

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

7ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε την 30^η Οκτωβρίου 2020 με την εξής σύνθεση: Χρυσάνθη Ζαράρη-Πρόεδρος και Εισηγήτρια, Μιχάλης Σειραδάκης και Χρυσάνθη Χαραλαμποπούλου, Μέλη.

Για να εξετάσει την από 21.09.2020 με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) ΑΕΠΠ 1323/21.09.2020 Προδικαστική Προσφυγή του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «*****» με το διακριτικό τίτλο «*****», (εφεξής προσφεύγων) όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Κατά του ***** (εφεξής αναθέτουσα αρχή), όπως εκπροσωπείται νόμιμα και

Του οικονομικού φορέα με την επωνυμία «****» και τον διακριτικό τίτλο «*****» (εφεξής παρεμβαίνων), όπως εκπροσωπείται νόμιμα.

Με την υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή, ο προσφεύγων αιτείται να ακυρωθεί η προσβαλλόμενη με αρ.*****, κατά το μέρος της με το οποίο, κατόπιν έγκρισης του Πρακτικού Νο.1/2-9-2020 της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού για την αξιολόγηση των (υπο)φακέλων Δικαιολογητικών Συμμετοχής, τον απέκλεισε από το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού της Διακήρυξης με αρ *****.

Ο παρεμβαίνων αιτείται τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης απόφασης.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε την Εισηγήτρια Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

**Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο**

1. Επειδή για την άσκηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής έχει καταβληθεί e-παραβόλο ύψους 15.000,00 ευρώ (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό *****, απόδειξη ηλεκτρονικής πληρωμής του ως άνω παραβόλου δια μέσω της ΕΘΝΙΚΗΣ ΤΡΑΠΕΖΑΣ της 18.09.2020 και έγγραφο της ΓΓΠΣ όπου στο πεδίο κατάσταση του οικείου παραβόλου αναφέρεται η ένδειξη δεσμευμένο).

2.Επειδή, με την με αρ. **** διακήρυξη, η αναθέτουσα αρχή προκήρυξε Διεθνή Ανοικτό, Ηλεκτρονικό Διαγωνισμό με κριτήριο κατακύρωσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομικής άποψης προσφορά, βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, για την ανάδειξη αναδόχου με αντικείμενο «ΥΠΗΡΕΣΙΕΣ ΚΑΘΑΡΙΟΤΗΤΑΣ *****) με προϋπολογισμό 3.510.000,00 €, πλέον ΦΠΑ, για 3 έτη, με δικαίωμα προαίρεσης διάρκειας ενός έτους ισόποσης αξίας. Η καταληκτική ημερομηνία παραλαβής των προσφορών ορίσθηκε η 15/07/2020 ημέρα Τετάρτη και ώρα 17:00 μ.μ.

3. Επειδή, σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου περίληψη της διακήρυξης απεστάλη προς δημοσίευση στο Συμπλήρωμα της Επίσης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης στις 09.06.2020 (βλ. άρθρο 1.6. της διακήρυξης), η διακήρυξη καταχωρήθηκε στο Κεντρικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (Κ.Η.Μ.ΔΗ.Σ) καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ όπου έλαβε αύξοντα αριθμό ΕΣΗΔΗΣ *****.

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

5. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή: α) έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα καθόσον κατατέθηκε στις 21.09.2020 στον ηλεκτρονικό τόπο του

διαγωνισμού, δοθείσας της κοινοποίησης της προσβαλλόμενης στις 10.09.2020, β) ασκήθηκε με τη χρήση του τυποποιημένου εντύπου του Παραρτήματος Ι του π.δ 39/2017 και γ) κοινοποιήθηκε στην ΑΕΠΠ από τον προσφεύγοντα με μήνυμα ηλεκτρονικού ταχυδρομείου, και γ) είναι νομίμως υπογεγραμμένη σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου ΙV του Ν. 4412/2016 και του ΠΔ 39/2017.

6. Επειδή με την προσβαλλόμενη απόφαση με αρ. πρωτ.***** αποφασίσθηκε: «α) Η Έγκριση του πρακτικού Νο1 αξιολόγησης των (υπό) φακέλων «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ» της Επιτροπής Διενέργειας του Διεθνούς Ανοικτού Ηλεκτρονικού Διαγωνισμού με αριθμό Διακήρυξης *****), με κριτήριο κατακύρωσης τη συμφερότερη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας/τιμής, συνολικής προϋπολογισθείσας αξίας 3.510.000,00 € μη συμπεριλαμβανομένου του Φ.Π.Α. και β) Απόρριψη της προσφοράς των οικονομικών φορέων «*****» , «*****» και «****» λόγω μη τήρησης των απαιτήσεων του άρθρων της με αριθμό ***** Διακήρυξης.

Ειδικότερα, στο με αρ. 1 Πρακτικό της αρμόδιας Επιτροπής και αναφορικά με την απόρριψη της προσφοράς του προσφεύγοντος αναγράφονται τα κάτωθι «4. «*****». Από την εξέταση του (υπό) φακέλου διαπιστώθηκε ότι ο προσφέρων δεν πληροί τις απαιτήσεις του άρθρου 2.2.5. περ. β' της Διακήρυξης, δεδομένου ότι η προσφέρουσα εταιρεία κατά το έτος 2016 εμφανίζει ζημία ύψους -3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ζημία -3.492.064,03€ (πρό φόρων και τόκων), κατά παράβαση της ανωτέρω απαίτησης της διακήρυξης. Η δε στήριξη της προσφέρουσας στην ικανότητα της εταιρείας «**** δεν καλύπτει την ανωτέρω απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης (άρθρο 2.2.5. περ. β) καθώς η «*****.» παρουσιάζει κατά το έτος 2016 κέρδη 51.150,15€ (μετά φόρων) και 112.532,62€ (πρό φόρων), τα οποία δεν επαρκούν για να καλύψουν και να αποδείξουν την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη φερεγγυότητα της προσφέρουσας εταιρείας, καθώς ζημίες - 3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ζημίας 3.492.064,03€ (πρό φόρων και τόκων) της προσφέρουσας δεν αναπληρώνονται από κέρδη 51.150,15€ (μετά φόρων)

και 112.532,62€ (προ φόρων) της «δανείζουσας εμπειρία» εταιρείας και προφανώς η συνολική προσφορά παραβιάζει την απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης. Η Επιτροπή Διενέργειας δεν προκρίνει την ***** προσφορά του προσφέροντος «*****» για αξιολόγηση του (υπό) φακέλου «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ».

Αναφορικά με την προσφορά του παρεμβαίνοντος διαπιστώθηκε ότι «τηρεί το σύνολο των απαιτήσεων που τίθενται από τα άρθρα 2.4.3.1 «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ» και 2.2.4, 2.2.5, 2.2.6 και 2.2.7 της Διακήρυξης και προκρίνεται για αξιολόγηση του (υπό) φακέλου «ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΡΟΣΦΟΡΑ».

7. Επειδή, ο προσφεύγων ως προσφέρων στην υπό στοιχείο 2 της παρούσας διαγωνιστική διαδικασία, θεμελιώνει πρόδηλο έννομο συμφέρον για την άσκηση προδικαστικής προσφυγής κατά της προσβαλλόμενης απόφασης της αναθέτουσας αρχής, ως προς το μέρος που αφορά στην απόρριψη της προσφοράς του.

8. Επειδή, με την με αρ. 1597/22.09.2020 Πράξη της Προέδρου του 7^{ου} Κλιμακίου, ορίσθηκε Εισηγητής και ημερομηνία συζήτησης και κλήθηκε η αναθέτουσα αρχή, μεταξύ άλλων, να υποβάλει τις απόψεις της επί της υπό εξέταση προσφυγής και επί του αιτήματος λήψης προσωρινών μέτρων και να κοινοποιήσει την προσφυγή σε κάθε ενδιαφερόμενο.

9. Επειδή, η αναθέτουσα αρχή προέβη, στις 22.09.2020 σε κοινοποίηση της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής σε κάθε ενδιαφερόμενο τρίτο και απέστειλε στην ΑΕΠΠ δια της «επικοινωνίας» στις 30.09.2020 τις απόψεις της τις οποίες κοινοποίησε στον προσφεύγοντα στις 01.10.2020.

10. Επειδή, ο παρεμβαίνων κατέθεσε στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού την από 01.10.2020 παρέμβαση του με προφανές έννομο συμφέρον καθόσον η προσφορά του κρίθηκε αποδεκτή και προδήλως εννοείται από τη διατήρηση ισχύος της προσβαλλόμενης.

11. Επειδή, σε συνέχεια των ανωτέρω, η ως άνω προσφυγή νομίμως και παραδεκτώς εισάγονται ενώπιον του 7^{ου} Κλιμακίου της ΑΕΠΠ, σύμφωνα με τις διατάξεις του Βιβλίου IV του ν. 4412/2016 και του Π.Δ/τος 39/2017.

12. Επειδή ο προσφεύγων κατόπιν παράθεσης σύντομου ιστορικού, του αντικειμένου της σύμβασης και θεμελίωσης των προϋποθέσεων παραδεκτού της υπό εξέταση προδικαστικής προσφυγής, επικαλείται τα άρθρα 2.2.5 και 2.2.8 της διακήρυξης και σχετικής διευκρίνησης της αναθέτουσας αρχής και ισχυρίζεται ότι *«Από τα ανωτέρω προκύπτει σαφώς, ρητά και αδιαμφισβήτητα ότι η Διακήρυξη απαιτούσε επί ποινή αποκλεισμού από τους υποψηφίους αναδόχους «να μην εμφανίζουν ζημιά» σε καμία από τις χρήσεις 2016, 2017 και 2018 (όρος 2.2.5 περ. β'), ενώ παράλληλα προέβλεπε ρητά τη δυνατότητά τους να στηρίζονται όσον αφορά τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής τους φύσης με αυτούς, υπό την προϋπόθεση ότι θα αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται και με τη μνεία ότι θα είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης. Σύμφωνα, περαιτέρω, με το άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016, «...Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, σύμφωνα με το άρθρο 78, το ΕΕΕΣ περιέχει επίσης τις ως άνω πληροφορίες όσον αφορά τους φορείς αυτούς. Το ΕΕΕΣ αποτελείται από επίσημη δήλωση του οικονομικού φορέα ότι ο σχετικός λόγος αποκλεισμού δεν ισχύει και/ή ότι πληρούται το σχετικό κριτήριο επιλογής και παρέχει τις κατάλληλες πληροφορίες, όπως απαιτείται από την αναθέτουσα αρχή. ...» Οι δημόσιοι διαγωνισμοί, σύμφωνα με πάγια νομολογία διέπονται από τις αρχές της τυπικότητας κατά την υποβολή των προσφορών, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζόμενων, της διαφάνειας και της προστασίας του ανταγωνισμού. Ειδικότερα, οι υποψήφιοι ανάδοχοι πρέπει να τυγχάνουν ίσης μεταχείρισης, τόσο κατά τον χρόνο που ετοιμάζουν τις προσφορές τους, όσο και κατά τον χρόνο που αυτές αποτιμώνται από την αναθέτουσα αρχή (ΔΕΕ, Απόφαση της 25.04.1996, Υπόθεση C-87/94,*

Επιτροπή κατά Βελγίου, σκέψη 54· Αποφάσεις της 27.11.2001, Υποθέσεις C-285/99 και C-286/99, *Impresa Lombardini SpA*, σκέψη 37· ΔΕΕ, Απόφαση της 19.06.2003, Υπόθεση C-315/01, *GAT*, σκέψη 73· ΔΕΕ Απόφαση της 16.12.2008, Υπόθεση C-213/07, *Μηχανική*, σκέψη 45· ΔΕΕ, Απόφαση της 12.03.2015, C-538/13, *eVigilo*, σκέψη 33· ΔΕΕ, Απόφαση της 06.11.2014, Υπόθεση C-42/13, *Cartiera dell' Adda*, σκέψη 44· ΔΕΕ Απόφαση της 24.05.2016, Υπόθεση C396/14, *MT Højgaard A/S, Züblin A/S*, σκέψη 37 κλπ). Περαιτέρω, η αρχή της διαφάνειας, προϋποθέτει ότι όλοι οι όροι και τρόποι διεξαγωγής της διαδικασίας ανάθεσης πρέπει να διατυπώνονται με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην Προκήρυξη του Διαγωνισμού ή στη Συγγραφή Υποχρεώσεων, κατά τρόπον ώστε, αφενός να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και κανονικά επιμελείς υποψηφίους η δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενό τους και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, αφετέρου, να καθίσταται δυνατός ο εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικός έλεγχος του εάν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (ΔΕΕ, Απόφαση της 18.06.2002, Υπόθεση C-92/00, *Stadt Wien*, σκέψη 45, ΔΕΕ, Απόφαση της 12.12.2002, Υπόθεση C-470/99, *Universale-Bau*, σκέψη 91, ΔΕΕ, Απόφαση της 29.04.2005, Υπόθεση C496/1999, *CAS Succhi di Frutta SpA*, σκέψη 111 κλπ). Κατά πάγια νομολογία, η Διακήρυξη του διαγωνισμού αποτελεί κανονιστική πράξη, η οποία διέπει τον 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 ουσιωδών διατάξεων της Διακήρυξης οδηγεί σε ακυρότητα των αποφάσεων της αναθέτουσας αρχής, με τις οποίες εγκρίνονται οι επιμέρους φάσεις της διαδικασίας, καθώς και το αποτέλεσμα του Διαγωνισμού (ΣτΕ 2772/1986, 3670/1992, 2137/1993). Εν όψει τούτων, αλλά και των αρχών της ισότητας, της τυπικότητας, της διαφάνειας και της δημοσιότητας των ελάχιστων όρων συμμετοχής που διέπουν την διαδικασία σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, ο διαγωνιζόμενος οφείλει να υποβάλει μόνο τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και

στοιχεία για την απόδειξη ιδιότητας κρίσιμης για τη συμμετοχής της στον διαγωνισμό. Επομένως, δεν είναι καταρχήν νόμιμος ο αποκλεισμός διαγωνιζομένου για τον λόγο ότι δεν προσκόμισε δικαιολογητικά συμμετοχής διαφορετικά ή πρόσθετα από τα ρητώς αξιούμενα (πρβλ. ΣτΕ 3703/2010, 1329, 1616, 1619/2008, 53/2011). Από τον όρο 2.2.5 περ. β΄ της Διακήρυξης προκύπτει ότι το μόνο κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που έθετε η Διακήρυξη ήταν οι οικονομικοί φορείς να μην εμφανίζουν ζημιά σε καμία από τις χρήσεις των ετών 2016, 2017 και 2018. Αν οι οικονομικοί φορείς εμφανίζουν ζημιά, η Διακήρυξη επιτρέπει να στηριχθούν σε ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων για την κάλυψη του συγκεκριμένου κριτηρίου επιλογής, το οποίο τίθεται επί ποινή αποκλεισμού από την Διακήρυξη. Ούτε από τον ανωτέρω της Διακήρυξης ούτε από οποιονδήποτε άλλον όρο αυτής, αλλά και ούτε από τις Διευκρινίσεις της Αναθέτουσας Αρχής, προκύπτει απαίτηση για συγκεκριμένο ύψος κερδοφορίας των τρίτων, στους οποίους στηρίζονται οι οικονομικοί φορείς, ανά χρήση (2016, 2017, 2018). Ούτε προκύπτει από οποιονδήποτε όρο της Διακήρυξης ή του νόμου, ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα συνυπολογίζει τη ζημιά του οικονομικού φορέα και το κέρδος του τρίτου και θα καταλήγει σε ένα αθροιστικό – συμψηφιστικό αποτέλεσμα. Αυτό σημαίνει ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε διακριτική ευχέρεια να προσθέσει ή να αφαιρέσει ποσά και να καταλήξει σε αθροιστικά αποτελέσματα, ούτε βέβαια να αποκλείσει από το διαγωνισμό οποιονδήποτε οικονομικό φορέα, βάσει τέτοιων υπολογισμών. Εν προκειμένω, η εταιρεία μας, η οποία εμφάνιζε ζημιά μόνο κατά τη χρήση 2016, στηρίχτηκε με σκοπό την πλήρωση του κριτηρίου επιλογής του όρου 2.2.5 περ. β΄ της Διακήρυξης στη χρηματοοικονομική ικανότητα της θυγατρικής εταιρείας, «*****» με διακριτικό τίτλο «*****», η οποία δεν παρουσίαζε ζημιά σε καμία από τις τρεις χρήσεις των ετών 2016, 2017 και 2018. Ειδικότερα, η εταιρεία ***** παρουσίαζε τα εξής κερδοφόρα αποτελέσματα στις χρήσεις 2016, 2017, 2018: Χρήσεις Κερδοφόρα αποτελέσματα προ φόρων Κερδοφόρα αποτελέσματα μετά φόρων 2016 112.532,62 € 51.150,15 € 2017 337.998,40 € 246.623,76 € 2018 221.534,31 € 150.636,73 € Η στήριξη της εταιρείας μας στις οικονομικές και χρηματοοικονομικές ικανότητες της εταιρείας ***** ήταν απολύτως νόμιμη,

σύμφωνα με τους όρους 2.2.5 περ. β' και 2.2.8 της Διακήρυξης, αλλά και με τις διατάξεις των άρθρων 78 και 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Στον φάκελο της προσφοράς μας προσκομίστηκαν νόμιμα υπογεγραμμένα ψηφιακά το από 15-07-2020 ιδιωτικό συμφωνητικό δέσμευσης μεταξύ των δύο εταιρειών (*****), καθώς επίσης και χωριστό Ε.Ε.Ε.Σ. από την εταιρεία *****, σύμφωνα με το άρθρο 79 παρ. 1 του ν. 4412/2016. Παρ' όλα αυτά, το Δ.Σ. του ***** με την προσβαλλόμενη απόφασή του επικύρωσε το Πρακτικό Νο.1 της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού με το οποίο είχε κριθεί ότι η προσφορά της εταιρείας μας είναι απορριπτέα με την εξής αιτιολογία: «Από την εξέταση του (υπο)φακέλου διαπιστώθηκε ότι ο προσφέρων δεν πληροί τις απαιτήσεις του άρθρου 2.2.5. περ. β' της Διακήρυξης, δεδομένου ότι η προσφέρουσα εταιρεία κατά το έτος 2016 εμφανίζει ζημία ύψους -3.430.476,21 € (μετά φόρων) και ζημία -3.492.064,03 € (προ φόρων και τόκων), κατά παράβαση της ανωτέρω απαίτησης της διακήρυξης. Η δε στήριξη της προσφέρουσας στην ικανότητα της εταιρείας ***** δεν καλύπτει την ανωτέρω απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης (άρθρο 2.2.5. περ. β) καθώς η ***** παρουσιάζει κατά το έτος 2016 κέρδη 51.150,15 € (μετά φόρων) και 112.532,62 € (προ φόρων), τα οποία δεν επαρκούν για να καλύψουν και να αποδείξουν την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη φερεγγυότητα της προσφέρουσας εταιρείας, καθώς ζημίες -3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ζημίας 3.492.064,03 € (προ φόρων και τόκων) της προσφέρουσας δεν αναπληρώνονται από κέρδη 51.150,15€ (μετά φόρων) και 112.532,62 € (προ φόρων) της 'δανείζουσας εμπειρία' εταιρείας και προφανώς η συνολική προσφορά παραβιάζει την απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης». Η ανωτέρω αιτιολογία είναι μη νόμιμη και παραβιάζει κατάφωρα τις αρχές της τυπικότητας κατά την υποβολή των προσφορών στους δημόσιους διαγωνισμούς, της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων και της προστασίας του ανταγωνισμού, καθώς η Αναθέτουσα Αρχή στηρίζει τον αποκλεισμό της εταιρείας μας σε κριτήριο το οποίο δεν προβλέπεται από την Διακήρυξη. Όπως προαναφέρθηκε, η Διακήρυξη απαιτούσε από τους οικονομικούς φορείς να μην εμφανίσουν ζημίας σε καμία

από τις χρήσεις 2016, 2017 και 2018, ενώ ταυτόχρονα επέτρεπε την στήριξη στις ικανότητες τρίτου οικονομικού φορέα για την κάλυψη της ανωτέρω απαίτησης, χωρίς βέβαια να προβλέπει ότι η κερδοφορία του τρίτου οικονομικού φορέα έπρεπε να υπερβαίνει το ύψος της ζημίας του υποψηφίου αναδόχου για την αντίστοιχη χρήση. Με την αιτιολογία της αυτή, επομένως, η προσβαλλόμενη απόφαση καταρχάς εισάγει απαραδέκτως νέο κριτήριο επιλογής μη προβλεπόμενο από την Διακήρυξη. Όπως έχει κριθεί (ΕΑ ΣτΕ (Ολομ) 72/2020, σκέψη 20, ΕΑ ΣτΕ 114/2019 σκ. 15) κατά την έννοια του ν. 4412/2016 παρέχεται στους υποψήφιους αναδόχους η δυνατότητα να επικαλούνται, για την πλήρωση των κριτηρίων ποιοτικής επιλογής που καθορίζονται από τους αναθέτοντες φορείς και, κατ' επέκταση, για τη συμμετοχή τους σε δημόσιους διαγωνισμούς, τις ικανότητες τρίτων οικονομικών φορέων και, μάλιστα, ανεξαρτήτως της φύσης των δεσμών που τους συνδέουν με αυτούς. Για τη διασφάλιση, ωστόσο, της πραγματικής δυνατότητας και της ουσιαστικής δεσμεύσεως του τρίτου ότι θα παράσχει πράγματι στον υποψήφιο ανάδοχο τις δάνειες ικανότητες, στις οποίες στηρίζεται για τη συμμετοχή του στον διαγωνισμό, ο τελευταίος θα πρέπει να αποδεικνύει έναντι του αναθέτοντος φορέα, με την προσκόμιση κατάλληλων προς τούτο δικαιολογητικών και εγγράφων, όπως επί παραδείγματι σχετικών δηλώσεων δέσμευσης ή συμβάσεων συνεργασίας, ότι θα έχει στη διάθεσή του τα μέσα που ανήκουν στον τρίτο και τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συγκεκριμένης συμβάσεως σε «κατάλληλο επίπεδο ποιότητας» (πρβλ. ΔΕΕ, απόφαση της 14.9.2017, Casertana Costruzioni Srl, C-223/16, απόφαση της 2.6.2016, Pippo Pizzo, C-27/15, απόφαση της 7.4.2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14, απόφαση της 10.10.2013, Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino, C94/12, απόφαση της 18.3.2004, υπόθεση C-314/01, Siemens AG Österreich κατά Bietergemeinschaft EDS/ORGA, απόφαση της 2.12.1999, HolstItalia κατά Comunedì Cagliari, C-176/98, απόφαση της 14.4.1994, C-389/92, Ballast Nedam Groep I και απόφαση της 18.12.1997, C-5/97, Ballast Nedam Groep II κ.ά.). Με τις ίδιες διατάξεις, επιβάλλεται στους διαγωνιζόμενους η υποχρέωση να υποβάλουν, με τον φάκελο των δικαιολογητικών συμμετοχής τους, αυτοτελές έντυπο Ε.Ε.Ε.Σ. και για τους τρίτους, προκειμένου, κατ' αυτόν

τον τρόπο, να δηλώνεται υπεύθυνα, και για αυτούς, ότι πληρούν τις καθοριζόμενες από τη διακήρυξη προϋποθέσεις συμμετοχής και ότι δεν συντρέχουν στο πρόσωπο αυτών ή των νομίμων εκπροσώπων τους λόγοι που θα επέβαλαν ή θα δικαιολογούσαν, κατά περίπτωση, τον αποκλεισμό τους από τη συγκεκριμένη διαγωνιστική διαδικασία. Στον αναθέτοντα, εξάλλου, φορέα εναπόκειται να ελέγξει, τη συνδρομή των, κατά τα ανωτέρω, κρίσιμων προϋποθέσεων συμμετοχής, κατόπιν επαλήθευσης, κατά το στάδιο του ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής, των πληροφοριών που περιέχονται στο Ε.Ε.Ε.Σ. (βλ. άρθρα 73 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 57 παρ. 1 της οδηγίας 2014/24/ΕΕ), διαδικασία που διενεργείται υπό τους όρους που ισχύουν για τους ίδιους τους διαγωνιζόμενους και η οποία ενδέχεται να καταλήξει στην αντικατάσταση των μη πληρούντων τις προϋποθέσεις συμμετοχής τρίτων οικονομικών φορέων. Με την υποβολή, εξάλλου, του Ε.Ε.Ε.Σ. και την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα επαλήθευση της ακρίβειας των περιεχόμενων στο έντυπο αυτό δηλώσεων τόσο κατά το στάδιο ελέγχου των δικαιολογητικών συμμετοχής όσο και κατά το στάδιο της ανακήρυξης του προσωρινού αναδόχου, όπως, επίσης, με την άσκηση της εξουσίας αντικατάστασης των τρίτων που δεν πληρούν τους όρους συμμετοχής στον διαγωνισμό, αφενός μεν εξασφαλίζονται επαρκώς τα συμφέροντα του αναθέτοντος φορέα, αφετέρου δε αποτρέπεται ο κίνδυνος καταστρατήγησης της εθνικής και ενωσιακής νομοθεσίας περί δημοσίων συμβάσεων, με την έμμεση συμμετοχή σε διαγωνισμό για την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων οικονομικών φορέων, για τους οποίους συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού ή οι οποίοι δεν πληρούν τα ελάχιστα απαιτούμενα από την οικεία διακήρυξη κριτήρια καταλληλότητας (πρβλ. ΣτΕ 2827/2014, ΣτΕ ΕΑ 415/2013, 410/2013, 405/2013, 284/2013, 374/2013)». Περαιτέρω, έχει γίνει δεκτό ότι οι αρχές της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων και του υγιούς και αποτελεσματικού ανταγωνισμού, οι οποίες διέπουν τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων, είτε διέπονται από το εθνικό δίκαιο είτε από το δίκαιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, επιβάλλουν σαφή και ακριβή μνεία των απαιτούμενων, προς συμμετοχή στους διαγωνισμούς, προσόντων και των υποβλητέων, κατά την κατάθεση της προσφοράς, δικαιολογητικών και λοιπών

Αριθμός απόφασης: 1404 /2020

στοιχείων (βλ. ΕΑ ΣτΕ 136/2013 Ολ., 862/2010, 53/2011, απόφαση Δ.Ε.Κ., *Universale-Bau AG, C-470/99*, σκ. 98). Συνεπώς, οι διαγωνιζόμενοι οφείλουν να υποβάλουν μόνον τα αξιούμενα από τη διακήρυξη ή από τυχόν άλλη διάταξη, στην οποία αυτή ρητώς και ειδικώς παραπέμπει, δικαιολογητικά και στοιχεία για την απόδειξη ιδιοτήτων ή γεγονότων κρίσιμων για τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, η δε αναθέτουσα αρχή δεν δύναται να προβεί σε αποκλεισμό διαγωνιζομένου από τη διαγωνιστική διαδικασία λόγω μη προσκόμισης διαφορετικών ή και επιπλέον από τα προβλεπόμενα δικαιολογητικών συμμετοχής (βλ. ΕΑ ΣτΕ 79/2010, 615/2010, 53/2011, 384/2015). Περαιτέρω, η ανωτέρω αιτιολογία αντίκειται και στην αρχή της ίσης μεταχείρισης, αφού διακρίνει, αναιτιολόγητα, παράνομα και σε αντίθεση προς τους όρους της διακήρυξης, μεταξύ τρίτων που γίνονται αποδεκτοί και τρίτων που δεν γίνονται αποδεκτοί, παρά το γεγονός ότι όλοι εμφανίζουν κερδοφορία κατά τις τρεις τελευταίες χρήσεις και παρά το γεγονός ότι, προφανώς, για να στηρίζεται ένας οικονομικός φορέας στις ικανότητές τους, ο ίδιος δεν θα εμφανίζει κερδοφορία μία ή περισσότερες χρήσεις. Έτσι, ενώ η Αναθέτουσα Αρχή είναι υποχρεωμένη από την Διακήρυξη να κάνει δεκτή προσφορά υποψηφίου, ο οποίος στηρίζεται σε ικανότητες τρίτου που σε κάθε μία από τις χρήσεις 2016, 2017 και 2018 παρουσιάζει κερδοφορία έστω και ενός (1) ευρώ και πολλώ δε μάλλον κέρδη ποσού 51.150,15 € μετά φόρων και ποσού 112.532,62 € προ φόρων, όπως η εταιρεία ***** εν προκειμένω, στην περίπτωση της εταιρείας μας αποφάσισε τον αποκλεισμό της κρίνοντας χωρίς να κανένα έρεισμα στον νόμο ή στην Διακήρυξη ότι η εταιρεία ***** δεν πληροί για τη χρήση 2016 το απαιτούμενο κριτήριο επιλογής, λόγω του ότι το ύψος των κερδών της δεν υπερέβαινε το ύψος της ζημίας της εταιρείας μας. Για τους λόγους αυτούς ζητούμε να ακυρωθεί η υπ' αρ. ***** απόφαση του Διοικητικού Συμβουλίου του *****, κατά το μέρος της με το οποίο, κατόπιν έγκρισης του Πρακτικού Νο.1/2-9-2020 της αρμόδιας Επιτροπής Διαγωνισμού για την αξιολόγηση των (υπο)φακέλων Δικαιολογητικών Συμμετοχής, απέκλεισε την εταιρεία μας από το επόμενο στάδιο του διαγωνισμού.

13. Επειδή η αναθέτουσα αρχή με τις οικείες απόψεις της κατόπιν επίκλησης και αναφοράς των άρθρων 2.2.5 και 2.2.8 της διακήρυξης ισχυρίζεται ότι «Από την εξέταση του (υπό) φακέλου «ΔΙΚΑΙΟΛΟΓΗΤΙΚΑ ΣΥΜΜΕΤΟΧΗΣ» της προσφεύγουσας «*****.» διαπιστώθηκε ότι η προσφεύγουσα δεν πληροί τις απαιτήσεις του άρθρου 2.2.5. περ. β' της Διακήρυξης, δεδομένου ότι η προσφεύγουσα εταιρεία κατά το έτος 2016 εμφανίζει ζημία ύψους - 3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ζημία - 3.492.064,03€ (πρό φόρων και τόκων), κατά παράβαση της ανωτέρω απαίτησης της διακήρυξης. Η δε στήριξη της προσφεύγουσας στην ικανότητα της εταιρείας «*****.» δεν καλύπτει την ανωτέρω απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης (άρθρο 2.2.5. περ. β) καθώς η «*****.» παρουσιάζει κατά το έτος 2016 κέρδη 51.150,15€ (μετά φόρων) και 112.532,62€ (προ φόρων), τα οποία δεν επαρκούν για να καλύψουν και να αποδείξουν την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη φερεγγυότητα της προσφεύγουσας εταιρείας, καθώς ζημίες - 3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ζημίες 3.492.064,03€ (πρό φόρων και τόκων) της προσφεύγουσας δεν αναπληρώνονται από κέρδη 51.150,15€ (μετά φόρων) και 112.532,62€ (προ φόρων) της «δανείζουσας εμπειρία» εταιρείας και προφανώς η συνολική προσφορά παραβιάζει την απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης. Ως εκ τούτου, η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει ότι θα έχει στη διάθεσή της τους αναγκαίους πόρους και επί ποινή απαιτούμενους πόρους, καθότι τα κέρδη της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας «*****.» δεν επαρκούν σε καμία περίπτωση, προκειμένου να αποδείξουν την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της προσφεύγουσας, συνεπώς, η συνολική προσφορά της προσφεύγουσας δεν καλύπτει την απαίτηση του άρθρου 2.2.5 περ. β' της Διακήρυξης, διότι η λήψη δάνειας εμπειρίας από την εταιρεία «*****.» δεν αποδεικνύει την πλήρωση του κριτηρίου οικονομικής φερεγγυότητας της προσφεύγουσας, καθώς δεν αποδεικνύει ότι διαθέτει τους απαραίτητα απαιτούμενους επαρκείς οικονομικούς και χρηματοοικονομικούς πόρους, έστω και από κοινού με την δανείζουσα εμπειρία εταιρεία προκειμένου να εκτελέσει την σύμβαση. Για αυτόν το λόγο, νομίμως απορρίφθηκε η εν λόγω προσφορά

από τη συνέχιση του διαγωνισμού. Επομένως, η προσφυγή της εταιρείας «*****» πρέπει να απορριφθεί.

14. Επειδή ο παρεμβαίνων ισχυρίζεται ότι «*Η δε Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε οιαδήποτε διακριτική ευχέρεια να αποφασίσει την αποδοχή της μη νόμιμης προσφοράς της εταιρείας «*****» στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, αντίθετα, όφειλε κατά δέσμια αρμοδιότητα να απορρίψει αυτήν, καθότι είναι μη νόμιμη και αντίθετη στη Διακήρυξη του διαγωνισμού και τη νομοθεσία που διέπει αυτήν. Επιπλέον, η υπό κρίση προσφυγή στρέφεται μη νομίμως κατά της απόφασης με την οποία νόμιμα και αιτιολογημένα κρίθηκε ως μη νόμιμος ο φάκελος της προσφοράς της εταιρείας «*****» και νομίμως αυτή απορρίφθηκε από την υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία. Έχουμε δε προφανές, άμεσο, ίδιο και έννομο συμφέρον στην άσκηση της παρούσας, καθ' όσον η τυχόν αποδοχή της υπό κρίση προσφυγής της εταιρείας «*****» θίγει άμεσα τα έννομα συμφέροντά μας, δεδομένου ότι νόμιμα συμμετέχουμε στο διαγωνισμό αυτό και νόμιμα απορρίφθηκε η προσφορά της εταιρείας «*****», καθότι είναι μη νόμιμη και αντίθετη στη Διακήρυξη του διαγωνισμού και τη νομοθεσία που διέπει αυτήν. Συνεπώς, η υπό κρίση προσφυγή της εταιρείας «*****» ενώπιον της Α.Ε.Π.Π., είναι μη νόμιμη, αβάσιμη και όλως αναληθής. Για το λόγο αυτό, θα πρέπει να απορριφθεί ως τέτοια, για τους εξής νόμιμους, βάσιμους και αληθείς λόγους: ΟΛΩΣ ΜΗ ΝΟΜΙΜΗ Η ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «*****» - Η ΠΡΟΣΦΟΡΑ ΤΗΣ ΕΤΑΙΡΕΙΑΣ «*****» ΔΕΝ ΚΑΛΥΠΤΕΙ ΤΟ ΚΡΙΤΗΡΙΟ ΠΟΙΟΤΙΚΗΣ ΕΠΙΛΟΓΗΣ ΠΕΡΙ ΑΠΟΔΕΙΞΗΣ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΚΑΙ ΧΡΗΜΑΤΟΟΙΚΟΝΟΜΙΚΗΣ ΕΠΑΡΚΕΙΑΣ. Διότι όλως μη νομίμως η προσφεύγουσα εταιρεία «*****» βάλλει κατά της απολύτως νόμιμης απόφασης της Αναθέτουσας Αρχής, με την οποία απορρίφθηκε η προσφορά της από την υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία, καθότι η υποβληθείσα προσφορά της είναι μη νόμιμη και αντίθετη στη Διακήρυξη του υπό κρίση διαγωνισμού και τη νομοθεσία που διέπει αυτήν. Για αυτόν το λόγο, η Αναθέτουσα Αρχή απολύτως νόμιμα και με νόμιμη αιτιολογία αποφάσισε την απόρριψη της μη νόμιμης προσφοράς της εταιρείας «*****», διότι η εν λόγω*

προσφορά δεν καλύπτει το κριτήριο ποιοτικής επιλογής του άρθρου 2.2.5 «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» της υπό κρίση διακήρυξης.

Παραθέτει τα άρθρα 2.2.5 και 2.2.8 της διακήρυξης και ισχυρίζεται « Από την ανωτέρω διατύπωση της διακήρυξης προκύπτει ότι οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (της παραγράφου 2.2.5), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς. Στην περίπτωση αυτή, πρέπει να αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται (άρθρο 78 παρ.1 του ν. 4412/2016). Μάλιστα, ρητά ορίζεται ότι 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. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα εταιρεία «****.» κατά το έτος 2016 εμφανίζει ζημία ύψους -3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ζημία -3.492.064,03€ (προ φόρων και τόκων), κατά κατάφωρη παράβαση της απαίτησης του άρθρου 2.2.5 περ. β' της διακήρυξης. Η δε στήριξη της προσφεύγουσας εταιρείας «*****» στην ικανότητα της εταιρείας «*****.», κατά τα οριζόμενα στο άρθρο 2.2.8 της διακήρυξης, ουδόλως καλύπτει την ανωτέρω απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης (άρθρο 2.2.5. περ. β'), καθότι η εταιρεία «*****.» παρουσιάζει κατά το έτος 2016 κέρδη 51.150,15€ (μετά φόρων) και 112.532,62€ (προ φόρων), τα οποία σε καμία περίπτωση δεν επαρκούν, προκειμένου να καλύψουν και να αποδείξουν την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη φερεγγυότητα της προσφεύγουσας εταιρείας. Και τούτο διότι οι προαναφερόμενες ζημίες ύψους - 3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ύψους -3.492.064,03€ (προ φόρων και τόκων) της προσφεύγουσας εταιρείας σε καμία περίπτωση δεν είναι δυνατόν να αναπληρωθούν από κέρδη ύψους 51.150,15€ (μετά φόρων) και 112.532,62€ (προ φόρων) της «δανείζουσας εμπειρία» εταιρείας «****.». Επομένως, η

προσφεύγουσα δεν καλύπτει την απαίτηση της διακήρυξης ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς θα αποδεικνύουν ότι θα έχουν στη διάθεσή τους τους αναγκαίους πόρους, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων στην ικανότητα των οποίων στηρίζονται (άρθρο 78 παρ.1 του ν. 4412/2016). Και τούτο διότι ουδόλως αποδεικνύει ότι θα έχει στη διάθεσή της τους αναγκαίους πόρους, καθότι τα κέρδη της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας «****» δεν επαρκούν σε καμία περίπτωση, προκειμένου να αποδείξουν την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της προσφεύγουσας. Ως εκ τούτου, η συνολική προσφορά παραβιάζει καταφανώς την απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης. Όπως ορίζεται δε στην ΚΑΤΕΥΘΥΝΤΗΡΙΑ ΟΔΗΓΙΑ 13 της ΕΑΑΔΗΣΥ, πριν την ανάθεση δημόσιας σύμβασης, οι αναθέτουσες αρχές έχουν τη δυνατότητα να ελέγχουν και να αποκλείουν εκείνους τους οικονομικούς φορείς που λαμβάνουν μέρος στη διαδικασία, οι οποίοι δεν πληρούν κριτήρια φερεγγυότητας και εντιμότητας ή δεν διαθέτουν τα επαγγελματικά προσόντα, την “καταλληλότητα”, για την εκτέλεση της σύμβασης. Το στάδιο αυτό, που προηγείται εκείνο της ανάθεσης, αποτελεί το στάδιο της ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων. Ο καθορισμός κριτηρίων ποιοτικής επιλογής απαιτείται ανεξαρτήτως του κριτηρίου ανάθεσης (χαμηλότερη τιμή ή πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά). Όσον αφορά στην οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις προκειμένου να διασφαλιστεί ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν επαρκείς οικονομικούς και χρηματοοικονομικούς πόρους προκειμένου να εκτελέσουν την σύμβαση. Ειδικότερα, το κριτήριο του άρθρου 2.2.5 «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» της υπό κρίση διακήρυξης συνιστά κριτήριο ποιοτικής επιλογής των προσφερόντων οικονομικών φορέων. Δηλαδή, το εν λόγω κριτήριο αφορά το πρόσωπο των προσφερόντων οικονομικών φορέων και καθορίζει την επιλεξιμότητα αυτών, προκειμένου να αναλάβουν την υπό ανάθεση σύμβαση, για την οποία είναι από κοινού υπεύθυνοι μαζί με τους οικονομικούς φορείς στην οικονομική ικανότητα των οποίων στηρίζονται. Αυτό που επιδιώκεται μέσω του εν λόγω κριτηρίου του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης είναι η πλήρωση από

μέρους των προσφερόντων φορέων της απόδειξης της οικονομικής φερεγγυότητας αυτών, προκειμένου να κριθούν κατάλληλοι για την ανάληψη της υπό ανάθεση σύμβασης. Το εν λόγω κριτήριο είναι ενιαίο, καθότι η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του εκάστοτε προσφέροντος οικονομικού φορέα κρίνεται εν όλω, ήτοι στο σύνολο της υποβληθείσας προσφοράς. Δηλαδή η εν λόγω προσφέρουσα εταιρεία ΔΕΝ διαθέτει την ελάχιστη χρηματοοικονομική επάρκεια και ΔΕΝ διαθέτει τους ελάχιστους απαιτούμενους επαρκείς οικονομικούς και χρηματοοικονομικούς πόρους προκειμένου να εκτελέσει την σύμβαση, ακόμη και αν στηρίζεται στην ικανότητα της έτερης εταιρείας. Εν προκειμένω, η προσφεύγουσα εταιρεία «*****.» δεν καλύπτει την επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση του άρθρου 2.2.5 περ. β' της διακήρυξης, καθότι εμφανίζει ζημία ύψους -3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ζημία -3.492.064,03€ (προ φόρων και τόκων) κατά το έτος 2016. Παράλληλα, η εταιρεία στην οποία στηρίζεται η «*****» όσον αφορά την πλήρωση του κριτηρίου του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης, ήτοι η εταιρεία «*****», παρουσιάζει κατά το έτος 2016 κέρδη 51.150,15€ (μετά φόρων) και 112.532,62€ (προ φόρων). Τα εν λόγω κέρδη είναι υπερβολικά χαμηλά σε συνάρτηση με το μέγεθος της ζημίας της προσφεύγουσας εταιρείας για το έτος 2016. Συνεπώς, η προσφορά εν όλω σε καμία περίπτωση δεν καλύπτει την επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση του άρθρου 2.2.5 περ. β' της διακήρυξης. Δηλαδή η εν λόγω προσφέρουσα εταιρεία ΔΕΝ διαθέτει την ελάχιστη χρηματοοικονομική επάρκεια και ΔΕΝ διαθέτει τους ελάχιστους απαιτούμενους επαρκείς οικονομικούς και χρηματοοικονομικούς πόρους προκειμένου να εκτελέσει την σύμβαση, ακόμη και αν στηρίζεται στην ικανότητα της έτερης εταιρείας. Και τούτο διότι ακόμη και με τη στήριξη της προσφεύγουσας εταιρείας στις ικανότητες της εταιρείας «*****.» και τη λήψη δάνειας εμπειρίας από αυτήν ουδόλως αποδεικνύεται η πλήρωση του κριτηρίου της οικονομικής φερεγγυότητας από την προσφεύγουσα εταιρεία, ούτε αποδεικνύεται ότι διαθέτει την ελάχιστη χρηματοοικονομική επάρκεια από κοινού με την «δανείζουσα εμπειρία» εταιρεία. Εξάλλου, η προσφεύγουσα εταιρεία «*****.» έχει αποδεχθεί πλήρως και ανεπιφύλακτα τον εν λόγω όρο της υπό κρίση διακήρυξης με την συμμετοχή της στην υπό κρίση διαγωνιστική

διαδικασία. Επομένως, δεν είναι δυνατό να προβάλλει ενστάσεις και αντιρρήσεις κατά του κύριου όρου τη διακήρυξης, στο παρόν στάδιο, κατά το οποίο έχει αποδεχθεί ρητά και ανεπιφύλακτα τον εν λόγω όρο. Κατά συνέπεια, η συνολική και ενιαία προσφορά της προσφεύγουσας εταιρείας «*****», με τη χρήση δάνειας εμπειρίας από την εταιρεία «*****», δεν καλύπτει την επί ποινή αποκλεισμού απαίτηση του άρθρου 2.2.5 της υπό κρίση Διακήρυξης. Ως εκ τούτου, η προσφυγή της εταιρείας «*****» θα πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της».

15. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 75 Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ) του ν. 4412/2016 ορίζεται « 1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα.

Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. [...]

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... Μπορούν επίσης να απαιτούν κατάλληλο επίπεδο ασφαλιστικής κάλυψης έναντι επαγγελματικών κινδύνων. ...

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».

16. Επειδή σύμφωνα με το άρθρο 78 «Στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων (άρθρο 63 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)» ορίζεται «1. Όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που προβλέπονται στην παρ. 3 του άρθρου 75 και τα κριτήρια σχετικά με την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα που προβλέπονται στην παρ. 4 του άρθρου 75, ένας οικονομικός φορέας μπορεί, κατά περίπτωση και για συγκεκριμένη σύμβαση, να στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών του με αυτούς.....Αν ο οικονομικός φορέας επιθυμεί να στηριχθεί στις ικανότητες άλλων φορέων, αποδεικνύει στην αναθέτουσα αρχή ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, ιδίως, με την προσκόμιση της σχετικής δέσμευσης των φορέων αυτών για τον σκοπό αυτό.

Η αναθέτουσα αρχή ελέγχει, σύμφωνα με τα άρθρα 79, 80 και 81, αν οι φορείς, στις ικανότητες των οποίων προτίθεται να στηριχθεί ο οικονομικός φορέας, πληρούν τα σχετικά κριτήρια επιλογής και εάν συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού, σύμφωνα με τα άρθρα 73 και 74. Η αναθέτουσα αρχή απαιτεί από τον οικονομικό φορέα να αντικαταστήσει έναν φορέα που δεν πληροί σχετικό κριτήριο επιλογής ή για τον οποίο συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού των παραγράφων 1 και 2. του άρθρου 73 και του άρθρου 74. Η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτήσει από τον οικονομικό φορέα την αντικατάσταση φορέα για τον οποίον συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού της παρ. 4 του άρθρου 73 και του άρθρου 74.

Όταν ο οικονομικός φορέας στηρίζεται στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά τα κριτήρια που σχετίζονται με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να απαιτεί ο οικονομικός φορέας και αυτοί οι φορείς να είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.....»

17. Επειδή σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ορίζεται: 2.1.1 Έγγραφα της σύμβασης Τα έγγραφα της παρούσας διαδικασίας σύναψης είναι

τα ακόλουθα: 1. η με αρ. 2020/S 113-274268 Προκήρυξη της Σύμβασης, όπως αυτή έχει δημοσιευτεί στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης 2. το Ευρωπαϊκό Ενιαίο Έγγραφο Σύμβασης [ΕΕΕΣ] 3. οι συμπληρωματικές πληροφορίες που τυχόν παρέχονται στο πλαίσιο της διαδικασίας, ιδίως σχετικά με τις προδιαγραφές και τα σχετικά δικαιολογητικά 4. το σχέδιο της σύμβασης

Κριτήρια Επιλογής

2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια

Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, να διαθέτουν

α) μέσο ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών για κάθε χρήση που αφορά στην εκτέλεση έργων συναφών προς το αντικείμενο της παρούσας προκήρυξης προσκομίζοντας δημοσιευμένους ισολογισμούς ή αποσπάσματα δημοσιευμένων ισολογισμών κατά την 3ετία (2016, 2017, 2018), τουλάχιστον ποσού ίσου ή μεγαλύτερου των 4.000.000,00 €.

β) να μην εμφανίζουν ζημιά σε καμία από τις τρεις (3) ανωτέρω χρήσεις (2016,2017,2018).

γ) ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης εν ισχύ ύψους τουλάχιστον 3.000.000 €.

δ) χρηματοπιστωτική ικανότητα με κατάθεση βεβαίωσης αναγνωρισμένου πιστωτικού ιδρύματος για την πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης τουλάχιστον ίση με 2.600.000,00 €.

2.2.8 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. Δύνανται, επίσης, να στηρίζονται και στις ικανότητες του/των υπεργολάβων, στους οποίους προτίθενται να αναθέσουν την εκτέλεση τμήματος/ τμημάτων της υπό ανάθεση σύμβασης. 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. (άρθρο 78 παρ.1 του ν. 4412/2016). 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. (τελευταίο εδάφιο παρ. 1 άρθρου 78 ν. 4412/2016)

B.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν, επί ποινή αποκλεισμού :

α) Αντίγραφα ή αποσπάσματα ισολογισμών (στις περιπτώσεις όπου η δημοσίευση των ισολογισμών απαιτείται σύμφωνα με την εταιρική νομοθεσία της χώρας που είναι εγκατεστημένος ο υποψήφιος ανάδοχος) ή οικονομικών καταστάσεων ή ισοζυγίων από το οποίο / α αποδεικνύεται με ειδική επισήμανση, η συνάφεια με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης των τριών (3) τελευταίων κλεισμένων διαχειριστικών χρήσεων (2016,2017,2018). Σε περίπτωση που πρόκειται για φυσικό πρόσωπο, αντίστοιχες δηλώσεις φόρου εισοδήματος και εκκαθαριστικά σημειώματα. Σε περίπτωση που πρόκειται για νομικό πρόσωπο που δεν τηρεί ισολογισμούς, αντίστοιχα τα αντίγραφα E3 και E5 από όπου προκύπτει ο κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα. Εάν η επιχείρηση λειτουργεί για χρόνο μικρότερο της τριετίας ο οικονομικός φορέας θα υποβάλει ανάλογα τα ανωτέρω δικαιολογητικά για όσο χρόνο λειτουργεί.

β) Επικυρωμένο αντίγραφο ασφαλιστηρίου συμβολαίου αστικής ευθύνης, εν ισχύ, ύψους τουλάχιστον 3.000.000,00 € συνοδευόμενο με το σχετικό παραστατικό εξόφλησης του ασφαλιστρού.

γ) Βεβαιώσεις τραπεζών για την πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης. Ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να διαθέτει πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με το ποσό των 2.600.000,00 €.

2.4.6 Λόγοι απόρριψης προσφορών Η αναθέτουσα αρχή με βάση τα αποτελέσματα του ελέγχου και της αξιολόγησης των προσφορών, απορρίπτει, σε κάθε περίπτωση, προσφορά:

... θ) η οποία παρουσιάζει ελλείψεις ως προς τα δικαιολογητικά που ζητούνται από τα έγγραφα της παρούσης διακήρυξης και αποκλίσεις ως προς τους όρους και τις τεχνικές προδιαγραφές της σύμβασης.

Κατόπιν του από 06.07.2020 διευκρινιστικού ερωτήματος « Παρακαλούμε να μας προσδιορίσετε πώς εννοεί η αναθέτουσα αρχή στην παράγραφο 2.2.5 Οικονομική και Χρηματοοικονομική Επάρκεια στην περίπτωση α) & β) σχετικά με τον κύκλο εργασιών και την μη εμφάνιση ζημιών για τις χρήσεις (2016, 2017, 2018), σε συνδυασμό με την παράγραφο 2.2.9.2 περ. Β.3 α) σχετικά με τα αποδεικτικά μέσα».

Η αναθέτουσα αρχή απάντησε «2. Σύμφωνα με το άρθρο «2.2.5 Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια» της διακήρυξης, όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινής αποκλεισμού, να διαθέτουν:

α) μέσο ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών για κάθε χρήση που αφορά στην εκτέλεση έργων συναφών προς το αντικείμενο της παρούσας προκήρυξης προσκομίζοντας δημοσιευμένους ισολογισμούς ή αποσπάσματα δημοσιευμένων ισολογισμών κατά την 3ετία (2016, 2017, 2018), τουλάχιστον ποσού ίσου ή μεγαλύτερου των 4.000.000,00 €.

β) να μην εμφανίζουν ζημιά σε καμία από τις τρεις (3) ανωτέρω χρήσεις (2016,2017,2018).

γ) ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης εν ισχύ ύψους τουλάχιστον 3.000.000 €.

δ) χρηματοπιστωτική ικανότητα με κατάθεση βεβαίωσης αναγνωρισμένου πιστωτικού ιδρύματος για την πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης τουλάχιστον ίση με 2.600.000,00 €

Για την απόδειξη πλήρωσης του εν λόγω κριτηρίου επιλογής, οι οικονομικοί φορείς οφείλουν επί ποινή απόρριψης προσφοράς να προσκομίσουν τα κάτωθι:

α) Αντίγραφα ή αποσπάσματα ισολογισμών (στις περιπτώσεις όπου η δημοσίευση των ισολογισμών απαιτείται σύμφωνα με την εταιρική νομοθεσία

της χώρας που είναι εγκατεστημένος ο υποψήφιος ανάδοχος) ή οικονομικών καταστάσεων ή ισοζυγίων από το οποίο / α αποδεικνύεται με ειδική επισήμανση, η συνάφεια με το αντικείμενο της παρούσας διακήρυξης των τριών (3) τελευταίων κλεισμένων διαχειριστικών χρήσεων (2016,2017,2018). Σε περίπτωση που πρόκειται για φυσικό πρόσωπο, αντίστοιχες δηλώσεις φόρου εισοδήματος και εκκαθαριστικά σημειώματα. Σε περίπτωση που πρόκειται για νομικό πρόσωπο που δεν τηρεί ισολογισμούς, αντίστοιχα τα αντίγραφα Ε3 και Ε5 από όπου προκύπτει ο κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα. Εάν η επιχείρηση λειτουργία για χρόνο μικρότερο της τριετίας ο οικονομικός φορέας θα υποβάλει ανάλογα τα ανωτέρω δικαιολογητικά για όσο χρόνο λειτουργεί.

β) Επικυρωμένο αντίγραφο ασφαλιστηρίου συμβολαίου αστικής ευθύνης, εν ισχύ, ύψους τουλάχιστον 3.000.000,00 € συνοδευόμενο με το σχετικό παραστατικό εξόφλησης του ασφαλιστή.

γ) Βεβαιώσεις τραπεζών για την πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης. Ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να διαθέτει πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με το ποσό των 2.600.000,00 €.

Από τα παραπάνω προκύπτει ότι η διακήρυξη είναι εναργέστατη και σαφής ότι οι ζημίες στις χρήσεις όπως προβλέπονται από τη διακήρυξη αποτυπώνονται σαφώς στους ισολογισμούς των προσφερόντων.

17. 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 ουσιωδών 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). Ωστόσο, (βλ. Απόφαση Pizzo Pizzo, C-27/2015 της 2ας Ιουνίου 2016, σκέψη 51), δεν επιτρέπεται ο

αποκλεισμός οικονομικού φορέα από διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως, λόγω μη τηρήσεως από τον φορέα αυτόν υποχρεώσεως η οποία δεν προκύπτει ρητώς από τα σχετικά με τη διαδικασία αυτή έγγραφα ή από την ισχύουσα εθνική νομοθεσία την οποία ρητά παραπέμπει, αλλά από την ερμηνεία των εν λόγω εγγράφων). Ειδικότερα, (βλ. ο.π C-27/2015 σκ.36-27) η υποχρέωση διαφάνειας συνεπάγεται ότι όλοι οι όροι και οι κανόνες διεξαγωγής του διαγωνισμού πρέπει να είναι διατυπωμένοι με σαφήνεια, ακρίβεια και χωρίς αμφισημία στην προκήρυξη του διαγωνισμού ή στη συγγραφή υποχρεώσεων, ώστε, πρώτον, να παρέχουν σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια διαγωνιζόμενους τη δυνατότητα να κατανοούν το ακριβές περιεχόμενο των εν λόγω όρων και κανόνων και να τους ερμηνεύουν με τον ίδιο τρόπο και, δεύτερον, να καθιστούν δυνατό τον εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής αποτελεσματικό έλεγχο του αν οι προσφορές των υποψηφίων ανταποκρίνονται στα κριτήρια που διέπουν την εν λόγω σύμβαση (βλ., συναφώς, απόφαση της 6ης Νοεμβρίου 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, σκέψη 44 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Το Δικαστήριο έχει, επίσης, αποφανθεί ότι οι αρχές της διαφάνειας και της ίσης μεταχειρίσεως που διέπουν όλες τις διαδικασίες συνάψεως δημοσίων συμβάσεων επιτάσσουν οι ουσιαστικές και διαδικαστικές προϋποθέσεις συμμετοχής σε διαγωνισμό να καθορίζονται σαφώς εκ των προτέρων και να δημοσιοποιούνται, έτσι ώστε οι ενδιαφερόμενοι να μπορούν να γνωρίζουν επακριβώς τις απαιτήσεις της διαδικασίας και να έχουν την πεποίθηση ότι οι ίδιες απαιτήσεις ισχύουν για όλους τους διαγωνιζόμενους (βλ., συναφώς, απόφαση της 9ης Φεβρουαρίου 2006, *La Cascina κ.λπ.*, C-226/04 και C-228/04, EU:C:2006:94, σκέψη 32).

18. Επειδή, περαιτέρω, η αυστηρότητα της εφαρμογής της διακήρυξης προϋποθέτει την σαφήνεια των όρων αυτής καθώς η παραβίαση αμφίσημων όρων δεν οδηγεί αναγκαστικά στον αποκλεισμό διαγωνιζόμενου αν δεν ευθύνεται ο ίδιος για την παρερμηνεία των υποχρεώσεών του (Συμβάσεις Δημοσίων Έργων Χρ. Μητκίδης, 2009, σελ. 87 επ.)

19. Επειδή η απάντηση της αναθέτουσας αρχής επί αιτήματος παροχής διευκρινήσεων για σαφή όρο της διακήρυξης στην οποία απλώς επαναλαμβάνονται οι ρυθμίσεις της διακήρυξης, ουδεμία μεταβολή επιφέρει στον νομικό κόσμο και δεν υπόκειται ως πράξη μη εκτελεστή σε προδικαστική προσφυγή (ΕΑ ΣΤΕ 426/2011) αλλά συνιστά επιβεβαιωτική πράξη στην οποία το θεσμικό όργανο εμμένει στην προηγούμενη ρύθμισή του που επαναλαμβάνεται στη νέα πράξη (βλ. και απόφαση ΑΕΠΠ υπ' αριθμ. 5/2018). Περαιτέρω, μόνο όταν με τις διευκρινίσεις αίρονται ανακρίβειες ή ασάφειες όρων ή μνημονευόμενων στη διακήρυξη στοιχείων αυτές συνιστούν πράξη εκτελεστή (πρβλ. ΣΤΕ Ε.Α. 473/2010, 758, 45/2008, 952/2007), καθώς οι εν θέματι διευκρινίσεις δεν επιβεβαιώνουν το περιεχόμενο της διακήρυξης αλλά το αποσαφηνίζουν παρέχοντας κάποιο κρίσιμο νέο στοιχείο που επηρεάζει τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς των συμμετεχόντων (πρβλ. Ε.Α. 474/2005, 532/2004). Όπως έχει κριθεί υπό το προϊσχύον νομοθετικό καθεστώς περί διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, η πράξη περί παροχής διευκρινίσεων αποτελεί πράξη εκτελεστή, υποκείμενη σε προσφυγή και εφ' όσον δεν αμφισβητηθεί η νομιμότητά της, οι παρεχόμενες με αυτήν διευκρινίσεις εντάσσονται στο κανονιστικό πλαίσιο του διαγωνισμού, συμπληρώνοντας τους σχετικούς όρους της διακηρύξεως, στους οποίους αναφέρονται (πρβλ. Ε.Α. ΣΤΕ 190/2015, 108/2015, 55/2015, 44/2015, 92/2014, 254/2012, 45/2008, ΔΕφΑΘ (αναστ.) 451/2014, 437/2013).

20. Επειδή, από τη νομολογία του ΔΕΕ προκύπτει ότι η αναθέτουσα αρχή δεν μπορεί, κατ' αρχήν, να τροποποιήσει, κατά τη διάρκεια της διαδικασίας αναθέσεως, το περιεχόμενο των βασικών όρων του διαγωνισμού, στους οποίους έχουν καλόπιστα στηριχθεί οι ενδιαφερόμενοι επιχειρηματίες για να αποφασίσουν εάν θα υποβάλουν προσφορά ή εάν, αντιθέτως, δεν θα λάβουν μέρος στη διαδικασία συνάψεως της σχετικής συμβάσεως (βλ., υπό την έννοια αυτή, αποφάσεις της 10ης Μαΐου 2012, Επιτροπή κατά Κάτω Χωρών, C 368/10, EU:C:2012:284, σκέψη 55, και της 16ης Απριλίου 2015, Enterprise Focused Solutions, C-278/14, EU:C:2015:228, σκέψεις 27 έως 29). Πάντως,

από τα ανωτέρω δεν συνάγεται ότι οποιαδήποτε τροποποίηση της συγγραφής υποχρεώσεων μετά τη δημοσίευση της προκήρυξης του διαγωνισμού θα ήταν, καταρχήν και σε κάθε περίπτωση, μη επιτρεπόμενη. Ως εκ τούτου, η αναθέτουσα αρχή έχει κατ' εξαίρεση τη δυνατότητα διορθώσεως ή συμπληρώσεως των δεδομένων της συγγραφής υποχρεώσεων των οποίων απαιτείται η απλή διευκρίνισή τους ή προς τον σκοπό της διορθώσεως πρόδηλων εκ παραδρομής λαθών, υπό την επιφύλαξη ότι ενημερώνει σχετικά το σύνολο των προσφερόντων (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 29ης Μαρτίου 2012, SAG ELV Slovensko κ.λπ., C-599/10, EU:C:2012:191, σκέψη 40) και σε κάθε περίπτωση υπό την επιφύλαξη της τηρήσεως των αρχών της απαγορεύσεως των διακρίσεων και της ίσης μεταχειρίσεως καθώς και της υποχρεώσεως διαφάνειας. Η απαίτηση αυτή σημαίνει, πρώτον, ότι οι σχετικές τροποποιήσεις, καίτοι μπορεί να είναι σημαντικές, δεν πρέπει να είναι τόσο ουσιώδεις ώστε θα είχαν προσελκύσει δυνητικούς προσφέροντες οι οποίοι, σε περίπτωση που δεν υφίσταντο οι τροποποιήσεις αυτές, δεν θα ήταν σε θέση να υποβάλουν προσφορά. Δεύτερον, η εν λόγω απαίτηση συνεπάγεται ότι οι τροποποιήσεις αυτές πρέπει να αποτελούν αντικείμενο επαρκούς δημοσιότητας, κατά τρόπον ώστε να παρέχεται σε όλους τους ευλόγως ενημερωμένους και έχοντες τη συνήθη επιμέλεια δυνητικούς προσφέροντες η δυνατότητα να λάβουν γνώση των τροποποιήσεων αυτών υπό τις ίδιες προϋποθέσεις και κατά το ίδιο χρονικό σημείο. Τρίτον, η ίδια απαίτηση προϋποθέτει επιπροσθέτως, αφενός, ότι οι εν λόγω τροποποιήσεις πρέπει να έχουν επέλθει πριν από την εκ μέρους των προσφερόντων υποβολή των προσφορών, και, αφετέρου, ότι η προθεσμία για την υποβολή των εν λόγω προσφορών πρέπει να παρατείνεται όταν οι τροποποιήσεις αυτές είναι σημαντικές (C-298/15, «Borta» UAB, ECLI:EU:C:2017:266 σκ.70-76 αλλά και προτάσεις της Γενικής Εισαγγελέως E. Sharpston σχετικά με την εν λόγω υπόθεση).

21. Επειδή, περαιτέρω, σύμφωνα με τη γραμματική διατύπωση των διατάξεων του άρθρου 75 του ν. 4412/2016, εναργώς προκύπτει 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. Ο καθορισμός των ικανοτήτων αυτών αποβλέπει στο να διαπιστώσει η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας, 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. 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.

22. Επειδή, ως έχει κριθεί από το ΔΕΕ (ο.π C-27/2015 σκ.22-28) «*Τα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 ορίζουν ρητώς, με σχεδόν πανομοιότυπη διατύπωση, ότι ένας «οικονομικός φορέας μπορεί [...] να επικαλεσθεί τις ικανότητες άλλων φορέων», προκειμένου να αποδείξουν ότι πληρούν τις σχετικές με τη συγκεκριμένη σύμβαση απαιτήσεις περί οικονομικής και χρηματοπιστωτικής επάρκειάς τους και περί τεχνικών και επαγγελματικών δυνατοτήτων. Το Δικαστήριο έχει αποφανθεί ότι το δίκαιο της Ένωσης δεν υποχρεώνει όποιον επιθυμεί να συμβληθεί με αναθέτουσα αρχή να είναι σε θέση να εκπληρώσει απευθείας τη συμφωνηθείσα παροχή με ίδια μέσα, προκειμένου να χαρακτηριστεί ως οικονομικός φορέας δυνάμενος να υποβάλει προσφορά (βλ., συναφώς, απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, CoNISMa, C- 305/08, EU:C:2009:807, σκέψη 41). Στο πλαίσιο αυτό, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι το άρθρο 47, παράγραφος 2, και το άρθρο 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 δεν θεσπίζουν κατ' αρχήν απαγόρευση προσφυγής ενός*

υποψηφίου ή προσφέροντος στις δυνατότητες ενός ή περισσότερων τρίτων, επιπλέον των δικών τους δυνατοτήτων, για την πλήρωση των κριτηρίων που έχει καθορίσει η αναθέτουσα αρχή (βλ. απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino*, C- 94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 30). Κατά την εν λόγω νομολογία, τα άρθρα 47, παράγραφος 2, και 48, παράγραφος 3, της οδηγίας 2004/18 αναγνωρίζουν το δικαίωμα κάθε οικονομικού φορέα να επικαλείται, για συγκεκριμένη σύμβαση, τις δυνατότητες άλλων φορέων, «ασχέτως της φύσεως των δεσμών του με αυτούς», εφόσον αποδεικνύεται στην αναθέτουσα αρχή ότι ο διαγωνιζόμενος θα έχει όντως στη διάθεσή του τους πόρους των εν λόγω φορέων, οι οποίοι είναι αναγκαίοι για την εκτέλεση της συμβάσεως (βλ. απόφαση της 14ης Ιανουαρίου 2016, *Ostas celtnieks*, C- 234/14, EU:C:2016:6, σκέψη 23). Πρέπει, συνεπώς, να γίνει δεκτό ότι η οδηγία 2004/18 επιτρέπει τη σύρρευση των δυνατοτήτων πλειόνων οικονομικών φορέων προς εκπλήρωση των ελαχίστων απαιτήσεων ικανότητας που θέτει η αναθέτουσα αρχή, στο μέτρο που αποδεικνύεται στην αρχή αυτή ότι ο υποψήφιος ή προσφέρων ο οποίος επικαλείται τις δυνατότητες ενός ή περισσότερων άλλων φορέων θα έχει πράγματι στη διάθεσή του τα μέσα αυτών τα οποία είναι αναγκαία για την εκτέλεση της συμβάσεως (βλ. απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino*, C- 94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 33). Μια τέτοια ερμηνεία συνάδει προς τον σκοπό του ανοίγματος των δημοσίων συμβάσεων στον ευρύτερο δυνατό ανταγωνισμό, τον οποίο επιδιώκουν οι σχετικές με το αντικείμενο αυτό οδηγίες προς όφελος όχι μόνον των οικονομικών φορέων αλλά και των αναθετουσών αρχών (βλ., υπ' αυτήν την έννοια, απόφαση της 23ης Δεκεμβρίου 2009, *CoNISMa*, C- 305/08, EU:C:2009:807, σκέψη 37 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Επιπλέον, μπορεί επίσης να διευκολύνει την πρόσβαση των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις δημόσιες συμβάσεις, σκοπό τον οποίο ομοίως επιδιώκει η οδηγία 2004/18, όπως προκύπτει από την αιτιολογική σκέψη 32 αυτής (βλ. απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Swm Costruzioni 2 και Mannocchi Luigino*, C- 94/12, EU:C:2013:646, σκέψη 34). Το Δικαστήριο έχει, ωστόσο, επισημάνει ότι δεν μπορεί να αποκλεισθεί το ενδεχόμενο να υπάρχουν εργασίες με ιδιαιτερότητες

που απαιτούν ικανότητα μη δυνάμενη να προκύψει ως άθροισμα της ελάχιστονος ικανότητας περισσότερων οικονομικών φορέων. Για τον λόγο αυτό, έχει δεχθεί ότι, σε μια τέτοια περίπτωση, η αναθέτουσα αρχή μπορεί ευλόγως να απαιτήσει το ελάχιστο επίπεδο της οικείας ικανότητας να καλύπτεται από έναν μόνον οικονομικό φορέα ή, ενδεχομένως, από περιορισμένο αριθμό οικονομικών φορέων, στον βαθμό που η απαίτηση αυτή σχετίζεται και είναι ανάλογη προς το αντικείμενο της οικείας συμβάσεως. Το Δικαστήριο διευκρίνισε, ωστόσο, ότι, δεδομένου του εξαιρετικού χαρακτήρα της συγκεκριμένης περιπτώσεως, οι εν λόγω απαιτήσεις δεν μπορούν να αναχθούν, κατά το εθνικό δίκαιο, σε γενικούς κανόνες (βλ., συναφώς, απόφαση της 10ης Οκτωβρίου 2013, *Swm Costruzioni 2* και *Mannocchi Luigino*, C- 94/12, EU:C:2013:646, σκέψεις 35 και 36).....Σημειωτέον, επιπλέον, ότι, η αναθέτουσα αρχή δύναται να απαιτήσει την αλληλέγγυο και εις ολόκληρον ευθύνη του φορέα του οποίου τις δυνατότητες επικαλείται ο διαγωνιζόμενος προς εκπλήρωση των σχετικών με την οικονομική και χρηματοπιστωτική επάρκεια προϋποθέσεων (άρθρο 63, παράγραφος 1, τρίτο εδάφιο, της οδηγίας 2014/24). Επομένως, οι διατάξεις αυτές δεν θέτουν περιορισμούς όσον αφορά τη δυνατότητα μερικής επικλήσεως των δυνατοτήτων τρίτων φορέων, σε κάθε δε περίπτωση, τέτοιοι περιορισμοί πρέπει να προβλέπονται ρητώς στην προκήρυξη του διαγωνισμού (ο.π C-27/2015 σκ.33).

Περαιτέρω, έχει ομοίως κριθεί ότι οι αναθέτουσες αρχές διαθέτουν ευρεία διακριτική ευχέρεια να θέτουν στη διακήρυξη κριτήρια συμμετοχής που διασφαλίζουν, μεταξύ άλλων, ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν ένα ελάχιστο επίπεδο οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας, μεταξύ δε των κριτηρίων αυτών συγκαταλέγεται και η αναλογία στοιχείων ενεργητικού και παθητικού, όπως προκύπτει από τους ετήσιους λογαριασμούς (πρβλ. απόφ. ΔΕΕ της 13-7-2017, *INGSTEEL spol. sro* και *Metrostav as* κατά *Urad pre verejne obstaravanie*, C-76/16, σκ. 32-33, απόφ. ΔΕΕ της 18-10-2012, *Edukovizig* και *Hochtief Construction*, C- 218/ 11, σκ. 29, EA 203/2018, ΣΤΕ 2203/2017).

Το σύνολο των ως άνω κριθέντων περιλήφθηκε στα άρθρα 58 και 63 της οδηγίας 2014/24 και επακολούθως ενσωματώθηκε στο εθνικό δίκαιο με τα άρθρα 75 και 78 του ν. 4412/2016.

23. Επειδή, η προσφορά του προσφεύγοντος αποκλείσθηκε με την αιτιολογία ότι «δεν πληροί τις απαιτήσεις του άρθρου 2.2.5. περ. β' της Διακήρυξης, δεδομένου ότι η προσφέρουσα εταιρεία κατά το έτος 2016 εμφανίζει ζημία ύψους -3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ζημία -3.492.064,03€ (πρό φόρων και τόκων), κατά παράβαση της ανωτέρω απαίτησης της διακήρυξης. Η δε στήριξη της προσφέρουσας στην ικανότητα της εταιρείας «****.» δεν καλύπτει την ανωτέρω απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης (άρθρο 2.2.5. περ. β) καθώς η «*****.» παρουσιάζει κατά το έτος 2016 κέρδη 51.150,15€ (μετά φόρων) και 112.532,62€ (πρό φόρων), τα οποία δεν επαρκούν για να καλύψουν και να αποδείξουν την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη φερεγγυότητα της προσφέρουσας εταιρείας, καθώς ζημίες -3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ζημίας 3.492.064,03€ (πρό φόρων και τόκων) της προσφέρουσας δεν αναπληρώνονται από κέρδη 51.150,15€ (μετά φόρων) και 112.532,62€ (πρό φόρων) της «δανείζουσας εμπειρία» εταιρείας και προφανώς η συνολική προσφορά παραβιάζει την απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης».

Ο προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η προσβαλλόμενη πρέπει να ακυρωθεί διότι ούτε από τον ανωτέρω της Διακήρυξης (2.2.5) ούτε από οποιονδήποτε άλλον όρο αυτής, αλλά και ούτε από τις Διευκρινίσεις της Αναθέτουσας Αρχής, προκύπτει απαίτηση για συγκεκριμένο ύψος κερδοφορίας των τρίτων, στους οποίους στηρίζονται οι οικονομικοί φορείς, ανά χρήση (2016, 2017, 2018). Ούτε προκύπτει από οποιονδήποτε όρο της Διακήρυξης ή του νόμου, ότι η Αναθέτουσα Αρχή θα συνυπολογίζει τη ζημία του οικονομικού φορέα και το κέρδος του τρίτου και θα καταλήγει σε ένα αθροιστικό – συμψηφιστικό αποτέλεσμα. Αυτό σημαίνει, κατά τους ισχυρισμούς του, ότι η Αναθέτουσα Αρχή δεν είχε διακριτική ευχέρεια να προσθέσει ή να αφαιρέσει ποσά και να καταλήξει σε αθροιστικά αποτελέσματα, ούτε βέβαια να αποκλείσει από το διαγωνισμό

οποιονδήποτε οικονομικό φορέα, βάσει τέτοιων υπολογισμών. Η ανωτέρω αιτιολογία είναι μη νόμιμη και παραβιάζει κατάφωρα τις αρχές της τυπικότητας κατά την υποβολή των προσφορών στους δημόσιους διαγωνισμούς, της διαφάνειας, της ίσης μεταχείρισης μεταξύ των διαγωνιζομένων και της προστασίας του ανταγωνισμού, καθώς η Αναθέτουσα Αρχή στηρίζει τον αποκλεισμό της εταιρείας του σε κριτήριο το οποίο δεν προβλέπεται από την Διακήρυξη. Επικαλείται επίσης, ασάφεια των όρων της διακήρυξης.

Η αναθέτουσα αρχή, με τις οικείες απόψεις της ισχυρίζεται ότι η προσφεύγουσα δεν αποδεικνύει ότι θα έχει στη διάθεσή της τους αναγκαίους και επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενους πόρους, καθότι τα κέρδη της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας «*****.» δεν επαρκούν σε καμία περίπτωση, προκειμένου να αποδείξουν την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της προσφεύγουσας, συνεπώς, η συνολική προσφορά της προσφεύγουσας δεν καλύπτει την απαίτηση του άρθρου 2.2.5 περ. β' της Διακήρυξης, διότι η λήψη δάνειας εμπειρίας από την εταιρεία «*****» δεν αποδεικνύει την πλήρωση του κριτηρίου οικονομικής φερεγγυότητας της προσφεύγουσας, καθώς δεν αποδεικνύει ότι διαθέτει τους απαραίτητα απαιτούμενους επαρκείς οικονομικούς και χρηματοοικονομικούς πόρους, ούτε από κοινού με την δανείζουσα εμπειρία εταιρεία προκειμένου να εκτελέσει την σύμβαση.

Ο παρεμβαίνων ομοίως ισχυρίζεται ότι ο προσφεύγων ουδόλως αποδεικνύει ότι θα έχει στη διάθεσή του τους αναγκαίους πόρους, καθότι τα κέρδη της δανείζουσας εμπειρία εταιρείας «*****.» δεν επαρκούν σε καμία περίπτωση, προκειμένου να αποδείξουν την επί ποινή αποκλεισμού απαιτούμενη οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια της προσφεύγουσας. Ως εκ τούτου, η συνολική προσφορά παραβιάζει καταφανώς την απαίτηση του σχετικού κριτηρίου επιλογής φερεγγυότητας της διακήρυξης. Ειδικότερα, ισχυρίζεται ότι αυτό που επιδιώκεται μέσω του εν λόγω κριτηρίου του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης είναι η πλήρωση από μέρους των προσφερόντων φορέων της απόδειξης της οικονομικής φερεγγυότητας αυτών, προκειμένου να κριθούν

κατάλληλοι για την ανάληψη της υπό ανάθεση σύμβασης. **Το εν λόγω κριτήριο είναι ενιαίο**, καθότι η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του εκάστοτε προσφέροντος οικονομικού φορέα κρίνεται εν όλω, ήτοι στο σύνολο της υποβληθείσας προσφοράς. Δηλαδή η εν λόγω προσφέρουσα εταιρεία ΔΕΝ διαθέτει την ελάχιστη χρηματοοικονομική επάρκεια και ΔΕΝ διαθέτει τους ελάχιστα απαιτούμενους επαρκείς οικονομικούς και χρηματοοικονομικούς πόρους προκειμένου να εκτελέσει την σύμβαση, ακόμη και αν στηρίζεται στην ικανότητα της έτερης εταιρείας. Και τούτο διότι ακόμη και με τη στήριξη της προσφεύγουσας εταιρείας στις ικανότητες της εταιρείας «*****.» και τη λήψη δάνειας εμπειρίας από αυτήν ουδόλως αποδεικνύεται η πλήρωση του κριτηρίου της οικονομικής φερεγγυότητας από την προσφεύγουσα εταιρεία, ούτε αποδεικνύεται ότι διαθέτει την ελάχιστη χρηματοοικονομική επάρκεια από κοινού με την «δανείζουσα εμπειρία» εταιρεία. Εξάλλου, η προσφεύγουσα εταιρεία «*****.» έχει αποδεχθεί πλήρως και ανεπιφύλακτα τον εν λόγω όρο της υπό κρίση διακήρυξης με την συμμετοχή της στην υπό κρίση διαγωνιστική διαδικασία.

24. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης αναφορικά με την Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια (άρθρο 2.2.5), ορίζεται ότι οι οικονομικοί φορείς απαιτείται, επί ποινή αποκλεισμού, να διαθέτουν:

α) μέσο ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών εκτέλεσης συναφών έργων για κάθε χρήση κατά την 3ετία (2016, 2017, 2018), τουλάχιστον ποσού ίσου ή μεγαλύτερου των 4.000.000,00 €, βάσει δημοσιευμένων ισολογισμών ή αποσπασμάτων δημοσιευμένων ισολογισμών.

β) να μην εμφανίζουν ζημιά σε καμία από τις τρεις (3) ανωτέρω χρήσεις (2016,2017,2018).

γ) ασφαλιστήριο συμβόλαιο αστικής ευθύνης εν ισχύ ύψους τουλάχιστον 3.000.000 €.

δ) χρηματοπιστωτική ικανότητα με κατάθεση βεβαίωσης αναγνωρισμένου πιστωτικού ιδρύματος για την πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης τουλάχιστον ίση με 2.600.000,00 €.

Επομένως, κατά τα τους όρους της διακήρυξης αναφορικά με την Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια τους, οι οικονομικοί φορείς απαιτείτο να πληρούν τις ως άνω υπό στοιχεία α-δ απαιτήσεις, σωρευτικά, και όχι διαζευκτικά, στοιχείο άλλωστε που ουδείς αμφισβητεί.

Περαιτέρω, αναφορικά με την απόδειξη πλήρωσης τους, οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν (βλ. άρθρο 2.2.8.2 παρ. Β.3 της διακήρυξης) :

α) Αντίγραφα ή αποσπάσματα ισολογισμών ή οικονομικών καταστάσεων των τριών (3) τελευταίων κλεισμένων διαχειριστικών χρήσεων (2016,2017,2018). Σε περίπτωση που πρόκειται για νομικό πρόσωπο που δεν τηρεί ισολογισμούς, αντίστοιχα τα αντίγραφα Ε3 και Ε5 από όπου προκύπτει ο κύκλος εργασιών του οικονομικού φορέα.

β) Επικυρωμένο αντίγραφο ασφαλιστηρίου συμβολαίου αστικής ευθύνης, εν ισχύ, ύψους τουλάχιστον 3.000.000,00 € συνοδευόμενο με το σχετικό παραστατικό εξόφλησης του ασφαλιστρού.

γ) Βεβαιώσεις τραπεζών για την πιστοληπτική ικανότητα της επιχείρησης. Ο υποψήφιος ανάδοχος θα πρέπει να διαθέτει πιστοληπτική ικανότητα τουλάχιστον ίση με το ποσό των 2.600.000,00 €.

Επομένως, από το συνδυασμό των διατάξεων των άρθρων 2.2.5 της διακήρυξης και 2.2.8.2 Β.3, προκύπτει ότι απόδειξη για τις απαιτήσεις υπό στοιχεία α και β του άρθρου 2.2.5, αποτελούν μεταξύ άλλων, οι ισολογισμοί ή οι οικονομικές καταστάσεις των προσφερόντων, ως άλλωστε επιβεβαιώθηκε κατόπιν εμπροθέσμως υποβληθέντος σχετικού διευκρινιστικού ερωτήματος και της ομοίως εμπροθέσμως από 09.07.2020 διευκρινιστικής απάντησης της αναθέτουσας αρχής.

Έτι περαιτέρω, σύμφωνα με το άρθρο 2.2.8 της διακήρυξης «Στήριξη στην ικανότητα τρίτων» ορίζεται μεταξύ άλλων ότι οι οικονομικοί φορείς μπορούν, όσον αφορά τα κριτήρια της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (άρθρο 2.2.5), να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ασχέτως της νομικής φύσης των δεσμών τους με αυτούς αλλά και ότι στην περίπτωση αυτή οι εν λόγω οικονομικοί φορείς και αυτοί στους οποίους στηρίζονται είναι από κοινού υπεύθυνοι για την εκτέλεση της σύμβασης.

Επομένως, ως εναργώς προκύπτει, οι προσφέροντες μπορούν να στηρίζονται στις ικανότητες άλλων φορέων, ήτοι τρίτων, ανεξαρτήτως των δεσμών τους με αυτούς, προς πλήρωση των απαιτήσεων του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης, δηλαδή των υποκριτηρίων υπό α-δ αυτού, τα οποία πρέπει να πληρούνται σωρευτικά με ή άνευ στήριξης σε ικανότητα τρίτων ενός ή πλείονων (βλ. και σκ. 22 της παρούσας) δοθέντος ότι δεν προβλέπεται σχετικός περιορισμός στα έγγραφα της σύμβασης περί του αριθμού τους. Σε κάθε δε περίπτωση, ως ρητά αναφέρεται στο άρθρο 75 του ν. 4412/2016 στο οποίο ρητά παραπέμπει η διακήρυξη, στόχο επιβολής του εν λόγω κριτηρίου, εφόσον η αναθέτουσα αρχή το επιλέξει, αποτελεί η διασφάλιση ότι οι προσφέροντες οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το λόγω δε αυτό η αναθέτουσα αρχή, πέραν του ειδικού κύκλου εργασιών, του ασφαλιστηρίου συμβολαίου και της πιστοληπτικής ικανότητας, απαίτησε να μην εμφανίζουν ζημιά σε καμία από τις τρεις (3) χρήσεις ετών 2016, 2017, 2018. Οι δε απαιτήσεις αυτές κατέστησαν υποχρεωτικές στο σύνολο τους δοθέντος ότι δεν προσεβλήθησαν.

25. Επειδή, σύμφωνα με τους όρους της διακήρυξης ουδείς προσφέρων δύναται να αποκλεισθεί νομίμως επειδή δεν πληροί αφ' εαυτού το εν λόγω κριτήριο όταν αποδεικνύει ότι θα έχει **πράγματι** στη διάθεσή του τους απαιτούμενους πόρους τρίτων. Εν προκειμένω, εφόσον προσφέρων οικονομικός φορέας δεν πληροί αφ' εαυτού το υποκριτήριο (β) του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης που αφορά στην μη ύπαρξη ζημιογόνων χρήσεων κατά τα έτη 2016,2017,2018 νομίμως δύναται και αυτοτελώς να στηριχθεί σε ικανότητα τρίτου για την πλήρωση του αλλά δοθείσας της από κοινού ρητά προβλεπόμενης στη διακήρυξη ευθύνης τους, ο στηρίζων θα πρέπει να παρέχει και τους αναγκαίους πόρους τους οποίους δεν διαθέτει κατά τα στοιχεία του φακέλου ο προσφεύγων προκειμένου να μην καταστεί η από κοινού ευθύνη κατά ρητή πρόβλεψη και απαίτηση της διακήρυξης άνευ αντικειμένου, γεγονός το οποίο και θα συντρέξει, κατά τα διδάγματα της κοινής λογικής, εάν ιδωθεί μεμονωμένα η πλήρωση του υποκριτηρίου β' του άρθρου 2.2.5 σε σχέση με τις ζημίες του εκάστοτε προσφέροντος και εν προκειμένω του προσφεύγοντος.

Δηλαδή, όπως βασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων, η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του εκάστοτε προσφέροντος οικονομικού φορέα κρίνεται εν όλω, ήτοι στο σύνολο της υποβληθείσας προσφοράς μεταξύ προσφέροντος και στηρίζοντος για το επίμαχο κριτήριο. Εάν δε ήθελε γίνει δεκτή η αντίθετη άποψη τότε θίγεται ο **πυρήνας** του οικείου κριτηρίου ποιοτικής επιλογής που συνίσταται στη διασφάλιση εκ μέρους της αναθέτουσας αρχής ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης, κατά την ακριβή διατύπωση του άρθρου 75 ν.4412/2016, όπως ομοίως βασίμως ισχυρίζεται ο παρεμβαίνων και η αναθέτουσα αρχή. Εξάλλου, το οικείο κριτήριο τέθηκε για τον ως άνω λόγο και όχι εικονικά, τυπικά ή πλασματικά, γεγονός σαφές στο μέσο επιμελή υποψήφιο, περίπτωση που θα συντρέξει εάν γίνουν δεκτοί οι ισχυρισμοί του προσφεύγοντος. Επομένως, δοθέντος ότι σύμφωνα με τα στοιχεία του φακέλου που ουδείς αμφισβητεί, ο προσφεύγων κατά το έτος 2016 εμφανίζει ζημία ύψους -3.430.476,21€ (μετά φόρων) και ζημία -3.492.064,03€ (πρό φόρων και τόκων) και στηρίζεται αυτοτελώς για το κριτήριο 2.2.5 περ. β στην ικανότητα της εταιρείας «*****» η οποία παρουσιάζει κερδοφορία και στα τρία έτη και εν προκειμένω κατά το έτος 2016 κέρδη 112.532,62€ (προ φόρων), δεν προκύπτει ότι πληρούνται εν τοις πράγμασι το οικείο κριτήριο επιλογής, όπως ομοίως βασίμως ισχυρίζεται η αναθέτουσα αρχή και ο παρεμβαίνων, απορριπτόμενων των οικείων ισχυρισμών του προσφεύγοντος και τούτο διότι ναι μεν δεν προκύπτει απαίτηση για συγκεκριμένο ύψος κερδοφορίας των τρίτων, στους οποίους στηρίζονται οι οικονομικοί φορείς ανά χρήση (2016, 2017, 2018), ως ισχυρίζεται ο προσφεύγων, ωστόσο εφόσον η αναθέτουσα αρχή απαίτησε ρητά να μην υφίστανται ζημίες σε συνδυασμό με την εις ολόκληρο ευθύνη τους, καθίσταται σαφές σε οιονδήποτε μέσο επιμελή υποψήφιο ότι ο στηρίζων θα πρέπει να μπορεί να καλύψει τις εν λόγω ζημίες προς πλήρωση του επίμαχου κριτηρίου, ήτοι κατόπιν συμψηφιστικής θεώρησης των οικείων ισολογισμών, κατ' αυτόν τον τρόπο και μόνο πληρούνται το οικείο κριτήριο με αντικειμενικότητα και αποφυγή διακρίσεων, ειδάλλως εν τοις πράγμασι οι προσφορές σαφέστατα δεν καθίστανται συγκρίσιμες ως προς την κάλυψη του εν λόγω κριτηρίου

ποιοτικής επιλογής κατά προφανή παραβίαση της αρχής της διαφάνειας και της ίσης μεταχείρισης, παρά τους περί του αντιθέτου ισχυρισμούς του προσφεύγοντος, ούτε βέβαια δύναται βασίμως να υποστηριχθεί ότι αναθέτουσα Αρχή στηρίζει τον αποκλεισμό του προσφεύγοντος σε κριτήριο το οποίο δεν προβλέπεται από την Διακήρυξη καθόσον σε κάθε περίπτωση η μη ύπαρξη ζημίας ελέγχεται στο σύνολο της υποβληθείσας προσφοράς για το επίμαχο κριτήριο μεταξύ δανείζοντος και δανειζόμενου ως και για τον προσφέροντα ο οποίος υποβάλλει αυτοτελώς. Συνεπώς, γίνονται δεκτοί οι ισχυρισμοί της αναθέτουσας αρχής και του παρεμβαίνοντος απορριπτόμενων των ισχυρισμών του προσφεύγοντος.

26. Επειδή, γίνεται δεκτή η εισήγηση.

27. Επειδή, κατόπιν των ανωτέρω η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πρέπει να απορριφθεί.

28. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, το παράβολο που κατέθεσε ο προσφεύγων πρέπει να καταπέσει (άρθρο 363 Ν.4412/2016).

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προδικαστική προσφυγή.

Δέχεται την παρέμβαση.

Διατάσσει την κατάπτωση του παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στις 30.10.2020 και εκδόθηκε στις 05.11.2020 στον Άγιο Ιωάννη Ρέντη.

Η Πρόεδρος

Χρυσάνθη Γ. Ζαράρη

Η Γραμματέας

Ελένη Λεπίδα