

Η

ΕΝΙΑΙΑ ΑΡΧΗ ΔΗΜΟΣΙΩΝ ΣΥΜΒΑΣΕΩΝ

1^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 8 Ιουλίου 2022 με την εξής σύνθεση: Αθηνά Μπουζιούρη Πρόεδρος, Ειρήνη Αψοκάρδου Εισηγήτρια και Σταυρούλα Κουρή Μέλη.

Για να εξετάσει την από 1.06.2022 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΕΑΔΗΣΥ 779/02.06.2022 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «... - ...» (εφεξής η «προσφεύγουσα»), που εδρεύει στην ..., οδός ..., αρ. ..., όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

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

Της παρεμβαίνουσας εταιρείας με την επωνυμία «...» και τον διακριτικό τίτλο «....» (εφεξής η «παρεμβαίνουσα»), με έδρα την ..., αρ. ..., όπως νόμιμα εκπροσωπείται.

Με την προδικαστική προσφυγή η προσφεύγουσα αιτείται την ακύρωση της υπ' αριθμ. ...Διακήρυξης και δη να ακυρωθούν οι επί ποινή αποκλεισμού τιθέμενοι όροι του άρθρων 2.2.5. της Διακήρυξης (περίπτωση Ι και ΙΙ).

Με την παρέμβασή της η παρεμβαίνουσα επιδιώκει την απόρριψη της ως άνω προσφυγής και τη διατήρηση του κύρους της προσβαλλόμενης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Ειρήνη Αψοκάρδου

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή για την άσκηση της κρινόμενης προσφυγής έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο σύμφωνα με τα άρθρα 363 του Ν. 4412/2016 και 5 του Π.Δ. 39/2017, ποσού 3.226 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό ..., την από 30/05/2022 πληρωμή στην Τράπεζα ... και την εκτύπωση από τη σελίδα της Γενικής Γραμματείας Πληροφοριακών Συστημάτων του Υπουργείου Οικονομικών με την ένδειξη

«δεσμευμένο»), το οποίο και υπολογίζεται με βάση τον προϋπολογισμό της σύμβασης, ήτοι 645.161,28 ευρώ μη συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ.

2. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με την υπ' αριθμ. πρωτ. ...Διακήρυξη προκήρυξε διεθνή ανοικτό διαγωνισμό για την ανάδειξη αναδόχου για τις «.... (CPV....)», με κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά μόνο βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής, συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης 1.600.000,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου ΦΠΑ και δικαιώματος προαίρεσης.

3. Επειδή η προκήρυξη της ως άνω σύμβασης απεστάλη με ηλεκτρονικά μέσα για δημοσίευση στις 5-05-2022 στην Υπηρεσία Εκδόσεων της Ευρωπαϊκής Ένωσης ενώ το πλήρες κείμενο της διακήρυξης καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.Δ.Η.Σ) στις 13-05-2022 με Α.Δ.Α.Μ. ... καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του ΕΣΗΔΗΣ, όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ

4. Επειδή ο διαγωνισμός που προκήρυξε η αναθέτουσα αρχή ως εκ του αντικειμένου του, της προϋπολογισθείσας αξίας της σύμβασης και του χρόνου εκκίνησης της διαδικασίας, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016, σύμφωνα με το άρθ. 345 του ν. 4412/2016.

5. Επειδή η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή ασκήθηκε την 1-06-2022 στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού, λαμβανομένου υπ' όψιν ότι η Διακήρυξη αναρτήθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ στις 13.05.2022 και η προσφεύγουσα, κατά δήλωσή της, έλαβε γνώση στις 28-05-2022, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του Π.Δ. 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΕΑΔΗΣΥ από την προσφεύγουσα αυθημερόν με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, σύμφωνα με τα οριζόμενα στην παρ. 1 του άρθρου 361 και τις παρ. 1 και 2 του άρθρου 362 του Ν. 4412/2016 και την παρ. 1 εδ. α) του άρθρου 4, και την παρ. 2 του άρθ. 8 του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή, όσον αφορά τη θεμελίωση του εννόμου συμφέροντος για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, η προσφεύγουσα πρέπει να επικαλεσθεί άμεση βλάβη από τον όρο της διακήρυξης, ο οποίος παραβιάζει κατ' αυτήν τους κανόνες που αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στο διαγωνισμό, τη διαδικασία επιλογής του αναδόχου ή τα εφαρμοστέα για την ανάδειξή του κριτήρια, σε σημείο που να

αποκλείει ή να καθιστά ουσιωδώς δυσχερή τη (λυσιτελή) συμμετοχή της στον διαγωνισμό (βλ. ενδεικτικά ΕΑ ΣΤΕ 86/2018, 12-15/2018 Ολομ, 146-148/2016 Ολομ., ΕΑ ασφ. Μ. 415/2014, Δημήτριος Γ. Ράικος, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β΄ έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 756).

7. Επειδή, σε κάθε περίπτωση, βάσει της λεκτικής διατύπωσης του άρθρου 360 του Ν. 4412/2016, το έννομο συμφέρον δύναται να θεμελιωθεί και επί τη βάσει της ενδεχόμενης βλάβης, εφόσον, παρέχεται επαρκής τεκμηρίωση των λόγων που αποδεικνύουν με ενάργεια τον επικείμενο κίνδυνο, χωρίς να απαιτείται για την υποβολή προσφυγής κατά όρων διακήρυξης, να συνιστά ο προσφεύγων συμμετέχοντα στο διαγωνισμό (βλ. απόφαση ΔΕΕ της 11^{ης}-1-2005, C-26/03, *StadtHalle*, σκέψη 40).

8. Επειδή η προσφεύγουσα θεμελιώνει, κατ'αρχήν, έννομο συμφέρον για την άσκηση της υπό εξέταση προσφυγής, ως ενδεχόμενα βλαπτόμενη, δεδομένου ότι στρέφεται κατά όρου της διακήρυξης ο οποίος, κατά τους ισχυρισμούς της, καθιστά αδύνατη τη συμμετοχή της στον διαγωνισμό στον οποίο επιθυμεί να συμμετάσχει, καθώς δηλώνει ότι: «[...] Η εταιρεία μας «... - ...» επιθυμεί να λάβει μέρος στον ανωτέρω διαγωνισμό του Γενικού Νοσοκομείου ... (Νοσοκομειακής μονάδας ...) που προκηρύχθηκε με την με αριθμ. ... διακήρυξη, καθώς ο σκοπός και το αντικείμενο εργασιών της συνάδουν με τις καταστατικές δραστηριότητες αυτής και ανταποκρίνονται πλήρως στις ζητούμενες με τη διακήρυξη υπηρεσίες.

Ωστόσο, από τη μελέτη της διακήρυξης διαπιστώσαμε ότι περιέχονται σε αυτήν όροι που έχουν τεθεί κατά παράβαση των κανόνων του εσωτερικού και κοινοτικού δικαίου και δεν επιτρέπουν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, αποκλείοντας την δυνατότητα της εταιρείας μας να συμμετάσχει στην προκείμενη διαγωνιστική διαδικασία αν και η επιχειρηματική μας δραστηριότητα ταυτίζεται με το αντικείμενο της σύμβασης και διαθέτουμε τις σχετικές προϋποθέσεις και τα κατάλληλα μέσα για την άρτια εκτέλεση της σύμβασης. [...]», παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα από την αναθέτουσα αρχή.

9. Επειδή στις 3-06-2022 η αναθέτουσα αρχή προέβη σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προσφυγής προς όλους τους ενδιαφερόμενους τρίτους δια μέσω της κεντρικής σελίδας του ηλεκτρονικού τόπου του διαγωνισμού,

σύμφωνα με το άρθρο 9 παρ. 1 α του ΠΔ 39/2017.

10.Επειδή με την με αρ. 1144/2022 Πράξη της Προέδρου του 1^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής.

11. Επειδή στις 15-06-2022 η αναθέτουσα αρχή απέστειλε τις απόψεις της στην ΕΑΔΗΣΥ, σύμφωνα με τις διατάξεις της περ. β της παρ. 1 του άρθρου 365 του ν. 4412/2016, επί της υπό εξέταση προσφυγής, τις οποίες κοινοποίησε αυθημερόν στην προσφεύγουσα.

12. Επειδή η παρεμβαίνουσα κατέθεσε εμπροθέσμως στο διαδικτυακό τόπο του διαγωνισμού την από 14-06-2022 με αρ. ΓΑΚ ΕΑΔΗΣΥ ΠΑΡ. 3255/2022 παρέμβαση δοθέντος ότι έλαβε γνώση στις 3-06-2022 της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, σύμφωνα με τις διατάξεις της παρ. 3 του άρθρου 362 του ν. 4412/2016 και με έννομο συμφέρον αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης Διακήρυξης, καθώς αν και δεν έχει υποβάλει προσφορά υπαγόμενη στο ρυθμιστικό πεδίο εφαρμογής της πράξης με την ιδιότητα του συμμετέχοντος στην επίμαχη διαγωνιστική διαδικασία, τυχόν αποδοχή της υπό κρίση προσφυγής είναι βλαπτική για αυτήν καθώς η προσφεύγουσα επιδιώκει την ακύρωση όρων της Διακήρυξης που, κατά τους ισχυρισμούς της, πληροί η παρεμβαίνουσα και της προσδίδουν ανταγωνιστικό πλεονέκτημα (ΣτΕ 1936/2014, βλ. και εξ αντιδιαστολής ΑΕΠΠ 1047/2019, σκ. 8).

13. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η υπό εξέταση προσφυγή νομίμως εισάγεται ενώπιον του 1^{ου} Κλιμακίου της ΕΑΔΗΣΥ σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 346 και 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του Π.Δ/τος 39/2017.

14. Επειδή η προσφεύγουσα με την υπό κρίση προσφυγή της ισχυρίζεται αυτολεξεί ότι: «[...] 1.Ο όρος 2.2.5. της οικείας διακήρυξης περί Οικονομικής και Χρηματοοικονομικής επάρκειας των συμμετεχόντων στο διαγωνισμό καθ' ό μέρος απαιτεί: [...] αντίκειται στις διατάξεις των άρθρων 75 και 80 του ν.4412/2016 και του Παραρτήματος στο οποίο αυτές παραπέμπουν (Μέρος Ι Παραρτήματος ΧΙΙ του προσαρτήματος Α του ν.4412/2016).

Παράλληλα στις ίδιες διατάξεις αντίκειται και η υπό στοιχείο (ii) απαίτηση του άρθρου 2.2.5. καθ' ό μέρος απαιτεί: [...] Ειδικότερα, στην προκείμενη διακήρυξη ορίζονται, μεταξύ άλλων τα ακόλουθα:[...] Όπως έχει κριθεί (πρβλ. ΑΕΠΠ 528/2018, 123/2020 κ.α.) από τις προπαρατεθείσες διατάξεις που συνιστούν εναρμόνιση του εθνικού δικαίου με τις διατάξεις της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σε συνδυασμό με την αιτιολογική σκέψη 2 της Οδηγίας αυτής, συνάγεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν την «καταλληλότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη κριτήρια ποιοτικού ελέγχου του υποψηφίου. Η διαδικασία ποιοτικού ελέγχου περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων και τον έλεγχο της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, αλλά και οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας του υποψηφίου αναδόχου. Κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων καταλληλότητας των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε προσφέρων / αιτών οικονομικός φορέας διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις καταλληλότητας των υποψηφίων να μετάσχουν στον διαγωνισμό. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο αυτής. Για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις του έργου, καθώς και τον προϋπολογισμό του (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13 - απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς πάντως αδικαιολόγητα να μπορεί να περιορίζεται ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, όπως περιγράφεται και στον «Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων

πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις» (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 17- απόφαση 181/2016 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων).

Στο πεδίο 4 του εν λόγω Κώδικα στον αριθμό 4.1 με τίτλο «Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής» διευκρινίζεται ότι οι οδηγίες της ΕΚ για τις δημόσιες συμβάσεις επαναδιακηρύσσουν ρητά τη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, σύμφωνα με την οποία τα κριτήρια χρηματοοικονομικών και οικονομικών δυνατοτήτων και τεχνικών ικανοτήτων πρέπει να είναι συνδεδεμένα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης. Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Επιπλέον, τα κριτήρια επιλογής δεν πρέπει να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο που να περιορίζουν το πεδίο του ανταγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας.

Το Μέρος Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/16 απαριθμεί εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες των διαγωνιζομένων, επομένως καθιερώνει ένα κλειστό σύστημα περιορίζοντας τους τρόπους αξιολόγησης και ελέγχου που διαθέτουν οι ως άνω αρχές. Αυτό δεν σημαίνει, πάντως, ότι οι αναθέτουσες αρχές δεν μπορούν να απαιτούν πιο εξειδικευμένα τα αποδεικτικά μέσα που ορίζονται στα άρθρα αυτά. Σε κάθε περίπτωση, οι απαιτήσεις τόσο των κριτηρίων όσο και των αποδεικτικών μέσων αυτών κρίνονται με βάση την αρχή της αναλογικότητας. Επίσης, είναι σαφές ότι όλες οι πληροφορίες πρέπει να συνδέονται με τα στοιχεία και τα κριτήρια που απαριθμούνται στα σχετικά άρθρα της Οδηγίας. Και στις δύο περιπτώσεις, οι πληροφορίες που ζητούνται πρέπει να είναι συνδεδεμένες και ανάλογες προς το αντικείμενο της σύμβασης. Με άλλα λόγια, σύμφωνα και με την αρχή της αναλογικότητας, θα πρέπει να λαμβάνεται μέριμνα, ώστε οι ελάχιστες απαιτήσεις και τα ζητούμενα δικαιολογητικά να μην υπερβαίνουν τις πραγματικές ανάγκες της υπό ανάθεση σύμβασης, να μπορεί αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα, δηλαδή να είναι πρόσφορες και το κατώτατο όριο που θα καθοριστεί να είναι προσαρμοσμένο στη σημασία της οικείας σύμβασης, υπό την έννοια ότι πρέπει να αποτελεί μια

αντικειμενική ένδειξη ως προς την ύπαρξη οικονομικής επάρκειας και τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, χωρίς ωστόσο να βαίνει πέραν αυτού που είναι αναγκαίο προς τον σκοπό αυτό. Εν προκειμένω, 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 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 645.161,28€ 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, *Edukonvizig* 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 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. Ωστόσο, κατά παράβαση των κανονιστικών διατάξεων των Οδηγιών καθόσον δεν απαίτησε αυτόν για τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις προ της διενέργειας του διαγωνισμού, αλλά τα έτη 2018, 2019 και 2020. Με δεδομένο ωστόσο ότι οι τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις προ της διενέργειας του διαγωνισμού που πραγματοποιείται το έτος 2022 είναι οι χρήσεις των ετών 2019, 2020 και 2021 και όχι οι χρήσεις 2020, 2019 και 2018, η ως άνω απαίτηση ανεπίτρεπτα περιορίζει τον ανταγωνισμό και έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τις ενωσιακές διατάξεις και τις αντίστοιχες του ν.4412/2016.

Στο σημείο δε αυτό αναφέρουμε ότι μπορεί για το έτος 2021 οι οικονομικοί φορείς να μην έχουν προλάβει να δημοσιεύσουν ισολογισμό και να εγκρίνουν τις ετήσιες οικονομικές καταστάσεις, ωστόσο η οικονομική χρήση του έτους 2021 έχει ήδη «κλείσει» λογιστικά και δύναται να αποδειχθεί η πλήρωση της οικείας απαίτησης όχι μόνο από τους δημοσιευμένους ισολογισμούς αλλά και από έτερα πρόσφορα αποδεικτικά μέσα όπως λ.χ.

ισοζύγιο Ιανουαρίου – Δεκεμβρίου 2021 ή/και από τις ήδη νομίμως υποβληθείσες περιοδικές δηλώσεις ΦΠΑ του έτους 2021.

Κατά δε τα ανωτέρω, σε κάθε περίπτωση, ανεπίτρεπτα η αναθέτουσα αρχή υπολαμβάνει ότι η τελευταία οικονομική χρήση είναι αυτή του έτους 2020 και όχι του έτους 2021, λαμβάνοντας υπόψη ότι η καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών είναι η 10-06-2022 και η ημερομηνία αποσφράγισης η 16-06-2022. Επιπλέον δε, ουδόλως δικαιολογείται εκ του γεγονότος ότι ενδέχεται μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής των προσφορών να μην έχουν υποβληθεί φορολογικά στοιχεία από τον εκάστοτε υποψήφιο για το έτος 2021, δοθέντος ότι σύμφωνα με το Παράρτημα XII και το άρθρο 2.2.8.2. περίπτωση Β.3 υποπεριπτώσεις α' και β' της διακήρυξης, ο απαιτούμενος κύκλος εργασιών μπορεί να αποδεικνύεται ακόμη και με σχετική δήλωση του διαγωνιζομένου ή με κάθε άλλο κατάλληλο μέσο.

Όπως δε έχει κριθεί *ad hoc* με την με αριθμ. 180/2022 απόφαση του Ελεγκτικού Συνεδρίου (Β' Ελάσσονα Ολομέλεια) σκέψη 20: «Κατά την κρίση του Δικαστηρίου, οι όροι της διακήρυξης με τους οποίους επιλέχθηκαν τα έτη 2016, 2017 και 2018 ως έτη αναγωγής για την απόδειξη του απαιτούμενου ύψους κύκλου εργασιών και συνακόλουθα της συνδρομής του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων και εξαιρέθηκε το έτος 2019, το οποίο ήταν εγγύτερο του χρόνου διεξαγωγής του διαγωνισμού, είναι μη νόμιμοι. Και τούτο, διότι με τη θέσπιση αυτών περιορίστηκε ο ανταγωνισμός των δυνητικά ενδιαφερομένων οικονομικών φορέων μόνον σε εκείνους που πληρούσαν το εν λόγω κριτήριο κατά τα έτη 2016, 2017 και 2018, κατ' αποκλεισμό εκείνων που ενδεχομένως πληρούσαν αυτό κατά το έτος 2019, το οποίο ως εγγύτερο του χρόνου διεξαγωγής του διαγωνισμού ήταν και το πλέον πρόσφορο για τη διακρίβωση της καταλληλότητας των υποψηφίων. Εξάλλου, η επιλογή από την αναθέτουσα αρχή των ετών 2016, 2017 και 2018, για το λόγο ότι υπήρχαν διαθέσιμα και ασφαλή αποδεικτικά στοιχεία σχετικά με τον κύκλο εργασιών των διαγωνιζομένων, σε αντίθεση με το έτος 2019 για το οποίο δεν είχαν οριστικοποιηθεί τα οικονομικά δεδομένα των υποψηφίων, επειδή δεν είχε λήξει ακόμη η νόμιμη προθεσμία για την έγκριση και δημοσίευση των ισολογισμών τους και εκκρεμούσε η υποβολή των φορολογικών δηλώσεών τους για το έτος

αυτό, δεν συνιστά νόμιμο δικαιολογητικό λόγο καθόσον, σύμφωνα με τις προεκτεθείσες διατάξεις του Μέρους Ι του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α του ν.4412/2016 αλλά και της διακήρυξης, η απαίτηση για την ύπαρξη ορισμένου ύψους κύκλου εργασιών μπορούσε να αποδειχθεί με δήλωση του οικονομικού φορέα, απορριπτομένων των περί του αντιθέτου ισχυρισμών των προσφευγόντων.»

Σύμφωνα δε με τα ανωτέρω, η απαίτηση να καλύπτεται ο ειδικός κύκλος εργασιών για κάθε ένα από τα έτη 2018-2019-2020 και όχι από τις τρεις (3) τελευταίες οικονομικές χρήσεις των ετών 2019, 2020 και 2021, ως απαιτείται ρητώς από τις ενωσιακές διατάξεις, καθίσταται ακυρωτέα.

Η εταιρεία μας ωστόσο πληροί την εν λόγω απαίτηση καθόσον ο ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών τα τρία έτη 2018, 2019, 2020 ανέρχεται σε:

Για το έτος 2018 ανέρχεται στα 1.887.445,25 €.

Για το έτος 2019 ανέρχεται στα 2.259.202,07 €.

Για το έτος 2020 ανέρχεται στα 3.427.406,88 €.

Αντίστοιχα και για το έτος 2021 η εταιρεία μας αναμένεται να πληροί το εν λόγω κριτήριο καθόσον ο ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών της θα ανέρχεται στα 4.686.572,34 ευρώ.

Συνεπώς, δια του εν λόγω κριτηρίου εσφαλμένως ως *ad hoc* έχει κριθεί από το Ελεγκτικό Συνέδριο ως άνω παρατέθηκε αποκλείεται το έτος 2021 που είναι έτος του χρόνου διεξαγωγής του διαγωνισμού και το πλέον πρόσφορο για τη διακρίβωση της καταλληλότητας των υποψηφίων.

Παράλληλα, στο εδάφιο (ii) του άρθρου 2.2.5. τίθεται 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.

Και πάλι η απαίτηση ως τρία τελευταία έτη να νοούνται τα έτη 2018, 2019 και 2020 και όχι το έτος 2021 είναι κατά παράβαση των ενωσιακών διατάξεων ως ανωτέρω προαναφέρθηκε που απαιτούν την πλήρωση της εν λόγω απαίτησης μόνο για την τελευταία τριετία (3 έτη).

Στο πλαίσιο αυτό αναφέρουμε ότι όπως έχει κριθεί νομολογιακώς, η αναθέτουσα αρχή μπορεί, μεταξύ άλλων, να αναφέρεται και σε συγκεκριμένο στοιχείο ή στοιχεία του ισολογισμού, εφ' όσον από το στοιχεία αυτά μπορεί

αντικειμενικά να προκύπτει η σχετική ικανότητα του οικονομικού φορέα (ΔΕΕ απόφαση της 18ης.10.2012, *Edukonvizig και Hochtief Construction*, C-218/11, *ECLI:EU:C:2012:643*). Συναφώς, σύμφωνα με την αιτιολογική σκέψη 83 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ: «οι Αναθέτουσες Αργές 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 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 800.000,00€ (III), 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 περίπου 238.000,00 € και μετά φόρων ύψους περίπου 185.640,00 €.

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. Παράλληλα, η εταιρεία μας σε κάθε περίπτωση πληροί την απαίτηση του ειδικού ετήσιου κύκλου εργασιών κατά την τελευταία τριετία, καλύπτοντας ανά έτος το 100% της υπό ανάθεση σύμβασης, χωρίς ΦΠΑ.

Ειδικότερα, ο ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών τα τρία έτη 2018, 2019, 2020 ανέρχεται σε:

Για το έτος 2018 ανέρχεται στα 1.887.445,25 €.

Για το έτος 2019 ανέρχεται στα 2.259.202,07 €.

Για το έτος 2020 ανέρχεται στα 3.427.406,88 €.

Ωστόσο, η εταιρεία μας μη πληρώνοντας στο ακέραιο τις ως άνω απαιτήσεις του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης κατά τα ανωτέρω και δη μόνο ως προς την απαίτηση της ύπαρξης θετικών αποτελεσμάτων μετά φόρων το έτος 2019, δηλώνει ότι προτίθεται να μετάσχει στον διαγωνισμό στηριζόμενη στις ικανότητες άλλου οικονομικού φορέα μέσω δηλαδή δάνειας εμπειρίας προκειμένου να καλύψει τις επίμαχες απαιτήσεις (ΕΑ ΣτΕ 56/2020, 93/2021 σκέψη 16). Άλλωστε τούτο ρητώς προβλέπεται και δυνάμει του άρθρου 2.2.8.

της εν λόγω διακήρυξης όπου και ορίζεται επιτρέπεται η στήριξη στην ικανότητα τρίτων σχετικά με τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5. και ειδικά ως προς την απαίτηση της μη ύπαρξης ζημιών το έτος 2019.

Συνεπώς, η εταιρεία μας προτίθεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό επικαλούμενη δάνεια εμπειρία ως προς το κριτήριο της χρηματοοικονομικής επάρκειας κατά τα ανωτέρω και διατηρεί έννομο συμφέρον για την προσβολή του επίμαχου όρου.

Δηλαδή δυνάμει του ως άνω όρου 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 –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 τα λοιπά τιθέμενα κριτήρια της πιστοληπτικής ικανότητας και της ασφαλιστικής κάλυψης, έστω και όπως αυτή ορίζεται στην υπό ανάθεση σύμβαση (2018, 2019, 2020), μη συμπεριλαμβανομένου του έτους 2021.

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 καθαριότητας 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 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 ανωτέρω και τα νομολογιακώς κριθέντα από το Ελεγκτικό Συνέδριο 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 οι όροι που παρατίθενται στα εδάφια ι και ιι του άρθρου 2.2.5. είναι παράνομοι, αντιβαίνοντας σε θεμελιώδεις εθνικές και ενωσιακές αρχές των δημοσίων συμβάσεων και δέον όπως ακυρωθούν.

Γ. Για το λόγο αυτό, επιβάλλεται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη διακήρυξη κατά το μέρος που πλήττεται με την παρούσα, προκειμένου να ακυρωθούν οι βληθέντες δια αυτής όροι για τους άνω νόμιμους και βάσιμους λόγους [...].».

15. Επειδή η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι: «[...] 1. 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 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).

Επίσης, κατά πάγια νομολογία, η διακήρυξη, ως κανονιστική διοικητική πράξη, δεν απαιτείται κατ' αρχήν να φέρει αιτιολογία, η δε αναθέτουσα Αρχή έχει ευρεία διακριτική ευχέρεια να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης, καθορίζοντας τις ειδικότερες τεχνικές προδιαγραφές, με σκοπό την κατά την κρίση της καλύτερη εξυπηρέτηση του δημοσίου συμφέροντος (ΣτΕ 1256/2006 κ.ά.). Εξάλλου, όπως έχει κριθεί, η συμπερίληψη στη διακήρυξη απαιτήσεων, αναγκαίων κατά την εκτίμηση της Υπηρεσίας, με τη μορφή κριτηρίων ή τεχνικών προδιαγραφών, καίτοι δύναται, ενδεχομένως, να συνεπάγεται τη δυσχέρανση ή την αδυναμία συμμετοχής ορισμένων προμηθευτών στο διαγωνισμό, δεν παραβιάζει αυτή και μόνη τους κανόνες του ανταγωνισμού, δοθέντος ότι από τη φύση τους τα κριτήρια επιλογής και οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετάσχουν στο διαγωνισμό προσώπων (ΣτΕ ΕΑ 2/2011, 39/2011, 314/2013, ΣτΕ ΠΕ 102/2007, ΔΕφΑΘ 296/2013 κ.ά.), η δε σκοπιμότητα της θεσπίσεώς τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετέσχει στο διαγωνισμό (πρβλ. ΣτΕ ΕΑ 124/2015, 9/2015, 354/2014 κ.ά.).

2. Σύμφωνα με τον όρο 2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της διακήρυξης προκύπτει ότι: [...] 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 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.

3. 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.

4. 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 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.

5. 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.

6. Εξάλλου, ειδικά όσον αφορά τα στοιχεία των ισολογισμών που λαμβάνονται υπόψη, έχει κριθεί από το ΔΕΕ στην υπόθεση C-218/11, Edukonizig - Hochtief AG σκ. 25-32 (υπό το καθεστώς της όμοιας ρύθμισης του άρθρου 47 της οδηγίας 2014/18/EK), ότι η αναθέτουσα αρχή επιτρέπεται να απαιτεί ένα ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και ότι μπορεί μεταξύ άλλων να ζητήσει από τους υποψηφίους και τους προσφέροντες να αποδείξουν την επάρκειά τους προσκομίζοντας τον ισολογισμό τους. Εντούτοις, το ελάχιστο επίπεδο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δεν μπορεί να καθορίζεται με κριτήριο τον ισολογισμό εν γένει, αλλά μόνο με συνάρτηση με ένα ή σε περισσότερα ειδικά στοιχεία του ισολογισμού, αναγνωρίζεται δε στην αναθέτουσα Αρχή η διακριτική ευχέρεια να ορίζει τα στοιχεία που πρέπει να προσκομίσουν οι προσφέροντες για να αποδείξουν την οικονομική και χρηματοοικονομική τους επάρκεια.

Προς επίρρωση των ανωτέρω επισημαίνουμε ότι όπως παγίως κρίνεται σύμφωνα με την νομολογία των εθνικών μας δικαστηρίων, η απαίτηση της διακήρυξης, σύμφωνα με την οποία οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς πρέπει να παρουσιάζουν θετικά αποτελέσματα κατά τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις, είναι συμβατή με τις αρχές της αναλογικότητας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του υγιούς ανταγωνισμού, καθώς παρίσταται πρόσφορη σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό, ήτοι να παράσχει ένδειξη για την οικονομική φερεγγυότητα και την επάρκεια της οικονομικής βάσης του ενδιαφερομένου να αναλάβει και να εκτελέσει επιτυχώς τη συγκεκριμένη δημόσια σύμβαση, εφ' όσον πρόκειται περί απαιτήσεως από την

οποία μπορεί αντικειμενικά να προκύψει η σχετική ικανότητα των διαγωνιζομένων γενικώς (πρβλ. ΣτΕ 2631/2020, 2203/2017).

Ενόψει, λοιπόν, των ανωτέρω, 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).

7. 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 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.

Επισημαίνουμε επίσης την επείγουσα ανάγκη ολοκλήρωσης της διαγωνιστικής διαδικασίας, καθώς το προσωπικό καθαριότητας και εστίασης απασχολείται στην υπηρεσία μας από το 2016 με συμβάσεις ιδιωτικού δικαίου ορισμένου χρόνου, οι οποίες έχουν παραταθεί με τις διατάξεις του 10ου άρθρου του Ν.4917/2022 (ΦΕΚ 67 Α') για τους φορείς του Υπουργείου Υγείας, που δεν έχουν ολοκληρώσει τις διαδικασίες σύναψης νέων σχετικών συμβάσεων, έως τις 30.06.2022 οπότε και παύουν να ισχύουν οι ατομικές

συμβάσεις εργασίας με τις οποίες καλύπτονται οι σημερινές ανάγκες Καθαρισμού του Νοσοκομείου. Να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι η διαδικασία ανάθεσης έχει ήδη καθυστερήσει μετά από προηγούμενη ματαίωση του διαγωνισμού λόγω της ανάγκης αναπροσαρμογής του εργατικού κόστους όπως αυτό τροποποιήθηκε μετά την ισχύ της Υ.Α. 38866/2022 (ΦΕΚ 2030/Β/21.04.2022). Για τους λόγους αυτούς ζητούμε να απορριφθεί στο σύνολό της η προδικαστική προσφυγή και να διατηρηθεί η ισχύς της προσβαλλόμενης διακήρυξης».

16. Επειδή η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της υποστηρίζει ότι: «[...] δ. Επί των ανωτέρω ισχυρισμών της προσφεύγουσας επισημαίνουμε τα εξής:

Όπως ήδη αναφέρθηκε, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητα που εκείνη κρίνει. Η δε εξειδίκευση και θέσπιση με τη διακήρυξη των όρων που η αναθέτουσα Αρχή κρίνει πρόσφορους και αναγκαίους για την καλύτερη εξυπηρέτηση των αναγκών της, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν των διαγωνιζομένων, των οποίων τα αγαθά δεν πληρούν τους όρους αυτούς, δεδομένου ότι από τη φύση τους τα κριτήρια επιλογής και οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό, απλώς και μόνον επειδή δεν μπορεί να ανταποκριθεί στις απαιτήσεις της διακήρυξης (Επιτροπή Αναστολών ΣτΕ 9, 124/2015, 354/2014, Α.Ε.Π.Π. 116/2019 κ.ά.).

Όσον αφορά, ειδικότερα, το κατά το άρθρο 75 παρ. 1 και 3 του Ν. 4412/2016 κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, από τις ανωτέρω παρατεθείσες διατάξεις συνάγεται ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις προκειμένου να διασφαλίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν επαρκείς οικονομικούς και χρηματοοικονομικούς πόρους προκειμένου να εκτελέσουν την σύμβαση. Ειδικότερα, σύμφωνα με την υπ' αριθ. 13/2016 Κατευθυντήρια Οδηγία της Ε.Α.Α.ΔΗ.ΣΥ. (ό.π.), η

έννοια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας συνίσταται ιδιαίτερα στο να διαθέτουν οι οικονομικοί φορείς επαρκή οικονομικά μέσα: (α) για να εκτελέσουν τη σύμβαση, μαζί με τις άλλες οικονομικές υποχρεώσεις και δεσμεύσεις τους κατά την ίδια χρονική περίοδο, και (β) για να αντιμετωπίσουν τυχόν νομικές ευθύνες που θα προκύψουν από την εκτέλεση της σύμβασης (για παράδειγμα, παράβαση συμβατικής υποχρέωσης).

Εξάλλου, ενόψει και του σκοπού θέσπισης των κριτηρίων επιλογής, ο ορισμός ελάχιστων απαιτήσεων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ενισχύει την ασφάλεια δικαίου στην υπό σύναψη σύμβαση, περιορίζει τη δυνατότητα αυθαίρετης κρίσης εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής κατά τον έλεγχο της καταλληλότητας των υποψηφίων και εξυπηρετεί την απρόσκοπτη εκτέλεση της σύμβασης και, εν τέλει, την πληρέστερη κάλυψη των αναγκών της αναθέτουσας αρχής.

Εξάλλου, υπό το πρίσμα και της σχετικής νομολογίας του ΔΕΕ (βλ. ενδεικτικά απόφαση της 13-7-2017, INGSTEEL και Metrostav, C-76/16, απόφαση της 18-10-2012, Ėdukónizig και Hochtief, C-218/11 κ.ά.), γίνεται δεκτό και από το Ελεγκτικό Συνέδριο ότι: «Για τη διασφάλιση της άρτιας και προσήκουσας εκτέλεσης της σύμβασης η αναθέτουσα αρχή έχει τη διακριτική ευχέρεια να προβλέπει στη διακήρυξη ελάχιστα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και ειδικότερα να απαιτεί όπως οι ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς έχουν ορισμένη πιστοληπτική ικανότητα ή ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση (βλ. άρθρο 75 παρ. 3 του Ν 4412/2016). Οι σχετικοί, όμως, όροι θα πρέπει να είναι ανάλογοι και να σχετίζονται με το αντικείμενο της σύμβασης. Συγκεκριμένα θα πρέπει αφενός να είναι κατάλληλοι για την αξιολόγηση της επάρκειας του οικονομικού φορέα και αφετέρου να είναι προσαρμοσμένοι στις απαιτήσεις της οικείας σύμβασης, 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 ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον σκοπό αυτό... Η συνδρομή των προϋποθέσεων αυτών κρίνεται σε κάθε συγκεκριμένη περίπτωση, με βάση την συνολική έκταση και το ακριβές ύψος των

απαιτήσεων που πρέπει να αποδεικνύουν οι ενδιαφερόμενοι ότι πληρούν με την προσκόμιση των προβλεπόμενων στη διακήρυξη δικαιολογητικών» (Πράξη 151/2018 του Ε΄ Κλιμ. του Ελεγκτικού Συνεδρίου, βλ. σχετ. και Δ. Πυργάκη, ό.π., σελ. 297-298).

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 δύνανται να προσμετρηθούν στα ετήσια κέρδη των 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 15 και 17) 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 2019, κατά το οποίο δεν διαθέτει κερδοφόρο ετήσιο κύκλο εργασιών μετά την αφαίρεση των φόρων. 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, όλως 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, καθότι σε κάθε περίπτωση η χρήση του έτους 2019 περιλαμβάνεται στην απαίτηση της αναθέτουσας αρχής για την πλήρωση της προϋπόθεσης, είτε αυτή υπολογισθεί για την τριετία 2018-2019-2020, είτε για την τελευταία τριετία (2019-2020-2021) πριν την υποβολή της προσφοράς.

Μάλιστα, 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 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 όλη την τετραετία 2018-2019-2020-2021, ουδόλως μπορεί να συναχθεί σε τι βλάπτεται από το γεγονός ότι

λαμβάνεται υπόψη ο ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών για τα έτη 2018-2019-2020.

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 καθαριότητας σε δύο Νοσοκομειακές Μονάδες (...), σχετίζεται άμεσα με τη διασφάλιση της εύρυθμης λειτουργίας τους και προσλαμβάνει ιδιαίτερη σπουδαιότητα ενόψει των υφιστάμενων υγειονομικών συνθηκών, δοθέντος μάλιστα ότι λόγω της εμμένουσας πανδημίας COVID-19, διατηρούνται σε υψηλό επίπεδο τα μέτρα προστασίας εντός των νοσοκομειακών χώρων. Ως εκ τούτου η κατά τα ανωτέρω θεσπισθείσα απαίτηση οικονομικής και χρηματοοικονομικής ικανότητας των υποψηφίων παρίσταται και υπό το πρίσμα αυτό 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 της προστασίας της δημόσιας υγείας 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 [...].».

17. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 18 του Ν.4412/2016 προβλέπεται 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 της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης.

Ο σχεδιασμός των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δεν γίνεται με σκοπό την εξαίρεσή τους από το πεδίο εφαρμογής του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 3 έως 221) ή τον τεχνητό περιορισμό του ανταγωνισμού. Ο ανταγωνισμός θεωρείται ότι περιορίζεται τεχνητά όταν οι διαδικασίες σύναψης συμβάσεων έχουν σχεδιαστεί με σκοπό την αδικαιολόγητα ευνοϊκή ή δυσμενή μεταχείριση ορισμένων οικονομικών φορέων.

Οι αναθέτουσες αρχές λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης δημοσίων συμβάσεων και η χρηστή δημοσιονομική διαχείριση των διατιθέμενων προς το σκοπό αυτό δημοσίων πόρων [...].».

18. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 53 του Ν.4412/2016 προβλέπεται ότι: «1. Οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών.

2. Τα έγγραφα της σύμβασης [...]περιέχουν ιδίως: [...] ιβ) τους όρους και τα κριτήρια επιλογής, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα αυτών, σχετικά με τους λόγους αποκλεισμού, την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και την τεχνική ή/και επαγγελματική ικανότητα των υποψηφίων ή προσφερόντων, [...] ιζ) τους απαραίτους όρους, απόκλιση από τους οποίους συνεπάγεται την απόρριψη της προσφοράς, [...]».

19. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 75 του Ν.4412/2016 προβλέπεται 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. [...]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. Επίσης, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν από τους οικονομικούς φορείς να παρέχουν πληροφορίες σχετικά με τους ετήσιους λογαριασμούς, παρουσιάζοντας την αναλογία, ιδίως, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού. Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων.

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.

Η αναλογία, ενδεικτικά, στοιχείων ενεργητικού και παθητικού μπορεί να λαμβάνεται υπόψη όταν η αναθέτουσα αρχή προσδιορίζει τις μεθόδους και τα κριτήρια της συνεκτίμησης αυτής στα έγγραφα της σύμβασης. Οι μέθοδοι και τα κριτήρια αυτά χαρακτηρίζονται από διαφάνεια, αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων.

Όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το παρόν άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα. Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καθορίζει τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών που πρέπει να έχουν οι οικονομικοί φορείς ανά ομάδες τμημάτων, αν ανατεθούν στον ανάδοχο περισσότερα τμήματα που πρέπει να εκτελεστούν ταυτοχρόνως [...]

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 ή στην

πρόσκληση επιβεβαίωσης ενδιαφέροντος».

20. Επειδή το άρθρο 346 του Ν. 4412/2016 ορίζει ότι: «Κάθε ενδιαφερόμενος, ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί σύμβαση των περιπτώσεων α' και β' της παραγράφου 1 του άρθρου 1 και έχει υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της ευρωπαϊκής ή εσωτερικής νομοθεσίας, έχει δικαίωμα να προσφύγει στην Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ), σύμφωνα με τα ειδικότερα οριζόμενα στο άρθρο 360 και να ζητήσει προσωρινή προστασία, σύμφωνα με το άρθρο 366, ακύρωση παράνομης πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με το άρθρο 367 ή ακύρωση σύμβασης η οποία έχει συναφθεί παράνομα, σύμφωνα με το άρθρο 368».

21. Επειδή το άρθρο 360 του ν. 4412/2016 ορίζει ότι «1. Κάθε ενδιαφερόμενος ο οποίος έχει ή είχε συμφέρον να του ανατεθεί συγκεκριμένη σύμβαση του νόμου αυτού και έχει ή είχε υποστεί ή ενδέχεται να υποστεί ζημία από εκτελεστή πράξη ή παράλειψη της αναθέτουσας αρχής κατά παράβαση της νομοθεσίας της Ευρωπαϊκής Ένωσης ή της εσωτερικής νομοθεσίας, υποχρεούται, πριν από την υποβολή των προβλεπόμενων στον Τίτλο 3 ένδικων βοηθημάτων, να ασκήσει προδικαστική προσφυγή ενώπιον της ΑΕΠΠ κατά της σχετικής πράξης ή παράλειψης της αναθέτουσας αρχής».

22. Επειδή στην επίμαχη Διακήρυξη προβλέπεται ότι: «[...] 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, 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 645.161,28€ 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 ζημιές 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 800.000,00€.

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 [...] 2.2.8 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων

2.2.8.1 Στήριξη στην ικανότητα τρίτων

Οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5) και τα σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα (της παραγράφου 2.2.6), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται [...] Όταν οι οικονομικοί φορείς στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την απαιτούμενη με τη διακήρυξη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Υπό τους ίδιους όρους οι ενώσεις οικονομικών φορέων μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες των συμμετεχόντων στην ένωση ή άλλων φορέων. [...]]».

23. Επειδή, κατά τα παγίως γενόμενα δεκτά από τη νομολογία, η διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει το διαγωνισμό και δεσμεύει τόσο την αναθέτουσα αρχή, η οποία διενεργεί αυτόν (ΕΣ Πράξεις VI Τμήματος 78/2007, 19/2005, 31/2003), όσο και τους διαγωνιζόμενους. Η δε παράβαση των διατάξεων (όρων) αυτής, οδηγεί σε ακυρότητα των εγκριτικών πράξεων του αποτελέσματος του διαγωνισμού και των κατακυρωτικών αυτού πράξεων (ΟΛΣΤΕ 2137/1993). Κατά συνέπεια, τυχόν παράβαση ουσιώδους όρου της διακήρυξης, είτε κατά τη διάρκεια του διαγωνισμού, είτε κατά τη συνομολόγηση της σύμβασης, καθιστά μη νόμιμη τη σχετική διαδικασία (ΕΣ Πράξη VI Τμήματος 78/2007).

24. Επειδή, κατά πάγια νομολογία, η αναθέτουσα αρχή είναι καταρχήν ελεύθερη να διαμορφώνει κατά την κρίση της τους όρους της διακήρυξης για την ανάθεση δημόσιας σύμβασης με βάση τις ανάγκες της και τη σκοπιμότητά που εκείνη κρίνει. Η δε θέσπιση με την διακήρυξη των προδιαγραφών και των αναγκών της αναθέτουσας αρχής από ποσοτική και ποιοτική άποψη, που κρίνει πρόσφορες ή αναγκαίες για την καλύτερη εξυπηρέτησή τους, δεν παραβιάζει τους κανόνες του ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγεται αδυναμία συμμετοχής στον διαγωνισμό ή καθιστά ουσιωδώς δυσχερή την συμμετοχή σ' αυτόν τινών διαγωνιζομένων, των οποίων τα προϊόντα δεν πληρούν τις προδιαγραφές αυτές, δεδομένου ότι από την φύση τους οι προδιαγραφές περιορίζουν τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό προσώπων, η δε σκοπιμότητα της θέσπισής τους εν γένει απαραδέκτως αμφισβητείται από τον προτιθέμενο να μετάσχει στον διαγωνισμό (Ε.Α. ΣτΕ 354/2014, 1140/2010 κ.ά.). Ελέγχονται, όμως, και στην περίπτωση αυτή, οι τεχνικές προδιαγραφές από της απόψεως της τηρήσεως της τήρησης του εγχώριου κι ενωσιακού δικαίου και περαιτέρω της αρχής της ίσης μεταχείρισης και της απαγόρευσης των διακρίσεων καθώς και της αρχής της αναλογικότητας (βλ. ΣτΕ. 9/2015 (ΑΣΦ), Ε.Α. 415/2014, 354/2014, 257/2010 κ.ά.).

25. Επειδή, οι κανονιστικές πράξεις δεν έχουν ανάγκη αιτιολογίας (βλ. ΣτΕ 1463/2015, 2929/2016), εκτός εάν η αιτιολόγηση απαιτείται ρητά από τον νόμο ή αυτό προκύπτει σαφώς (ΣτΕ 3915/1988, 2465/1993, 2230/2000), όπως στην περίπτωση που η έκδοση της πράξης επιτρέπεται ή επιβάλλεται όταν συντρέχουν ορισμένες προϋποθέσεις που καθορίζει η εξουσιοδοτική διάταξη (Επαμεινώνδας Π. Σπηλιωτόπουλος, *Εγχειρίδιο Διοικητικού Δικαίου*, Τόμος Ι, 15η έκδοση, Νομική Βιβλιοθήκη, 2017, σελ. 158). Ωστόσο, δεδομένου ότι οι λόγοι βάσει των οποίων επελέγησαν οι δεδομένες προδιαγραφές από την αναθέτουσα αρχή, εμπίπτοντας στο πεδίο της σκοπιμότητας, συνιστούν ανέλεγκτη καταρχήν κρίση της αναθέτουσας αρχής, η οποία δύναται να ελεγχθεί μόνο σε επίπεδο υπέρβασης άκρων ορίων διακριτικής ευχέρειας, ήτοι υπέρβασης του αναγκαίου μέτρου για την επιδίωξη των σκοπών της (πρβλ. ΕΑ 354/2014, 257/2010), δια της εξέτασης της αιτιολογίας που οφείλει να αποστείλει με τις απόψεις της.

26. Επειδή, κατά πάγια νομολογία του Συμβουλίου της Επικράτειας, οι πράξεις διακριτικής ευχέρειας υπάγονται στην κατηγορία των φύσει αιτιολογητέων πράξεων, δηλαδή εκείνων των οποίων ο έλεγχος είναι αδύνατος ή ατελής χωρίς την αναφορά των λόγων που τις στήριξαν (Π. Δαγτόγλου, *Γενικό Διοικητικό Δίκαιο*, Εκδ. Αντ. Ν. Σάκκουλα, Αθήνα-Κομοτηνή, 2004, αρ. περ. 642 Β). Επειδή ο προσδιορισμός των ακραίων ορίων της διακριτικής ευχέρειας καθορίζεται: α) από το λογικό, κατά την κοινή πείρα και αντίληψη, περιεχόμενο της αόριστης αξιολογικής έννοιας σε συνδυασμό με την ουσιαστική εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών της συγκεκριμένης περίπτωσης σε συνδυασμό προς τον επιδιωκόμενο από τον κανόνα αυτό σκοπό δημοσίου συμφέροντος, β) από την ισότητα κατά την άσκηση της διακριτικής ευχέρειας, δηλαδή, την ίση κρίση ομοειδών νομικών και πραγματικών καταστάσεων γ) από την αρχή της χρηστής διοίκησης και δ) από την αρχή της αναλογικότητας ή της αναλογίας, σύμφωνα με την οποία το επαχθές μέτρο που επιβάλλεται στον διοικούμενο με τη διοικητική πράξη πρέπει να είναι αναγκαίο, πρόσφορο και ανάλογο προς το εξυπηρετούμενο δημόσιο συμφέρον ή ιδιωτικό προστατευόμενο συμφέρον στο πλαίσιο του σκοπού που επιδιώκει ο νόμος (βλ. Ε. ΣΠΗΛΙΩΤΟΠΟΥΛΟ, *Εγχειρίδιο*

Διοικητικού Δικαίου, Τόμ. 2, 13η έκδ., 2010, ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ, αριθμ. 514).

27. Επειδή στην αιτιολογική σκέψη 2 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 26ης Φεβρουαρίου 2014, σχετικά με τις δημόσιες προμήθειες και την κατάργηση της οδηγίας 2004/18/ΕΚ (ΕΕ L 94, σ. 65), αναφέρονται τα εξής: «[...] οι ισχύοντες κανόνες για τις δημόσιες προμήθειες που εγκρίθηκαν δυνάμει [...] της οδηγίας [...] 2004/18/ΕΚ [...], θα πρέπει να αναθεωρηθούν και να εκσυγχρονιστούν, για να αυξηθεί η αποδοτικότητα των δημόσιων δαπανών, με τη διευκόλυνση ιδίως της συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων (ΜΜΕ) στις δημόσιες προμήθειες».

28. Επειδή, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, συνάγεται ότι, οι αναθέτουσες αρχές, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, δύνανται να ελέγχουν την «ικανότητα» των οικονομικών φορέων για την εκτέλεση της σύμβασης, εισάγοντας στη διακήρυξη τα περιοριστικώς αναφερομένα στην εν λόγω διάταξη κριτήρια επιλογής αυτών, ήτοι σε σχέση με: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια και γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Περαιτέρω, κατά τη διαδικασία προσδιορισμού των κριτηρίων επιλογής των υποψηφίων πρέπει να τηρούνται οι βασικές αρχές που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο, ιδίως της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης και της αποφυγής κάθε είδους άμεσων ή έμμεσων διακρίσεων. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή, εάν ο εκάστοτε συμμετέχων στη διαγωνιστική διαδικασία, οικονομικός φορέας, διαθέτει κατά τεκμήριο την ικανότητα να ανταποκριθεί στην εκτέλεση της σύμβασης και συνίσταται στο να θεσπιστούν εύλογες προϋποθέσεις συμμετοχής αυτών. Υπό αυτήν την έννοια, η έκταση των πληροφοριών που αναφέρονται στις πιο πάνω διατάξεις, καθώς και το ελάχιστο επίπεδο ικανοτήτων που απαιτείται για τη συγκεκριμένη σύμβαση, πρέπει να τελούν σε σύνδεση και αναλογία προς το αντικείμενο της. Εν προκειμένω, για να διαπιστωθεί εάν τα κριτήρια περί τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, είναι ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης, θα πρέπει να γίνεται κατά

περίπτωση αξιολόγηση με γνώμονα την έκταση, τις απαιτήσεις της προς ανάθεση σύμβασης, καθώς και τον προϋπολογισμό της (πρβλ. κατευθυντήρια Οδηγία 13- απόφαση 303/2015 της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων), χωρίς να περιορίζεται αδικαιολόγητα ο ανταγωνισμός και ειδικά η πρόσβαση των Μικρομεσαίων Επιχειρήσεων στις δημόσιες Συμβάσεις. Εξάλλου, όπως περιγράφεται και στον «*Ευρωπαϊκό Κώδικα βέλτιστων πρακτικών που διευκολύνει την πρόσβαση των ΜΜΕ στις δημόσιες συμβάσεις*» και ειδικότερα στο πεδίο 4.1 αυτού με τίτλο «*Διατήρηση της αναλογικότητας των κριτηρίων επιλογής*» διευκρινίζεται ότι «...Όλα τα κριτήρια επιλογής πρέπει να είναι σαφή και αναλογικά προς τη συγκεκριμένη σύμβαση και να μην εισάγουν διακρίσεις. Στην περίπτωση των τεχνικών και επαγγελματικών ικανοτήτων, η αναθέτουσα αρχή πρέπει να προτιμά κριτήρια επιλογής που της επιτρέπουν να καθορίσει μάλλον κατά πόσον ένας προσφέρων έχει την απαιτούμενη ικανότητα για τη συγκεκριμένη σύμβαση παρά τις γενικές ικανότητες των προσφερόντων. Ωστόσο, πρέπει να ληφθεί μέριμνα ώστε κάτι τέτοιο να μην περιορίζει αδικαιολόγητα το πεδίο των επιλέξιμων υποψηφίων. Επιπλέον, τα κριτήρια επιλογής δεν πρέπει να είναι διατυπωμένα κατά τρόπο που να περιορίζουν το πεδίο του ανταγωνισμού λαμβάνοντας υπόψη θέματα ήσσονος σημασίας. Για παράδειγμα, η απαίτηση ότι θα ληφθεί υπόψη μόνον η πείρα που έχει αποκτηθεί σε συναλλαγές με τον δημόσιο τομέα είναι, αφεαυτής, άνευ σημασίας και περιορίζει τον ανταγωνισμό.....».

29. Επειδή, η αρχή του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού συνδέεται κατά το ίδιο ενωσιακό δίκαιο και με την προώθηση συμμετοχής των Μικρών και Μεσαίων Επιχειρήσεων (ΜΜΕ), στις αντίστοιχες διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων (βλ. ενδεικτικά και Αποφάσεις ΑΕΠΠ με αρ. 154, 39/2017), ως μοχλός άσκησης ανταγωνιστικής πίεσης και ως εκ τούτου αύξησης του αποτελεσματικού ανταγωνισμού, με ταυτόχρονο γνώμονα τα ιδιαίτερα κοινωνικά γνωρίσματα και χαρακτήρα της μικρομεσαίας επιχειρηματικότητας, στοιχείο η έμφαση επί του οποίου αποτελεί ειδικότερη εξέλιξη σε σχέση με το προϊσχύσαν αντίστοιχο ενωσιακό πλαίσιο (βλ. αιτιολογικές σκέψεις 1, 50,61, 63,68,74, και ιδίως 78-80, 101, 122 Προοιμίου Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και άρ. 83 αυτής όπου η συμμετοχή των ΜΜΕ τίθεται ως

δείκτης αποτελεσματικής διακυβέρνησης του συστήματος δημοσίων συμβάσεων).

30. Επειδή το Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του Ν. 4412/16 απαριθμεί εξαντλητικά τα στοιχεία βάσει των οποίων η αναθέτουσα αρχή μπορεί να αξιολογεί και να ελέγχει την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των διαγωνιζομένων, και ειδικότερα: «α) *κατάλληλες τραπεζικές βεβαιώσεις ή, όπου ενδείκνυται, πιστοποιητικό ασφαλιστικής κάλυψης επαγγελματικών κινδύνων*

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».

31. Επειδή, περαιτέρω, από τα εθνικά δικαστήρια έχει κριθεί ότι τα προσόντα που σχετίζονται με την οικονομική επάρκεια και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες πρέπει να είναι συναφή ποσοτικά και ποιοτικά με το αντικείμενο της υπό ανάθεση σύμβασης και ανάλογα με το σκοπό της, αλλά και να είναι πρόσφορα να οδηγήσουν σε διακρίβωση της ικανότητας των υποψηφίων. (Βλ. ΣτΕ ΕπΑν 660/2002, 528/2002, 990/2003).

32. 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 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).

33. Επειδή τα κριτήρια ποιοτικής επιλογής διαμορφώνονται με γνώμονα τις αρχές της αναλογικότητας και της χρηστής δημοσιονομικής διοίκησης στα πλαίσια του ελεύθερου και αποτελεσματικού ανταγωνισμού (βλ. και A.S. Graelis, *Public Procurement and the EU Competition Rules* (Hart 2015, 2η εκδ.) 6.II.A.vii) και κρίνονται με βάση την συγκεκριμένη υπό ανάθεση σύμβαση και όχι *in abstracto* (Βλ.κατ' αναλογία Δ. Ράικο, *Δίκαιο Δημοσίων Συμβάσεων*, Β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα, 2017, σελ. 410 επ.).

34. Επειδή εν προκειμένω, κατ' εφαρμογή της αρχής της αναλογικότητας κατ' αρ. 25 παρ. 1 Συντ., θα πρέπει να επιλέγεται το μείγμα εκείνο μέτρων, το οποίο είναι εξίσου κατάλληλο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού, πλην όμως το ίδιο προκαλεί την ελάχιστη δυνατή αντίρροπη βλάβη.

35. Επειδή λόγοι με τους οποίους ο προτιθέμενος να μετάσχει στο διαγωνισμό επιχειρεί, υπό την μορφή της κατά τρόπο γενικό αμφισβητήσεως της νομιμότητας συγκεκριμένων όρων της διακηρύξεως, να προσδιορίσει, κατά τις δικές του δυνατότητες, τα προς προμήθεια είδη και να καθορίσει, με βάση δικές του εκτιμήσεις, τα κριτήρια για την ανάδειξη του αναδόχου, είναι απορριπτέοι ως απαράδεκτοι (βλ. ΕΑ ΣτΕ 307/2007).

36. Επειδή, ως επίκληση βλάβης από όρο Διακήρυξης 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 αποτέλεσμά 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).

37. Επειδή στο πρώτο σκέλος του μοναδικού λόγου της υπό εξέταση προσφυγής η προσφεύγουσα υποστηρίζει ότι η απαίτηση του άρθρου 2.2.5 για ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών της υπηρεσίας για την οποία υποβάλλεται προσφορά κατά τις χρήσεις των ετών 2018, 2019 και 2020 αντί για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις προ της διενέργειας του διαγωνισμού που πραγματοποιείται το έτος 2022, ήτοι τις χρήσεις των ετών 2019, 2020 και 2021 περιορίζει ανεπίτρεπτα τον ανταγωνισμό, έρχεται σε ευθεία αντίθεση με τις ενωσιακές διατάξεις και τις αντίστοιχες του ν.4412/2016 και δεν είναι το πλέον πρόσφορο για τη διακρίβωση της καταλληλότητας των υποψηφίων, αν και, ως επισημαίνει, η ίδια πληροί την ως άνω απαίτηση και για το έτος 2018. Ως προς το δεύτερο σκέλος κατά του άρθρου 2.2.5 της Διακήρυξης που αφορά στο εδάφιο ii και τη μη εμφάνιση ζημιών κατά τα τρία τελευταία έτη (2018, 2019 και 2020), ήτοι τα αποτελέσματα χρήσης μετά από φόρους, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι και πάλι η απαίτηση ως τρία τελευταία έτη να νοούνται τα έτη 2018, 2019 και 2020 και όχι το έτος 2021 παραβιάζει τις ενωσιακές διατάξεις, αν και, ως επισημαίνει, ότι μόνο κατά τη διαχειριστική χρήση του 2019 η ίδια παρουσιάζει αρνητικό αποτέλεσμα (ζημίες) μετά φόρων, ενώ η νομολογία έχει επιβεβαιώσει μεν τη νομιμότητα της απαίτησης περί μη ύπαρξης ζημιών αλλά μόνο κατά τις τελευταίες τρεις διαχειριστικές χρήσεις και προ φόρων, το οποίο είναι ελαστικότερο. Παράλληλα, η προσφεύγουσα δηλώνει ότι προτίθεται να μετάσχει στον διαγωνισμό στηριζόμενη στις ικανότητες άλλου οικονομικού φορέα μέσω δηλαδή δάνειας εμπειρίας προκειμένου να καλύψει τις επίμαχες απαιτήσεις και δη μόνο ως προς την απαίτηση της ύπαρξης θετικών αποτελεσμάτων μετά φόρων το έτος 2019, γεγονός το οποίο δυσχεραίνει τη συμμετοχή της στον επίμαχο διαγωνισμό. Κατά την προσφεύγουσα, 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, δεν είναι εύλογη και ανάλογη ως προς τη φύση της σύμβασης και ότι 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 αποτελούσε επαρκές εχέγγυο της αναθέτουσας αρχής για την πλήρωση των κριτηρίων χρηματοοικονομικής επάρκειας.

Περαιτέρω, η αναθέτουσα αρχή στις απόψεις της αναφέρει ότι η προσφεύγουσα 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, αλλά αντίθετα συνομολογεί εν τέλει ότι οι προσβαλλόμενοι με την προσφυγή όροι δεν περιορίζουν την πρόσβασή της στο διαγωνισμό. Ειδικότερα, ως προς τον ισχυρισμό της τριετίας, η αναθέτουσα αρχή προβάλλει ότι η προσφεύγουσα ουδεμία βλάβη υφίσταται εφόσον δηλώνει ότι, σε κάθε περίπτωση, πληροί την εν λόγω απαίτηση, ενώ ως προς το δεύτερο σκέλος, εφόσον προτίθεται να συμμετάσχει στο διαγωνισμό στηριζόμενη στις ικανότητες άλλου οικονομικού φορέα, ούτε από την άποψη αυτή εμποδίζεται η πρόσβασή της στη διαγωνιστική διαδικασία. Επιπλέον, ως προς το δεύτερο σκέλος, η μη πλήρωση της απαίτησης για το έτος 2019 από την προσφεύγουσα καθιστά αλυσιτελή τον ισχυρισμό της περί των ετών που θα πρέπει να αφορά η ως άνω απαίτηση. Ως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή, με τον προσβαλλόμενο όρο 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 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. και ότι 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.

Εξάλλου, η παρεμβαίνουσα στην παρέμβασή της υποστηρίζει ότι οι προϋποθέσεις επιλογής των διαγωνιζομένων πρέπει να συνεχονται με το συμβατικό αντικείμενο και να μην είναι ιδιαίτερα επαχθείς και δυσανάλογοι, ωστόσο, αυτό δεν σημαίνει ότι είναι αποδεκτή η θέσπιση όλως γενικών κριτηρίων επιλογής, που ισοδυναμεί με ουσιαστική τους κατάργηση, κατά τρόπο ώστε να μην τίθεται κανένας περιορισμός ως προς τον κύκλο των δυναμένων να συμμετάσχουν στη διαδικασία ανάθεσης, ιδίως μάλιστα όταν είναι σημαντικό το οικονομικό της αντικείμενο και εξειδικευμένες/ σύνθετες οι τεχνικές της απαιτήσεις. Εν προκειμένω, κατά την παρεμβαίνουσα, με τη διακήρυξη ορίζονται απολύτως εύλογες απαιτήσεις ως προς το κριτήριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας δοθέντος ότι 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 και χωρίς απαίτηση συγκεκριμένου ποσού ή ποσοστού κερδοφορίας. Κατά την παρεμβαίνουσα, δεν προκύπτει βλάβη για την προσφεύγουσα από τους προσβαλλόμενους όρους καθώς ουδόλως επικαλείται ότι, από πλευράς κατάρτισης ανταγωνιστικής προσφοράς, καθίσταται επαχθέστερη η δυνατότητα πρόσβασής της στο διαγωνισμό σε περίπτωση στήριξης στις ικανότητες τρίτου ούτε επίσης για την απαιτούμενη από τη Διακήρυξη τριετία εφόσον διαθέτει τον απαιτούμενο ελάχιστο ειδικό κύκλο εργασιών για όλη την τετραετία 2018-2019-2020-2021.

38. Επειδή, ως προς το πρώτο σκέλος του μόνου λόγου της προσφυγής και την απαίτηση της τριετίας για τον ειδικό μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών, βασίμως υποστηρίζει η αναθέτουσα αρχή και η παρεμβαίνουσα ότι η προσφεύγουσα δεν επικαλείται συγκεκριμένη βλάβη από την προβαλλόμενη πλημμέλεια του όρου της Διακήρυξης ούτε εξειδικεύει κατά ποιον τρόπο εμποδίζεται ή δυσχεραίνεται ουσιαστικά εξαιτίας της η συμμετοχή της στον διαγωνισμό, λαμβανομένου ιδίως υπόψη ότι, κατά τους ισχυρισμούς της, πληροί την εν λόγω απαίτηση για όλη την τετραετία 2018-2019-2020-2021

και, ως εκ τούτου, οι ισχυρισμοί της τυγχάνουν απορριπτέοι ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενοι. Επομένως, ως προς το πρώτο σκέλος του, ο μόνος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως άνευ εννόμου συμφέροντος προβαλλόμενος και, άρα, ως απαράδεκτος. Ομοίως, η προσφεύγουσα στην προσφυγή της αναφέρει ότι οι χρήσεις μετά φόρων ήταν κερδοφόρες για την ίδια, πλην της ζημιογόνας χρήσης του 2019, η οποία, σε κάθε περίπτωση, ήτοι είτε υπό την εκδοχή της τριετίας 2018-2019-2020 της Διακήρυξης είτε υπό την νόμιμη, κατά την προσφεύγουσα εκδοχή 2019-2020-2021, βρίσκεται μεταξύ αυτών για τις οποίες πρέπει να συντρέχει το πληττόμενο προσόν συμμετοχής. Επομένως, ο ως άνω ισχυρισμός της προσφεύγουσας τυγχάνει απορριπτέος ως αλυσιτελώς προβαλλόμενος, δοθέντος ότι ακόμα και αν γίνει δεκτό ότι η εν θέματι απαίτηση της Διακήρυξης πρέπει να αφορά τις χρήσεις 2019-2020-2021, δεν θα καθίστατο λυσιτελής η συμμετοχή της προσφεύγουσας στον διαγωνισμό.

39. Επειδή, στο Παράρτημα Α΄ του Ν. 4308/2014 περί Ελληνικών Λογιστικών Προτύπων, που κατά το άρθρο 2 εφαρμόζεται σε όλες τις οντότητες από ατομικές επιχειρήσεις έως ανώνυμες εταιρείες (πλην ειδικών εξαιρέσεων) περιέχονται πίνακες βάσει των οποίων καταρτίζονται οι ετήσιες χρηματοοικονομικές καταστάσεις των οικονομικών οντοτήτων, στις οποίες τα αποτελέσματα της χρήσης προβλέπεται να απεικονίζονται τόσο προ φόρων όσο και μετά φόρων.

40. Επειδή η νομιμότητα και η αναλογικότητα κάθε μίας από τις απαιτήσεις της Διακήρυξης κρίνεται αυτοτελώς σε αναφορά με τον επιδιωκόμενο με την έκαστης εξ αυτών σκοπό (πρβλ. ΕλΣυν 327/2022, 1160/2021 σκ. 24.1, 602/2021 σκ. 7.8, 282/2021 σκ.6.5)

41. Επειδή, ως προς το δεύτερο σκέλος του μόνου λόγου της προσφυγής σχετικά με την απαίτηση για τις κερδοφόρες μετά φόρων χρήσεις, αβασίμως υποστηρίζουν η αναθέτουσα αρχή ότι η προσφεύγουσα προβάλλει τον ισχυρισμό της άνευ εννόμου συμφέροντος δοθέντος ότι δηλώνει στην προσφυγή της ότι θα στηριχθεί στις ικανότητες τρίτου δοθέντος ότι ναι μεν οι στηριζόμενοι φορείς να επιλύουν το θέμα απόκρισής τους στους όρους της Διακήρυξης, δεν δύνανται, ωστόσο, να ανταγωνιστούν επί ίσοις όροις στο δικό τους κόστος συμμετοχής στον διαγωνισμό ως και το μέγεθος της

οικονομικής τους προσφοράς διότι θα πρέπει να συνυπολογίσουν και το ειδικότερο κόστος που επάγεται η στήριξη από τους έτερους φορείς, ιδίως όταν ο διαγωνισμός διενεργείται με κριτήριο ανάθεσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει αποκλειστικά τιμής, όπως εν προκειμένω, όπου δηλαδή η επιλογή θα λάβει αποκλειστικά χώρα βάσει οικονομικής προσφοράς, άρα το κόστος της τελευταίας έχει καίρια σημασία για την ανταγωνιστικότητα της συμμετοχής του υποψηφίου αναδόχου και την εκ μέρους του δυνατότητα επίτευξης ανακήρυξης του σε ανάδοχο. Εξάλλου, δεν 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. Ελ. Συν Ε' Κλιμάκιο 151/2018, και σχετικά με τη σύνδεση των κριτηρίων επιλογής με το αντικείμενο της σύμβασης βλ. C-76/16, σκ.33, C -218/11 σκ.29, Ελ.Συν Ε Κλιμάκιο 116/2018, 212/2017, 237/2017 κ.α). Επομένως, η ευχέρεια στήριξης στις ικανότητες τρίτου δεν αποκλείει τον κατά τα ως άνω έλεγχο των κριτηρίων επιλογής βάσει της σύνδεσης τους με το αντικείμενο της σύμβασης, του απαραίτητου, κατάλληλου και ανάλογου ως προς το περιεχόμενό της χαρακτήρα τους και του περιορισμού του ανταγωνισμού (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ 611/2018, εισηγήτρια Χρ. Ζαράρη). Περαιτέρω, τα στοιχεία που απαιτούνται όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια πρέπει, αφενός, να είναι κατάλληλα για την αξιολόγηση της επάρκειας αυτής του οικονομικού φορέα και, αφετέρου, να είναι προσαρμοσμένα στη σημασία της οικείας σύμβασης, 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 ζητούνται στοιχεία πέραν των ευλόγως αναγκαίων για τον σκοπό αυτό (βλ., C-76/16, ECLI:EU:C:2017:549 *Ingsteel spol. s r. o., Metrostav a.s* σκ.33 συναφώς, απόφαση της 18ης Οκτωβρίου 2012, *Édukövízig και Hochtief Construction*, C-218/11, EU:C:2012:643, σκέψη 29), κριτήρια τα οποία, εν προκειμένω, συντρέχουν,

παρά τα περί αντιθέτου προβαλλόμενα. Ειδικότερα, η απαίτηση περί κερδοφόρων χρήσεων μετά φόρων, που αποτελεί μέγεθος που αποτυπώνεται στις οικονομικές καταστάσεις, αφενός μεν συνάδει με την ανάγκη της προσήκουσας παροχής υπηρεσιών καθαριότητας σε γενικό νοσοκομείο για τη διασφάλιση της επιτυχούς και ομαλής εκτέλεσης της σύμβασης με τη δυνατότητα κάλυψης όλων των απαιτούμενων οικονομικών υποχρεώσεων (προς το απασχολούμενο προσωπικό, την αγορά αναλωσίμων κλπ) από ανάδοχο που διαθέτει τους αναγκαίους πόρους καθώς και της προστασίας της δημόσιας υγείας. Επιπλέον, η επίμαχη απαίτηση της Διακήρυξης δεν επιβάλλει συγκεκριμένο ποσό κερδοφορίας, ενώ δεν φαίνεται δυσανάλογη ως προς το αντικείμενο της προς ανάθεση συμβάσεως, αφενός μεν εν όψει της εκτάσεως του φυσικού αντικειμένου αφετέρου δε ενόψει του ύψους του προϋπολογισμού της συμβάσεως (ΣτΕ ΕΑ 257/2010). Επομένως, ως προς το δεύτερο σκέλος του, ο μόνος λόγος της προσφυγής πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος.

42. Επειδή γίνεται δεκτή εν συνόλω η εισήγηση.

43. Επειδή, κατ' ακολουθίαν, η κρινόμενη Προδικαστική Προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

44. Επειδή η παρέμβαση πρέπει να γίνει δεκτή.

45. Επειδή, ύστερα από τη σκέψη 43, πρέπει να καταπέσει το παράβολο που κατέθεσε η προσφεύγουσα (άρθρα 363 παρ.6 του ν.4412/2016 και 5 του ΠΔ 39/2017).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Ορίζει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 8 Ιουλίου 2022 και εκδόθηκε στις 28 Ιουλίου 2022 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΑΘΗΝΑ ΜΠΟΥΖΙΟΥΡΗ

ΓΕΩΡΓΙΟΣ – ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ

ΕΛΕΥΘΕΡΙΑΔΗΣ

Α/Α ΓΕΩΡΓΙΟΣ ΛΙΖΙΔΗΣ