της ίσης μεταχείρισης επιβάλλει να έχουν όλοι οι διαγωνιζόμενοι τις ίδιες ευκαιρίες κατά την διατύπωση των όρων των προσφορών τους και ότι οι προσφορές υποβάλλονται με τους ίδιους όρους για όλους τους διαγωνιζομένους, η δε υποχρέωση διαφάνειας έχει ως σκοπό να αποκλείσει τον κίνδυνο ευνοιοκρατίας και αυθαιρεσίας εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής. Με βάση τις ως άνω αρχές, οι οποίες αποτυπώνονται στο άρθρο 18 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και εξειδικεύονται στο άρθρο 58 αυτής, ο ενωσιακός νομοθέτης προέβλεψε ότι, κατά κανόνα, πληροί τις ως άνω προϋποθέσεις ένα κατώτατο όριο κύκλου εργασιών που δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της αξίας του αντικειμένου του διαγωνισμού, με συνέπεια να μην τίθεται, άνευ ετέρου, ζήτημα παραβίασης των αρχών της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης και της διαφάνειας, όταν η αναθέτουσα αρχή κινείται εντός του ορίου αυτού, υπό την έννοια ότι ειδική αιτιολόγηση της σχετικής κρίσης της εν λόγω αρχής απαιτείται, πάντως, όταν θεσπίζεται, κατ' εξαίρεση, ακόμη υψηλότερο όριο (ΕΑ 203/2018). Όπως προκύπτει από τα παραπάνω, το Νοσοκομείο μας έχει ορίσει κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας, τα οποία να εξασφαλίζουν πως ο οικονομικός φορέας που θα ανακηρυχθεί ανάδοχος θα είναι σε θέση να εκτελέσει προσηκόντως την σύμβαση, ανταποκρινόμενος παράλληλα σε όλες τις οικονομικές υποχρεώσεις που τον βαραίνουν, χωρίς να δημιουργείται κίνδυνος για την ομαλή της εξέλιξη. Πιο συγκεκριμένα, με τον προσβαλλόμενο όρο το Νοσοκομείο επιδιώκει να διασφαλίσει ότι οικονομικός φορέας που θα αναλάβει το έργο, θα διαθέτει τους αναγκαίους οικονομικούς πόρους και γενικά την απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και φερεγγυότητα ώστε να μπορεί να εκτελέσει τη σύμβαση χωρίς να τεθεί σε διακινδύνευση η εκπλήρωση των

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

υποχρεώσεων του που αφορούν την καταβολή των νόμιμων αποδοχών των εργαζομένων του και των ασφαλιστικών εισφορών, την κάλυψη του διοικητικού κόστους και του κόστους αναλωσίμων, την πληρωμή φόρων και κρατήσεων υπέρ τρίτων κ.λπ. Σε κάθε περίπτωση, ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας ότι ο όρος 2.2.5. της διακήρυξης, με τον οποίο ζητείται να δηλωθεί ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών για τα έτη 2018, 2019 και 2020, αντί για την τριετία 2019, 2020 και 2021, αντίκειται στα άρθρα 75 και 80 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει, προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος, ενώ ταυτόχρονα είναι εντελώς αβάσιμος, αφού η ίδια αναφέρει στην προσφυγή της (σελ. 15) ότι ο ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών της καλύπτει τις απαιτήσεις της διακήρυξης για όλα ανεξαιρέτως τα έτη 2018, 2019, 2020 και 2021 και επομένως ουδεμία βλάβη υφίσταται (αλλά ούτε και εξειδικεύει σε τι συνίσταται η ενδεχόμενη βλάβη της) σε περίπτωση που δηλώσει τον ειδικό κύκλο εργασιών της για τα έτη 2018, 2019 και 2020. Χωρίς έννομο συμφέρον προσβάλλεται επίσης και η απαίτηση της διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα πρέπει να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα έτη 2018, 2019 και 2020, θα πρέπει δηλαδή τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για κάθε έτος να είναι θετικά, δεδομένου ότι όπως αναφέρεται στην προσφυγή (σελ. 17), αν και εταιρεία ... δεν πληροί τη συγκεκριμένη απαίτηση για το έτος 2019, προτίθεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό στηριζόμενη στις ικανότητες άλλου οικονομικού φορέα, και επομένως ούτε από την άποψη αυτή εμποδίζεται η πρόσβασή της στη διαγωνιστική διαδικασία. Ο ίδιος ισχυρισμός είναι απορριπτέος όμως και ως αβάσιμος, αφού, όπως γίνεται παγίως δεκτό, οι αναθέτουσες αρχές κατά την ενάσκηση της ευρείας διακριτικής τους ευχέρειας ως προς την θέσπιση των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων αναδόχων, μπορούν να απαιτούν από αυτούς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς τους, παρουσιάζοντας την αναλογία, εκτός άλλων, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού, υπό την έννοια ότι η θετική αναλογία, από την οποία προκύπτουν επίπεδα ενεργητικού υψηλότερα από αυτά του παθητικού θα μπορούσε να παράσχει πρόσθετα αποδεικτικά στοιχεία για την οικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα (βλ. και αιτιολ. σκέψη 83 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ). Εν προκειμένω, με βάση την διακήρυξη οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα πρέπει να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα έτη 2018, 2019 και 2020, και συγκεκριμένα θα πρέπει να έχουν θετικά

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

αποτελέσματα χρήσης για κάθε έτος μετά από την αφαίρεση των φόρων. Η απαίτηση αυτή είναι απολύτως εύλογη, διότι το ποσό του φόρου που αφαιρείται από τα κέρδη αφορά αμιγώς φορολογική υποχρέωση του αναδόχου, η οποία δεν μπορεί να συνυπολογιστεί για την εκτίμηση των οικονομικών πόρων που θα έχει στη διάθεσή του ο ανάδοχος, ώστε να μπορεί να ανταποκριθεί στις κάθε είδους δαπάνες εκτέλεσης της σύμβασης. Επιπρόσθετα, με δεδομένο ότι, σύμφωνα με το νόμο, έως την 30ή Σεπτεμβρίου κάθε έτους, και αφού προηγουμένως εγκριθούν από τα αρμόδια καταστατικά τους όργανα, αναρτώνται στο ΓΕΜΗ οι ετήσιες οικονομικές καταστάσεις των εταιριών πολλών εταιρικών τύπων (ΑΕ, ΕΠΕ, ΙΚΕ κ.λπ.) για την προηγούμενη οικονομική χρήση, βάσει των οποίων προσδιορίζονται τα κέρδη μετά από φόρους, εύλογα έχει προβλεφθεί στη διακήρυξη, ενόψει και του χρόνου διενέργειας του διαγωνισμού, ότι πρέπει να δηλωθεί ο ειδικός κύκλος εργασιών για τα έτη 2018, 2019 και 2020, καθώς και ότι οι συμμετέχοντες θα πρέπει να εμφανίζουν θετικά αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για καθένα από τα έτη αυτά. Άλλωστε, και η εταιρεία ... αναγνωρίζει με την προσφυγή της (σελ. 19) ότι μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών δεν θα έχουν υποβληθεί ετήσιες οικονομικές καταστάσεις για το έτος 2021 και, συνακόλουθα, δεν θα είναι εφικτός ο υπολογισμός των οικονομικών αποτελεσμάτων μετά από φόρους. Τέλος, είτε υπό την εκδοχή ότι θα έπρεπε να υποβληθούν στοιχεία για τα οικονομικά έτη 2018, 2019 και 2020, είτε υπό την παραδοχή ότι αυτά θα έπρεπε να αφορούν τα έτη 2019, 2020 και 2021, το βέβαιο είναι ότι το έτος 2019, κατά το οποίο η εταιρεία ... έχει καταγράψει αρνητικά οικονομικά αποτελέσματα, περιλαμβάνεται σε οποιαδήποτε από τις δύο αυτές τριετίες, και επομένως ούτε από την άποψη αυτή παρίσταται λυσιτελής ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας για την ανάγκη υποβολής οικονομικών στοιχείων για τα έτη 2019, 2020 και 2021. Κατόπιν τούτου, δεν γίνεται αντιληπτή η βλάβη που υφίσταται η προσφεύγουσα εταιρεία από τους αμφισβητούμενους όρους της διακήρυξης και κατ' επέκταση δεν είναι φανερός ο τρόπος που οι εν λόγω κανονιστικοί όροι νοθεύουν τον υγιή ανταγωνισμό, δοθέντος ότι η προσφεύγουσα εταιρεία με την προβλεπόμενη από την διακήρυξη στήριξη στην ικανότητα τρίτου δύναται να συμμετάσχει παραδεκτά στην διαγωνιστική διαδικασία, υποβάλλοντας προσφορά. Ενόψει, λοιπόν, των ανωτέρω,

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

προδήλως προκύπτει ότι η κατά τα ανωτέρω θεσπισθείσα απαίτηση του όρου 2.2.5 της διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία απαιτείται να εμφανίζει ο συμμετέχων οικονομικός φορέας θετικά αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους για κάθε ένα από τα έτη 2018, 2019 και 2020, δεν έχει τεθεί παρανόμως. Και τούτο, διότι ο επίμαχος όρος, με τον οποίο ζητείται η ύπαρξη καθαρών κερδών σε διάστημα τριετίας, χωρίς να καθορίζεται το ύψος τους, είναι πρόσφορος για την απόδειξη της επάρκειας της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς την προκείμενη σύμβαση. Εξάλλου, το γεγονός ότι η οικονομική ευρωστία μιας επιχείρησης είναι δυνατόν να προκύπτει από τη συνεκτίμηση και άλλων παραμέτρων δεν αποκλείει, πάντως, τη δυνατότητα της αναθέτουσας αρχής να επιλέγει εκείνη τα στοιχεία που κρίνει πρόσφορα για την εξασφάλιση του ελάχιστου επιθυμητού επιπέδου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζομένων. Η δε πρόβλεψη (ισχύουσα γενικώς, για όλους τους υποψηφίους), κατά το σύστημα της διακήρυξης, ότι η μη πλήρωση έστω και ενός εκ των επί ποινή απαραδέκτου απαιτούμενων όρων, όπως ο επίμαχος, δύναται να επιφέρει τον αποκλεισμό του υποψηφίου, χωρίς να γίνεται συνεκτίμηση όλων των κριτηρίων, δεν συνιστά δυσμενή διάκριση σε βάρος όσων δεν πληρούν το σύνολο των απαιτήσεων της διακήρυξης (βλ. ενδεικτ. ΣτΕ 2203/2017, ΕΑ ΣτΕ 273/2015, 812, 1209/2009, 257, 649/2010, 260, 37/2011). Ενόψει, συνεπώς, των ανωτέρω, προδήλως προκύπτει ότι οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης δεν βαίνουν πέραν του αναγκαίου μέτρου για την επίτευξη του επιδιωκόμενου με την υπό ανάθεση σύμβαση σκοπού, λαμβανομένου μάλιστα υπόψη του σημαντικού φυσικού και οικονομικού αντικειμένου και των ειδικών απαιτήσεων της συμβάσεως, καθώς αφορά την παροχή υπηρεσιών καθαριότητας των κτιρίων και εγκαταστάσεων του Νοσοκομείου μας, και επομένως καθίσταται επιβεβλημένη η πλήρης και αδιάλειπτη διασφάλιση υψηλού επιπέδου συνθηκών υγιεινής για τους ασθενείς, το προσωπικό και το κοινό, και μάλιστα υπό τις υπάρχουσες συνθήκες της συνεχιζόμενης και εμμένουσας πανδημίας COVID-19. Συνεπώς προσλαμβάνει ιδιαίτερη σημασία η ανάθεση της σύμβασης σε οικονομικό φορέα που παρέχει τα απαιτούμενα εχέγγυα οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας για την προσήκουσα εκτέλεση των συμβατικών υπηρεσιών. Θεωρούμε επίσης ότι οι επίμαχοι όροι της διακήρυξης είναι

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

καθόλα νόμιμοι διότι σε αντίστοιχους διεθνείς διαγωνισμούς που διενεργήσαμε, με τους ίδιους όρους, χρησιμοποιώντας εγκεκριμένα πρότυπα διακηρύξεων, δεν είχε αμφισβητηθεί η νομιμότητα αυτών από τους συμμετέχοντες οικονομικούς φορείς, ενώ αντίστοιχα δεν υπήρχαν κατευθυντήριες οδηγίες από το εποπτεύον Υπουργείο ή την Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. με τις οποίες να επισημαίνεται η μη νομιμότητα αυτών. Σε κάθε περίπτωση, η μη προσβολή των όρων σε αντίστοιχους διαγωνισμούς, δημιούργησε την πεποίθηση ως προς τη νομιμότητα τους. Η κρινόμενη προσφυγή πρέπει να απορριφθεί κυρίως για λόγους υπέρτερου δημοσίου συμφέροντος, συνδεδεμένους με την ανάγκη αδιάλειπτης παροχής υπηρεσιών καθαριότητας/εστίασης του νοσοκομείου, την διαφύλαξη της δημόσιας υγείας, την απρόσκοπτη λειτουργία του νοσοκομείου και την πρόληψη της μετάδοσης της νόσου covid-19. Τα αμφισβητούμενα εδάφια του άρθρου 2.2.5 της επίδικης διακήρυξης δεν διαφαίνεται να περιορίζουν τον ανταγωνισμό μεταξύ των συμμετεχόντων, καθόσον ήδη αρκετές εταιρίες εκδήλωσαν ενδιαφέρον με τη λήψη βεβαίωσης αυτοψίας των χώρων του Νοσοκομείου. Ως εκ τούτου, σύμφωνα με όσα προεκτέθηκαν, η υπό κρίση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της ως απαραδέκτως ασκηθείσα αλλά και ως στερούμενη νομικής και ουσιαστικής βασιμότητας».

10. Επειδή, η παρεμβαίνουσα υποστηρίζει, ότι «Εν προκειμένω, λοιπόν, η αναθέτουσα αρχή κατ' ενάσκηση της σχετικής διακριτικής της ευχέρειας, στο πλαίσιο θέσπισης των προϋποθέσεων συμμετοχής των διαγωνιζομένων, ζητεί ευλόγως να εμφανίζουν ετησίως κερδοφόρο κύκλο εργασιών, μετά την αφαίρεση του φόρου, για την τελευταία τριετία, και ειδικότερα για την τριετία 2018, 2019 και 2020. Όσον αφορά δε το ως άνω κριτήριο, καταρχήν δεν προκύπτει ως αδικαιολόγητο να ζητείται ως δείκτης φερεγγυότητας το μη ζημιογόνο και η εμφάνιση λειτουργικού κέρδους και άρα, οικονομικής υγείας από τον συμμετέχοντα οικονομικό φορέα ή έστω τον παρέχοντα στήριξη τρίτο και ενώ άλλωστε, ακριβώς λόγω της φύσης του κριτηρίου (δηλαδή θετικής ή αρνητικής πλήρωσης, χωρίς να αφορά ένα τελικό επιδιωκόμενο μέγεθος, αλλά συνιστάμενο απλώς σε εν γένει κερδοφορία του ενός οικονομικού φορέα), όπως τέθηκε και χωρίς απαίτηση συγκεκριμένου ποσού ή ποσοστού κερδοφορίας (ΑΕΠΠ 895/2021). Περαιτέρω, ούτως ή άλλως οι φόροι δεν δύναται να προσμετρηθούν στα ετήσια κέρδη των

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

επιχειρήσεων-οικονομικών φορέων, δοθέντος ότι δεν ανήκουν σε καθαρά κέρδη που ο φορέας έχει στην διάθεσή του και μπορεί να χρησιμοποιήσει προς απόδειξη της χρηματοοικονομικής του επάρκειας (και να αξιοποιήσει για τις ανάγκες εκτέλεσης της σύμβασης), εφόσον αυτά αποδίδονται στο κράτος. Εκτός αυτού, από την προσφυγή της εταιρείας «...» δεν προκύπτει σε τι ακριβώς έγκειται η βλάβη που δήθεν υφίσταται από την θέσπιση του εν λόγω όρου της διακήρυξης, καθότι όπως αναφέρει ρητά με την προδικαστική της προσφυγή (σελίδες 13) η εταιρεία «...» δύναται να υποβάλλει παραδεκτή προσφορά στην προκηρυχθείσα διαγωνιστική διαδικασία ως έχει, ήτοι με τους θεσπισμένους από την αναθέτουσα αρχή κανονιστικούς όρους, δηλώνοντας στήριξη στην ικανότητα τρίτου για το έτος 2018, ως προς το οποίο υπολείπεται του ζητούμενου ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών. Επίσης, ουδόλως επικαλείται ότι, από πλευράς κατάρτισης ανταγωνιστικής προσφοράς, καθίσταται επαχθέστερη η δυνατότητα πρόσβασης της στο διαγωνισμό σε περίπτωση στήριξης στις ικανότητες τρίτου. Κατόπιν τούτων, όμως εσφαλμένως και αβασίμως γίνεται αναφορά με την προσφυγή για αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού ή για θέσπιση όρου δυσανάλογου ως προς τον σκοπό και το αντικείμενο της σύμβασης. Επιπροσθέτως, τόσο για τις ΑΕ όσο και για τους λοιπούς τύπους κεφαλαιουχικών εταιριών [βλ. παρ. 1 του άρθρου 119 του ν. 4548/2018 (Α' 104), άρθρο 69 του ν. 4072/2012 (Α' 86) και άρθρο 10 του ν. 3190/1955 (Α' 91)], για τη χρήση που λήγει στις 31/12 η συνέλευση των μετόχων/εταίρων συνέρχεται το αργότερο μέχρι την 10/09 του επόμενου έτους, ενώ στη συνέχεια οι εγκεκριμένες οικονομικές καταστάσεις υποβάλλονται στο ΓΕΜΗ εντός είκοσι (20) ημερών, ήτοι έως την 30ή Σεπτεμβρίου. Με βάση τα ανωτέρω, ορθώς η αναθέτουσα αρχή έχει ζητήσει ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών της υπηρεσίας για την οποία υποβάλλεται προσφορά, για κάθε ένα από τα έτη 2018-2019-2020, ίσο ή μεγαλύτερο από την προϋπολογισθείσα δαπάνη χωρίς ΦΠΑ, καθώς κατά το χρόνο διενέργειας του διαγωνισμού δεν είχε λήξει η προθεσμία έγκρισης και δημοσίευσης στο ΓΕΜΗ των ετήσιων οικονομικών καταστάσεων των οικονομικών φορέων (εταιριών) για το έτος 2021, ώστε να μπορεί να ληφθεί υπόψη και να ζητηθεί ειδικός κύκλος εργασιών για την τριετία 2019-2020-2021. Εκτός αυτού, δεν πρέπει να παραβλέπεται ότι τα απλά στοιχεία του λογιστηρίου για ορισμένη οικονομική

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

χρήση, όπως εν προκειμένω του 2021, δεν μπορούν να εξομοιωθούν με τις υποκείμενες σε έγκριση οικονομικές καταστάσεις που υποβάλλονται σε δημοσιότητα, ώστε να υπάρχει βεβαιότητα για τα οικονομικά αποτελέσματα της χρήσης, και συνακόλουθα να μπορεί αυτή να ληφθεί υπόψη κατά την αξιολόγηση του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας. Από την άλλη πλευρά, εφόσον η εταιρία ... δηλώνει ότι διαθέτει τον απαιτούμενο ελάχιστο ειδικό κύκλο εργασιών για την τριετία 2018-2019-2020, ουδόλως μπορεί να συναχθεί σε τι βλάπτεται από τον επίμαχο όρο, εφόσον η ίδια δηλώνει ότι πρόκειται να στηριχθεί επιτρεπώς στις ικανότητες τρίτου για την πλήρωση του κριτηρίου. Ενόψει, λοιπόν, των ανωτέρω, καθίσταται πρόδηλο ότι με τους επίμαχους όρους της διακήρυξης οριοθετείται κατά τρόπο σύμφωνο προς τις διατάξεις του Ν. 4412/2016 και την αρχή της αναλογικότητας, το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας, καθώς δεν είναι δυσανάλογο σε σχέση με την αξία της σύμβασης, είναι πρόσφορο για τον έλεγχο των προϋποθέσεων συμμετοχής στο διαγωνισμό και τελεί σε συνάφεια με το αντικείμενο αυτής, συνακόλουθα δε, ουδόλως παρεμποδίζεται η ανάπτυξη του επιθυμητού ανταγωνισμού. Μάλιστα δεν πρέπει να παραβλέπεται ότι η σύμβαση αφορά την παροχή υπηρεσιών εστίασης σε δύο Νοσοκομειακές Μονάδες (... και ...), σχετίζεται άμεσα με τη διασφάλιση της εύρυθμης λειτουργίας τους και προσλαμβάνει ιδιαίτερη σπουδαιότητα ενόψει του αντικειμένου της σε συνδυασμό και με τις υφιστάμενες υγειονομικές συνθήκες, δοθέντος μάλιστα ότι λόγω της εμμένουσας πανδημίας COVID-19, διατηρούνται σε υψηλό επίπεδο τα μέτρα προστασίας εντός των νοσοκομειακών χώρων, και απαιτείται πλήρης διαθεσιμότητα των πόρων του αναδόχου. Εκτός αυτού, δεν πρέπει να παραβλέπεται ότι σύμφωνα με το άρθρο 5.1. («Τρόπος πληρωμής») της διακήρυξης ορίζονται τα εξής: «5.1.1. Η πληρωμή του αναδόχου θα πραγματοποιείται ανά μήνα, για το 100% της μηνιαίας συμβατικής αξίας, μετά την οριστική παραλαβή και υπό τον όρο ότι δεν συντρέχει περίπτωση επιβολής προστίμων ή άλλων οικονομικών κυρώσεων εις βάρος του προμηθευτή, μετά την έκδοση του πρωτοκόλλου οριστικής ποιοτικής και ποσοτικής παραλαβής, με χρηματικό ένταλμα πληρωμής με βάση τα νόμιμα δικαιολογητικά πληρωμής και τα λοιπά στοιχεία που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 200 του Ν.4412/2016 και την ισχύουσα νομοθεσία για την

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

εξόφληση τίτλων πληρωμής ή την είσπραξη απαιτήσεων από το Δημόσιο και τα Ν.Π.Δ.Δ. Χρόνος εξόφλησης: εντός εξήντα (60) ημερών, υπολογιζόμενων από την επομένη της υποβολής του τιμολογίου πώλησης από τον προμηθευτή». Από τα παραπάνω γίνεται φανερό ότι ο εκτιμώμενος χρόνος πληρωμής της αμοιβής του αναδόχου δεν είναι μικρότερος από τρεις (3) μήνες από το χρόνο παροχής της υπηρεσίας σε μηνιαία βάση, και επομένως ο ανάδοχος πρέπει να διαθέτει ικανό επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας για την ανταπόκριση στις απαιτήσεις της σύμβασης. Και υπό το πρίσμα αυτό, λοιπόν, είναι προφανές ότι η απαίτηση της διακήρυξης, να εμφανίζει ο υποψήφιος ανάδοχος κατ' έτος κερδοφόρες χρήσεις (μετά από φόρους) για τα έτη 2018, 2019 και 2020, συνιστά ένα απολύτως εύλογο εχέγγυο για τη δυνατότητά του να αντεπεξέλθει στις απαιτήσεις της σύμβασης, χωρίς αυτό να εξαρτάται από το χρόνο πληρωμής της εργολαβικής του αμοιβής. Σημειωτέον επίσης ότι η προσφεύγουσα δεν επικαλείται και δεν αποδεικνύει ότι διαθέτει την απαιτούμενη από τη διακήρυξη πιστοληπτική ικανότητα, και επομένως ούτε από την άποψη αυτή μπορεί να υποστηριχθεί ότι παρίσταται αδικαιολόγητα αυστηρός ο προσβαλλόμενος όρος. Ως εκ τούτου η κατά τα ανωτέρω θεσπισθείσα απαίτηση οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας των υποψηφίων παρίσταται υπό όλες τις εκδοχές εύλογη και αναγκαία, χωρίς να διαταράσσεται η ισορροπία μεταξύ των εκατέρωθεν, άξιων προστασίας συμφερόντων, ήτοι αφενός της διασφάλισης της επιτυχούς και ομαλής εκτέλεσης της σύμβασης και αφετέρου της δυνατότητας ανάπτυξης ανταγωνισμού μεταξύ των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων, που έχουν τη δυνατότητα να ανταποκριθούν στο εύλογο επίπεδο των κριτηρίων επιλογής που έχουν τεθεί από την αναθέτουσα Αρχή. Από το σύνολο των ανωτέρω, λοιπόν, προδήλως προκύπτει ότι δεν θα μπορούσε να υποστηριχθεί ότι η αναθέτουσα Αρχή έχει κάνει κακή χρήση της διακριτικής της ευχέρειας κατά τον ορισμό του εξεταζόμενου κριτηρίου ποιοτικής επιλογής, αν ληφθεί υπόψη ότι, ως εκ του ειδικού αντικειμένου των συμβατικών υπηρεσιών, δικαιολογείται η θέσπιση - κατά τρόπο, πάντως, αντικειμενικό και αμερόληπτο - κριτηρίων τα οποία, πέραν του ότι δεν μπορούν να θεωρηθούν αυστηρά, είναι απολύτως πρόσφορα για τον έλεγχο της ανταπόκρισης στις τεχνικές και οικονομικές απαιτήσεις της σύμβασης, υπό όρους που δεν πλήττουν τις αρχές της ίσης μεταχείρισης και της

αναλογικότητας».

11. Επειδή, οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια κατά τον καθορισμό των ειδικότερων κριτηρίων και απαιτούμενων επιπέδων οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής-επαγγελματικής ικανότητας, ώστε να διασφαλίζεται η άρτια εκτέλεση της σύμβασης και δι' αυτής η επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού δημοσίου συμφέροντος, τηρώντας παράλληλα τις αρχές της ισότητας και της αναλογικότητας. Ειδικότερα, σύμφωνα με την κατ' άρθρο 18 Ν. 4412/2016 εφαρμοστέα στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων αρχή της αναλογικότητας, οι οριζόμενες από τη Διακήρυξη ελάχιστες απαιτήσεις συμμετοχής, οι οποίες, από την φύση τους, μειώνουν τον αριθμό των δυνάμενων να υποβάλουν προσφορά, πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίες και πρόσφορες για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. Επιπροσθέτως, οι εν λόγω απαιτήσεις πρέπει να είναι συναφείς με το αντικείμενο της σύμβασης και να μην περιορίζουν την ελευθερία του ανταγωνισμού υπέρμετρα ή τεχνητά, με σκοπό την αδικαιολόγητα ευμενή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων (βλ. ΕΑΣΤΕ 117/2021, 335/2019, 203/2018, πρβλ. ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47, ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ). Και ναι μεν όπως έχει κριθεί, η Διακήρυξη, ως κανονιστική πράξη, δεν απαιτείται να φέρει αιτιολογία (ΣΤΕ 434/2021, 1463/2015), αλλά η κατ' ενάσκηση διακριτικής ευχέρειας της αναθέτουσας αρχής επιλογή των κατά τα άνω ελάχιστων απαιτήσεων συμμετοχής είναι αιτιολογητέα, προκειμένου να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος της νόμιμης άσκησης της διακριτικής ευχέρειας και της τήρησης των άκρων ορίων αυτής (πρβλ ΟΛΣΤΕ 721/1969), εν προκειμένω δε και της τήρησης της αρχής της αναλογικότητας από την αναθέτουσα αρχή. Στην περίπτωση δε αμφισβήτησης των κανονιστικών όρων Διακήρυξης ενώπιον της ΕΑΔΗΣΥ, ενόψει του ότι η κανονιστικού χαρακτήρα Διακήρυξη δεν φέρει υποχρεωτικά αιτιολογία, η επιλογή των πληττόμενων απαιτήσεων

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

μπορεί να παρατίθεται με τις απόψεις της αναθέτουσας αρχής (πρβλ. ΔΕφΠειρ 44/2018).

12. Επειδή, περαιτέρω, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 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 (λυσίτελη) συμμετοχή του στον διαγωνισμό (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018 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 την νομική ή πραγματική κατάσταση του συγκεκριμένου συμμετέχοντος, και ως 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 προς 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 (βλ. Ε.Α. 352/2018, 86/2018).

13. Επειδή, η αρχή της αναλογικότητας, αποτελεί γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου, σύμφωνα με την οποία, κάθε επιλεγόμενο μέτρο πρέπει να είναι συγχρόνως αναγκαίο και πρόσφορο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού. (ΔΕΕ, Απόφαση της 22.10.2015, Υπόθεση C-425/14, Impresa Edilux Srl, σκέψη 29, ΔΕΕ, Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C213/07, Μηχανική Α.Ε, σκέψη 49, ΔΕΕ, Απόφαση της 23.12.2009, Υπόθεση C-376/08, Serrantoni και Consorzio stabile edili, σκέψη 33, ΔΕΕ, Απόφαση της 19.05.2009, Υπόθεση C-538/07, Assitur, σκέψεις 21 και 23, ΔΕΕ, Απόφαση της 14.12.2004, Υπόθεση C-210/03, Swedish Match, σκέψη 47,

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

ΔΕΕ Απόφαση της 11.07.2002, Υπόθεση C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, σκέψη 59 κλπ).

14. Επειδή από την επισκόπηση του φακέλου κρίνονται τα κάτωθι:

Η αναθέτουσα αρχή εντός των ορίων της διακριτικής της ευχέρειας έχει ορίσει κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας, τα οποία να εξασφαλίζουν πως ο οικονομικός φορέας που θα ανακηρυχθεί ανάδοχος θα είναι σε θέση να εκτελέσει άρτια την επίμαχη σύμβαση, ανταποκρινόμενος παράλληλα σε όλες τις οικονομικές υποχρεώσεις που τον βαραίνουν, χωρίς να δημιουργείται κίνδυνος για την ομαλή της εξέλιξη. Πιο συγκεκριμένα, με τον προσβαλλόμενο όρο η αναθέτουσα αρχή επιθυμεί αναλογικώς να διασφαλίσει ότι οικονομικός φορέας που θα αναλάβει το έργο, θα διαθέτει τους αναγκαίους οικονομικούς πόρους και γενικά την απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και φερεγγυότητα ώστε να μπορεί να εκτελέσει τη σύμβαση χωρίς να τεθεί σε διακινδύνευση η εκπλήρωση των υποχρεώσεων του που αφορούν την καταβολή των νόμιμων αποδοχών των εργαζομένων του και των ασφαλιστικών εισφορών, την κάλυψη του διοικητικού κόστους και του κόστους αναλωσίμων, την πληρωμή φόρων και κρατήσεων υπέρ τρίτων. Εν προκειμένω, με βάση την διακήρυξη οι συμμετέχοντες οικονομικοί φορείς θα πρέπει να μην εμφανίζουν ζημίες κατά τα έτη 2018, 2019 και 2020, και συγκεκριμένα θα πρέπει να έχουν θετικά αποτελέσματα χρήσης για κάθε έτος μετά από την αφαίρεση των φόρων. Η απαίτηση αυτή κρίνεται ως αναλογική και πρόσφορη, διότι σύμφωνα με τα νομοθετικώς κρατούντα το ποσό του φόρου που αφαιρείται από τα κέρδη αφορά αμιγώς φορολογική υποχρέωση του αναδόχου, η οποία δεν μπορεί να συνυπολογιστεί για την εκτίμηση των οικονομικών πόρων που θα έχει στη διάθεσή του ο ανάδοχος, ώστε να μπορεί να ανταποκριθεί στις κάθε είδους δαπάνες εκτέλεσης της σύμβασης. Επιπρόσθετα, με δεδομένο ότι, έως την 30^η Σεπτεμβρίου κάθε έτους, αναρτώνται στο ΓΕΜΗ οι ετήσιες οικονομικές καταστάσεις των εταιριών πολλών εταιρικών τύπων (ΑΕ, ΕΠΕ, ΙΚΕ κ.λπ.) για την προηγούμενη οικονομική χρήση, βάσει των οποίων προσδιορίζονται τα κέρδη μετά από φόρους, νομίμως έχει προβλεφθεί στη διακήρυξη, ενόψει και του χρόνου διενέργειας του διαγωνισμού, ότι πρέπει να δηλωθεί ο ειδικός κύκλος εργασιών για τα έτη 2018, 2019 και 2020, καθώς και ότι οι συμμετέχοντες θα πρέπει να εμφανίζουν θετικά αποτελέσματα χρήσης μετά

Αριθμός απόφασης: 1078/2022

από φόρους για καθένα από τα έτη αυτά (βλ. ad hoc ΔΕφΠειρ 322/2021). Άλλωστε, και η προσφεύγουσα συνομολογεί με την προσφυγή της ότι μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών δεν θα έχουν υποβληθεί ετήσιες οικονομικές καταστάσεις για το έτος 2021 και, συνακόλουθα, δεν θα είναι εφικτός ο υπολογισμός των οικονομικών αποτελεσμάτων μετά από φόρους. Τέλος, είτε υπό την εκδοχή ότι θα έπρεπε να υποβληθούν στοιχεία για τα οικονομικά έτη 2018, 2019 και 2020, είτε υπό την παραδοχή ότι αυτά θα έπρεπε να αφορούν τα έτη 2019, 2020 και 2021, παρέπεται με σαφήνεια ότι το έτος 2019, κατά το οποίο η προσφεύγουσα έχει καταγράψει αρνητικά οικονομικά αποτελέσματα, περιλαμβάνεται σε οποιαδήποτε από τις δύο αυτές τριετίες, και επομένως εκ της εν λόγω ερμηνευτικής εκδοχής ο εν λόγω ισχυρισμός της προσφεύγουσας προβάλλεται άνευ εννόμου συμφέροντος και άρα απαραδέκτως.

15. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη προδικαστική προσφυγή απορρίπτεται σύμφωνα με το σκεπτικό, η παρέμβαση γίνεται δεκτή, και ορίζεται η κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει προδικαστική προσφυγή κατά το σκεπτικό.

Δέχεται την παρέμβαση κατ' αντίστροφο μέρος.

Ορίζει την κατάπτωση του καταβληθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 8 Ιουλίου 2022 και εκδόθηκε στις 20 Ιουλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ
ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ
Α/Α ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΛΙΖΙΔΗΣ