

ΤΜΗΜΑ ΕΒΔΟΜΟ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 7 Ιουνίου 2022, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Εβδόμου Τμήματος, Αργυρώ Μαυρομάτη και Ευαγγελία Σεραφή, Σύμβουλοι, Ευαγγελία Πασπάτη (εισηγήτρια) και Ιωάννης Νταλαχάνης, Πάρεδροι που μετέχουν με συμβουλευτική γνώμη.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας: Παραστάθηκε ο Αντεπίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο Ιωάννης Κάρκαλης, ως νόμιμος αναπληρωτής του Γενικού Επιτρόπου της Επικρατείας.

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

Για να αποφασίσει σχετικά με την από 21.4.2022 (Α.Β.Δ. 3999/21.4.2022) προσφυγή

Της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία ".....
....." (... Α.Ε.), με ΑΦΜ, που εδρεύει στα και εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία παραστάθηκε δια δηλώσεως του άρθρου 231 παρ. 1 του ν. 4700/2020 της πληρεξούσιας δικηγόρου της Χριστίνας Περάκη (ΑΜ/ΔΣΧανίων 402).

Το Ελληνικό Δημόσιο εκπροσωπείται νόμιμα από τον Υπουργό Οικονομικών, ο οποίος παραστάθηκε διά της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Μαρίας Γραμματικάκη.

Με την προσφυγή αυτή ζητείται η ανάκληση της Πράξης του Στ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Υπέρ της προσφεύγουσας εταιρείας και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης πράξης παρεμβαίνει ο Οργανισμός Αυτοδιοίκησης α΄ βαθμού με

την επωνυμία «Δήμος», που εδρεύει στα και εκπροσωπείται νόμιμα, ο οποίος παραστάθηκε διά της πληρεξουσίας δικηγόρου Φωτεινής Σάχνικα (ΑΜ/ΔΣΑ 13208) και κατέθεσε την από 6.6.2022 έγγραφη παρέμβαση.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Την πληρεξούσια δικηγόρο του παρεμβαίνοντος ζήτησε να γίνουν δεκτές η προσφυγή ανάκλησης και η υπέρ αυτής παρέμβαση.

Την δικαστική πληρεξούσια του Ελληνικού Δημοσίου, η οποία ζήτησε να γίνει δεκτή η προσφυγή ανάκλησης.

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας, ο οποίος πρότεινε να γίνει δεκτή η προσφυγή ανάκλησης υπό όρο.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση, το Δικαστήριο συνήλθε σε τηλεδιάσκεψη (βλ. άρθρο 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020).

Αφού άκουσε την εισήγηση της Παρέδρου Ευαγγελίας Πασπάτη

Μελέτησε τα στοιχεία του φακέλου

Σκέφθηκε σύμφωνα με το νόμο και αποφάσισε τα ακόλουθα:

1. Με την υπό κρίση προσφυγή, όπως οι λόγοι αυτής αναπτύσσονται με το από 10.6.2022 νομίμως κατατεθέν υπόμνημα, για την άσκηση της οποίας έχει καταβληθεί το προσήκον παράβολο (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό πληρωμής και κωδικό συναλλαγής της Τράπεζας), ζητείται η ανάκληση της Πράξης του Στ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης μεταξύ της προσφεύγουσας εταιρείας με την επωνυμία «.....» (.....) και της αναδόχου εταιρείας "....." για την ανάθεση της προμήθειας με τίτλο "Προμήθεια και Εγκατάσταση συστημάτων ελέγχου διαρροών

(τηλεέλεγχος-τηλεχειρισμός) στα υφιστάμενα δίκτυα μεταφοράς και διανομής νερού του Δήμου", προϋπολογιζόμενης δαπάνης 1.952.300,00 ευρώ (πλέον Φ.Π.Α.).

2. Η προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως και κατά τα λοιπά νομοτύπως, ενώ ομοίως παραδεκτός και με προφανές έννομο συμφέρον, ως κύριος των υπό προμήθεια συστημάτων ελέγχου, παρεμβαίνει ο ανωτέρω Δήμος, υπέρ της προσφεύγουσας εταιρείας και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης. Ως εκ τούτου, η προσφυγή ανάκλησης και η υπέρ αυτής παρέμβαση είναι τυπικά δεκτές και πρέπει να εξεταστούν ως προς τη νομική και ουσιαστική βασιμότητά τους.

3. Από τα στοιχεία του φακέλου της υπόθεσης προκύπτουν τα ακόλουθα πραγματικά περιστατικά:

3.1. Με την απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου εγκρίθηκε η υποβολή πρότασης για την υλοποίηση του έργου με τίτλο «ΕΡΓΑ ΒΕΛΤΙΩΣΗΣ ΔΙΚΤΥΩΝ ΥΔΡΕΥΣΗΣ ΔΗΜΟΥ, συνολικού προϋπολογισμού 2.898.532,00 ευρώ, προκειμένου να ενταχθεί και να χρηματοδοτηθεί από το Πρόγραμμα ΦΙΛΟΔΗΜΟΣ Ι - Άξονας Προτεραιότητας «Βελτίωση των υποδομών των δικτύων ύδρευσης». Με τη με αρ. πρωτ. απόφαση του Υπουργού Εσωτερικών εντάχθηκε το ως άνω έργο (βλ. Τεχνικό Δελτίο Έργου - Προμήθειας) και στη συνέχεια με τη με αρ. πρωτ. όμοια απόφαση μεταφέρθηκε στο Πρόγραμμα ΑΝΤΩΝΗΣ ΤΡΙΤΣΗΣ [βλ. την σύμβαση επενδυτικού δανείου, την απόφαση εγκριτική των όρων του δανείου του Δημοτικού Συμβουλίου και την όμοια του Διοικητικού Συμβουλίου του].

3.2. Στη συνέχεια, με την από 2.3.2021 υπογραφείσα προγραμματική σύμβαση μεταξύ του παρεμβαίνοντος Δήμου και της προσφεύγουσας (βλ. σχετ. την πράξη του Ε΄ Κλιμακίου), μεταβιβάστηκε η αρμοδιότητα υλοποίησης της ελεγχόμενης προμήθειας ως υποέργο του ευρύτερου έργου «Έργα Βελτίωσης Δικτύων Ύδρευσης Δήμου, από τον

πρώτο, λόγω έλλειψης σχετικής τεχνικής επάρκειας των υπηρεσιών του (βλ. άρθρο 44 του ν. 4412/2016 και 100 του ν.3852/2010), στη δεύτερη.

3.3. Σε εκτέλεση της ως άνω προγραμματικής, με το Πρακτικό της 07/2.6.2021 Συν. του Διοικητικού Συμβουλίου (ΔΣ) της ... ΑΕ (Θέμα 20) εγκρίθηκαν τα τεύχη δημοπράτησης και η διακήρυξη ανοικτού ηλεκτρονικού διεθνούς διαγωνισμού για την ανάδειξη αναδόχου της ελεγχόμενης προμήθειας που αφορά στα υφιστάμενα δίκτυα μεταφοράς και διανομής νερού του παρεμβαίνοντος, προϋπολογισμού 1.952.300,00 ευρώ και χρονικής διάρκειας 74 μηνών.

3.4. Με την διακήρυξη της, η οποία απεστάλη προς δημοσίευση στις στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ορίστηκε ότι αντικείμενο της προμήθειας είναι Α. Προμήθεια – Εγκατάσταση & 2μηνια δοκιμαστική λειτουργία, με προϋπολογισμό 1.934.300,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ, Β. Υπηρεσία – Συντήρηση για 5 έτη – 60 μήνες - με προϋπολογισμό 18.000,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ [βλ ειδικότερα το Παράρτημα ΙΙ της διακήρυξης "Προϋπολογισμός Μελέτης", όπου η προϋπολογιζόμενη δαπάνη τόσο για την προμήθεια όσο και για τις προς ανάθεση υπηρεσίες αναλύεται σε 18 πίνακες ανά τοπικό σταθμό ελέγχου και δίκτυο (Α.Τ.1 έως Α.Τ. 16), σε κάθε ένα από τους οποίους προσδιορίζονται τα προς εγκατάσταση υλικά, η τιμή μονάδας εκάστου υλικού, οι προς ανάθεση υπηρεσίες (Α.Τ. 17-Α.Τ. 18) με μονάδα μέτρησης και αντίστοιχη τιμή μονάδος, αριθμητικά στοιχεία τα οποία στη συνέχεια αθροίζονται και προκύπτει η προϋπολογιζόμενη δαπάνη για κάθε εγκατάσταση και από το άθροισμα του συνόλου των πινάκων (Α.Τ.1-Α.Τ. 18) προκύπτει το σύνολο της ως άνω προϋπολογιζόμενης δαπάνης της διακήρυξης]. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής (άρθρα 1.3, 2.3.1). Αναφορικά με την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια στο άρθρο 2.2.5. ορίστηκε ότι «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να διαθέτουν: • πιστοληπτική ικανότητα, η οποία βεβαιώνεται από τράπεζα μέσω γενικό ετήσιο κύκλο εργασιών για τα τρία τελευταία οικονομικά έτη (2017, 2018, 2019) κατ’

ελάχιστον ίσο με 25% του προϋπολογισμού 1.952.300,00 *25%=448.075,00 ευρώ». Περαιτέρω, στο άρθρο 2.2.9.2. " Αποδεικτικά μέσα" ορίστηκε ότι « (...) Β.3. Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν: α) ... β) οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων ή ισολογισμούς ή οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο των τριών τελευταίων ετών, ήτοι 2017-2018-2019. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο (...)».

3.5. Μέχρι την ορισθείσα καταληκτική ημερομηνία (2.8.2021), υπέβαλαν προσφορές τέσσερις (4) οικονομικοί φορείς, εκ των οποίων απορρίφθηκαν δικαιολογημένα οι προσφορές δύο εξ αυτών (λόγω μη προσκόμισης εγγυητικής επιστολής συμμετοχής), με αποτέλεσμα την ανάθεση της ελεγχόμενης σύμβασης στην εταιρεία, η προσφορά της οποίας βαθμολογήθηκε με συνολική βαθμολογία 105,50, το δε προσφερόμενο συμβατικό τίμημα ανήλθε στο ποσό των 1.893.656,00 ευρώ πλέον ΦΠΑ, χωρίς να έχουν ασκηθεί κατά του κύρους της διαδικασίας ανάθεσης προδικαστικές προσφυγές και λοιπά ένδικα βοηθήματα.

4. Με την προσβαλλόμενη Πράξη κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος σχεδίου σύμβασης για τους εξής λόγους: **α)** Κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 277 του εφαρμοζόμενου εν προκειμένω Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α', 147) - δεδομένου ότι ως προς την ελεγχόμενη προμήθεια ο Δήμος είναι, κατά την έννοια των άρθρων 222, 223 και 230 του ως άνω Βιβλίου, αναθέτουσα Αρχή που δραστηριοποιείται στην παροχή και λειτουργία σταθερού δικτύου που έχει ως στόχο να παρέχει στο κοινό υπηρεσίες στους τομείς της μεταφοράς και της διανομής πόσιμου ύδατος, καθώς και στην τροφοδότηση του δικτύου αυτού με πόσιμο ύδωρ- ελλείπει η τεκμηρίωση του προϋπολογισμού εκάστου των υπό προμήθεια ειδών (ενδεικτικά έρευνα αγοράς ή

ομοίου περιεχομένου συμβάσεων προς τον λυσιτελή καθορισμό της τιμής μονάδας εκάστου είδους). **β)** Κατά παράβαση των διατάξεων του άρθρου 311 παρ. 1,2 και 5 του ίδιου ως άνω Βιβλίου δεν υφίσταται λεκτική αιτιολόγηση της βαθμολόγησης των τεχνικών προσφορών των συμμετασχόντων οικονομικών φορέων, γεγονός που συνεπάγεται την αδυναμία της ελεγκτικής διακρίβωσης της συμφωνίας αυτών, ανά τεθέν κριτήριο αξιολόγησης προς τις τεθείσες τεχνικές προδιαγραφές. Και, **γ)** Μη νομίμως με τη διακήρυξη τέθηκε ως κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας (μέσος γενικός κύκλος εργασιών), διότι αυθαίρετα, χωρίς τη συνδρομή λόγου δημοσίου συμφέροντος, εξαιρέθηκε από τα έτη αναφοράς των απαιτούμενων αποδεικτικών μέσων προς τεκμηρίωση κάλυψης από τους προσφέροντες του ανωτέρω κριτηρίου επιλογής, το τελευταίο έτος (2020) πριν τη δημοσίευση της διακήρυξης της ελεγχόμενης προμήθειας, με αποτέλεσμα αφενός να περιορίζεται ο ανταγωνισμός μόνο μεταξύ των οικονομικών φορέων που διαθέτουν την απαιτούμενη οικονομική επάρκεια κατά τα έτη αυτά και αφετέρου να αποκλείεται η συμμετοχή στο διαγωνισμό οικονομικών φορέων που έχουν αποκτήσει τη ζητούμενη οικονομική επάρκεια κατά το προηγούμενο της έκδοσης της διακήρυξης του διαγωνισμού έτος, επομένως, έχουν οικονομική επάρκεια σε χρόνο εγγύτερο προς τον χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης.

5. Ως προς το εφαρμοζόμενο εν προκειμένω νομοθετικό πλαίσιο, το Δικαστήριο κρίνει κατά πλειοψηφία ότι από το συνδυασμό **(i)** των διατάξεων του άρθρου 230 του ν. 4412/2016 (Α' 147), στο οποίο ορίζεται: «1. Όσον αφορά στο νερό, οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου (άρθρα 222 έως 338) εφαρμόζονται στις ακόλουθες δραστηριότητες: α) στην παροχή ή δημιουργία σταθερών δικτύων που έχουν ως στόχο να παρέχουν στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της παραγωγής, της μεταφοράς ή της διανομής πόσιμου ύδατος β) την τροφοδότηση των εν λόγω δικτύων με πόσιμο ύδωρ. 2. Οι διατάξεις του παρόντος Βιβλίου εφαρμόζονται επίσης στις συμβάσεις που ανατίθενται ή στους διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από αναθέτοντες φορείς οι οποίοι ασκούν δραστηριότητα οριζόμενη στην παράγραφο 1, και που συνδέονται με ένα από τα ακόλουθα: α) έργα

υδραυλικής μηχανικής, άρδευσης ή αποστράγγισης, εφόσον ο όγκος του ύδατος που προορίζεται για την τροφοδότηση με πόσιμο ύδωρ υπερβαίνει το 20% του συνολικού όγκου ύδατος που παράγεται από τέτοια έργα ή εγκαταστάσεις άρδευσης ή αποστράγγισης β) την αποχέτευση και επεξεργασία λυμάτων. 3 (...)), (ii) της αιτιολογικής σκέψης 24 της Οδηγίας 2014/24 του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου της 26^{ης} Φεβρουαρίου 2014 «σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών (...) και την κατάργηση της Οδηγίας 2014/17» (ΕΕ L), στη οποία ορίζεται ότι «[ο]ι αναθέτοντες φορείς που δραστηριοποιούνται στον τομέα του πόσιμου ύδατος μπορούν επίσης, να πραγματοποιούν και άλλες δραστηριότητες σχετικά με τα ύδατα, όπως έργα στον τομέα της υδραυλικής, μηχανικής, αρδευτικά ή αποστραγγιστικά έργα ή έργα αποχέτευσης και επεξεργασίας λυμάτων. Στην περίπτωση αυτή οι αναθέτοντες φορείς πρέπει να είναι σε θέση να εφαρμόσουν τις διαδικασίες για τις προμήθειες που προβλέπονται στην παρούσα οδηγία για όλες της δραστηριότητές του που είναι σχετικές με τα ύδατα, όποιο τμήμα του κύκλου του ύδατος και να αφορούν» και (iii) των διατάξεων του άρθρου 3 του ν. 4138/2013 (Α' 72) με το οποίο συγχωνεύθηκαν αφενός το νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου με την επωνυμία «.....» (..... και αφετέρου το νομικό πρόσωπο ιδιωτικού δικαίου «.....» (.....) στη νέα εταιρεία με την επωνυμία «.....» (.....), και της απόφασης του Υπουργού Υποδομών, Μεταφορών και Δικτύων περί έγκρισης του Κανονισμού της (Β' ...), με τις οποίες ορίσθηκε ότι η νέα εταιρεία, η οποία δραστηριοποιείται στην περιοχή της και εδρεύει στον Δήμο, είναι επιχείρηση κοινής ωφέλειας, λειτουργεί χάριν του δημοσίου συμφέροντος, διέπεται από τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας, το μετοχικό της κεφάλαιο ανήκει σε ποσοστό 51% στο Ελληνικό Δημόσιο και οι οικείες ονομαστικές μετοχές είναι αμεταβίβαστες, τελεί υπό την εποπτεία του Υπουργείου Υποδομών Μεταφορών και Δικτύων, το διοικητικό της συμβούλιο ορίζεται κατά πλειοψηφία από τον εποπτεύοντα Υπουργό

και μεταξύ των αρμοδιοτήτων της συγκαταλέγεται «η ανάληψη, συντήρηση, λειτουργία, διοίκηση, διαχείριση και εμετάλλευση έργων εγγείων βελτιώσεων και η αξιοποίηση και εκμετάλλευση υδάτινων πόρων, καθώς και υγρών αποβλήτων», συνάγονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: Η αποτελεί δημόσια επιχείρηση σύμφωνα με τα κριτήρια που τίθενται στο άρθρο 224 παρ. 2 του ν. 4412/2016, λειτουργούσα χάριν του δημοσίου συμφέροντος με βάση τους κανόνες της ιδιωτικής οικονομίας και δραστηριοποιούμενη, σύμφωνα με τους καταστατικούς της σκοπούς, πλην άλλων και στον τομέα του πόσιμου ύδατος εν γένει στην περιοχή της Τούτου δοθέντος, αποτελεί αναθέτοντα φορέα σύμφωνα με το άρθρο 224 παρ.1 του ίδιου νόμου, στον οποίο έχουν ανατεθεί δραστηριότητες αξιοποίησης των υδάτινων πόρων τηςκαι συνεπώς οφείλει να εφαρμόζει το Βιβλίο II του ν. 4412/2016 σε όλες τις συμβάσεις που συνάπτει σχετικά με τα ύδατα (βλ. την αιτιολογική σκ. 24). Σε αυτές περιλαμβάνονται και αυτές που συνεχονται με την παροχή πόσιμου ύδατος όπως η επίμαχη εν προκειμένω, που αφορά σε προμήθεια εξοπλισμού απομακρυσμένου ελέγχου και διαχείρισης του δικτύου ύδρευσης και η σχετική αρμοδιότητα ανάθεσης και εκτέλεσής της, η οποία ανήκε αποκλειστικά στον παρεμβαίνοντα Δήμονομίμως μεταβιβάστηκε με την προαναφερόμενη προγραμματική σύμβαση στην προσφεύγουσα, λόγω έλλειψης τεχνικής επάρκειας του πρώτου και γενικής αρμοδιότητας επί υδάτινων πόρων της δεύτερης.

6. Μειοψήφησε η Σύμβουλος Αργυρώ Μαυρομάτη, η οποία διατύπωσε την ακόλουθη γνώμη, με την οποία συντάχθηκαν και οι Πάρεδροι Ευαγγελία Πασπάτη και Ιωάννης Νταλαχάνης: Από τις διατάξεις του άρθρου 7 του ν. 4412/2016 που οριοθετεί το πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου I έναντι του Βιβλίου II και του άρθρου 238 του ως άνω νόμου, το οποίο ορίζει ότι το Βιβλίο II δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις που συνάπτουν οι αναθέτοντες φορείς με σκοπούς άλλους από την άσκηση των δραστηριοτήτων που ορίζονται στα άρθρα 228 έως 234 του νόμου αυτού, συνάγεται, πλην άλλων, ότι στο Βιβλίο II εμπίπτουν οι συμβάσεις που καλύπτουν την οριζόμενη στο άρθρο 235 αξία και οι οποίες α) αφενός συνάπτονται στον τομέα μίας εκ των δραστηριοτήτων που αναφέρονται ρητώς στα άρθρα 228-234

του εν λόγω Βιβλίου ΙΙ ή εξυπηρετούν αμέσως την άσκηση των δραστηριοτήτων αυτών και β) αφετέρου ανατίθενται και διοργανώνονται από αναθέτοντες φορείς που ασκούν κατά νόμο δραστηριότητα αναφερόμενη στα παραπάνω άρθρα. Κατόπιν των ανωτέρω, ο επίδικος διαγωνισμός, αν και αφορά δραστηριότητα που εμπίπτει στον τομέα της τροφοδότησης σταθερού δημόσιου δικτύου με πόσιμο ύδωρ, καθώς και της μεταφοράς και διανομής του, σύμφωνα με το άρθρο 230 παρ.1 του ν. 4412/20016, εντούτοις δεν υπάγεται στο πεδίο εφαρμογής του Βιβλίου ΙΙ του ως άνω νόμου (οδηγία 2014/25/ΕΕ). Τούτο, διότι ο αναθέτων φορέας δεν ασκεί ο ίδιος δραστηριότητα σχετική με τον ως άνω τομέα (την ασκεί ο Δήμος), αφού, σύμφωνα με το άρθρο 3 του συστατικού του νόμου 4138/2013 (Α'72), στους σκοπούς του, μεταξύ άλλων, περιλαμβάνεται "ι) η εκπόνηση των πάσης φύσεως προγραμμάτων ανάπτυξης της Περιφέρειας, ι) (...), ιι) η μελέτη, επίβλεψη και εκτέλεση ενός ή περισσότερων έργων και προγραμμάτων ανάπτυξης καθώς και την παροχή πάσης φύσεως υπηρεσιών οποιουδήποτε είδους, δυνάμει προγραμματικών συμβάσεων του άρθρου 100 του ν. 3852/2010, ιν) (...), ν) η ανάληψη συντήρηση λειτουργία...έργων εγγείων βελτιώσεων και η αξιοποίηση και εκμετάλλευση υδάτινων πόρων καθώς και υγρών αποβλήτων, νι)(...)" (βλ. και όμοια διάταξη στο άρθρο 4 της υπ'αριθμ. απόφασης του Υπουργού ΥΠΟ.ΜΕ.ΔΙ. περί έγκρισης του καταστατικού της), η δε δραστηριοποίηση του ως άνω φορέα στην "εκμετάλλευση υδάτινων πόρων" παρίσταται άκρως γενική, προκειμένου βάσει αυτής να εφαρμοστούν στην ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία που αυτός διεξάγει οι διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ (οδηγία 2014/25/ΕΕ) έναντι αυτών του Βιβλίου Ι (οδηγία 2014/24/ΕΕ). Τούτο, διότι η σχέση μεταξύ των ανωτέρω οδηγιών - γενική ισχύς της οδηγίας 2014/24/ΕΕ και περιορισμένη ισχύς της οδηγίας 2014/25/ΕΕ - επιβάλλει τη στενή ερμηνεία των διατάξεων της οδηγίας 2014/25/ΕΕ ως προς τους τομείς στους οποίους αυτή εφαρμόζεται. Συνεπώς, κατά τη μειοψηφούσα γνώμη, το Κλιμάκιο εσφαλμένα εφαρμόσε στην κρινόμενη περίπτωση τις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ του ν. 4412/2016 και ως προς την αντί τις αντίστοιχες του Βιβλίου Ι του νόμου αυτού (βλ.

Σ.τ.Ε. (ΕΑ) 109/2021, 48/2020, πρβλ. ΣτΕ (Ε.Α) 388/2016, 438/2013,857/2011,167/2009, Δ.Εφ.Θεσ/νίκης 208/2021. Η γνώμη αυτή δεν εκκράτησε.

7. Σε σχέση με την πρώτη διαπιστωθείσα από το Κλιμάκιο πλημμέλεια (σκ.4α), με την κρινόμενη προσφυγή και την υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση, προβάλλεται, κατ'ορθή εκτίμηση, ότι η προσβαλλόμενη Πράξη πρέπει να ανακληθεί διότι εκδόθηκε κατά πλάνη περί τα πράγματα, καθόσον στο πλαίσιο της χρηματοδότησης του έργου συντάχθηκε από ειδική επιτροπή που συστήθηκε με απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου το ήδη προσκομιζόμενο από 8.10.2018 "Πρακτικό Εξακρίβωσης Κόστους" με τα συνημμένα στοιχεία του (πίνακες και λοιπό αποδεικτικό υλικό-κλασέρ), από το οποίο προκύπτει ότι η εν λόγω επιτροπή προέβη σε έρευνα αγοράς για την εξακρίβωση των τιμών των υπό προμήθεια προϊόντων και αφού έλαβε υπόψη της όλα τα κρίσιμα στοιχεία (τιμές τιμοκαταλόγων του ΥΠΟΜΕΔΙ, προσφορές ή επίσημους τιμοκαταλόγους από τρεις τουλάχιστον αναγνωρισμένους προμηθευτές, προηγούμενες προσφορές που υποβλήθηκαν στο πλαίσιο διαγωνισμών προμηθειών ΔΕΥ. με αντίστοιχες τεχνικές προδιαγραφές) συνέταξε επιμέρους πίνακες κόστους των υπό προμήθεια ειδών βάσει των οποίων συντάχθηκε ο "Προϋπολογισμός Μελέτης Προμήθειας" ως συμβατικό τεύχος της διακήρυξης.

8. Η τεκμηρίωση του προϋπολογισμού, κατά τρόπο ειδικό και ορισμένο, με βάση τα ουσιώδη στοιχεία που λαμβάνονται υπόψη για την εκτίμηση του ύψους της προϋπολογιζόμενης δαπάνης για κάθε μία κατηγορία αγαθών, που αποτελούν αντικείμενο δημόσιας σύμβασης, εντάσσεται στο υποχρεωτικό περιεχόμενο του φακέλου δημόσιας σύμβασης (άρθρο 277 του ν. 4412/2016, όπως ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 112 του ν. 4782/2021, Α' 36), και ανάγεται σε στοιχείο νομιμότητας της διαδικασίας ανάθεσης της σύμβασης. Η ίδια υποχρέωση επιβάλλεται από την αρχή της χρηστής δημοσιονομικής διαχείρισης και την σύστοιχη αυτής αρχή της οικονομικότητας (άρθρο 33 περ. α' υποπερ. αα' του ν. 4270/2014 - Α' 143), ώστε, πέραν του σαφούς καθορισμού του οικονομικού αντικειμένου της

σύμβασης, να καθίσταται εφικτός ο έλεγχος του τρόπου υπολογισμού της προϋπολογιζόμενης δαπάνης, της έκτασης και του εύλογου χαρακτήρα της δημοσιονομικής επιβάρυνσης και συνακόλουθα της νόμιμης διάθεσης του δημοσίου χρήματος (πρβλ. ΕΣ Ολομ. 2137/2020, Έβδομο Τμήμα 2109, 1555/2021, Τμ. Μείζ. - Επταμ. Συνθ. 119/2020 VI Τμ. 1358/2020).

9. Το Δικαστήριο, από τα στοιχεία που περιέχονται στα έγγραφα σύμβασης, όπως μνημονεύονται στη σκέψη 3.4 σε συνδυασμό με τα αναφερόμενα στη σκέψη 8 ανωτέρω, λαμβάνοντας συμπληρωματικά υπόψη ότι η προμήθεια εντάχθηκε προς χρηματοδότηση σε ειδικό πρόγραμμα χορήγησης επενδυτικών δανείων από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων, μετέπειτα ειδικό αναπτυξιακό πρόγραμμα, το οποίο συνδέεται και με πόρους προερχόμενους από την Ευρωπαϊκή Τράπεζα Επενδύσεων (βλ. σχετ. απόφαση του Δ.Σ. περί υποβολής πρότασης ένταξης της υπό κρίση προμήθειας στο πρόγραμμα ΦΙΛΟΔΗΜΟΣ Ι και πρ. Ζ' Κλιμ. 782/2019) και προϋποθέτει ενδελεχή εξακρίβωση του εκτιμώμενου κόστους της πράξης προκειμένου να καθοριστεί το ποσό της χρηματοδότησης, κρίνει ότι ο προϋπολογισμός της σύμβασης είναι επαρκώς τεκμηριωμένος στα έγγραφά της, τούτο δε επιβεβαιώνεται περαιτέρω από τα προσκομιζόμενα με την προσφυγή ανάκλησης αποδεικτικά στοιχεία τα οποία, παρόλο που δεν διαβιβάστηκαν στο Κλιμάκιο, περιλαμβάνονταν εξ αρχής στον φάκελο της ελεγχόμενης προμήθειας. Επομένως, η διαπίστωση της προσβαλλόμενης πράξης που συνιστά τον πρώτο διακωλυτικό λόγο σύναψης του σχεδίου σύμβασης οφείλεται σε πλάνη περί τα πράγματα και πρέπει να γίνει δεκτός ο προβαλλόμενος λόγος της προσφυγής ως ουσία βάσιμος.

10. Αναφορικά με τη δεύτερη διαπιστωθείσα από το Κλιμάκιο πλημμέλεια που σχετίζεται με την έλλειψη λεκτικής αιτιολόγησης στο πρακτικό της Επιτροπής Διαγωνισμού για την τεθείσα ανά κριτήριο αξιολόγησης βαθμολογία των τεχνικών προσφορών των διαγωνιζομένων (σκ. 4β), η προσφεύγουσα και ο παρεμβαίνων Δήμος προβάλλουν ότι η προσβαλλόμενη Πράξη πρέπει να ανακληθεί, διότι εκδόθηκε, ομοίως, κατά πλάνη περί τα πράγματα. Τούτο δε, διότι υπήρχε εξ αρχής η

ήδη προσκομιζόμενη Α.Π. 11737/14.9.2021 εισήγηση αξιολόγησης των τεχνικών προσφορών των υποψηφίων με λεκτική αιτιολόγηση ανά κριτήριο ανάθεσης της τεθείσας βαθμολογίας που συνέταξε η τριμελής Επιτροπή Τεχνικής Συνδρομής (βλ. σχετ. την 11294/2.9.2021 πράξη συγκρότησής της του Διευθυντή Υδραυλικών Έργων της) αποτελούμενη από έμπειρα στελέχη για την υποβοήθηση της Επιτροπής του Διαγωνισμού στο έργο της. Η ως άνω εισήγηση μαζί με τον συνταχθέντα συγκεντρωτικό πίνακα βαθμολόγησης διαβιβάστηκαν στην Επιτροπή του Διαγωνισμού, με το ΑΠ 11745/14.9.2021 έγγραφο της Επιτροπής Τεχνικής Συνδρομής, και αποτελούν συνημμένα και αναπόσπαστα τμήματα του από 14.9.2021 πρακτικού της Επιτροπής του Διαγωνισμού περί τεχνικής αξιολόγησης και βαθμολόγησης των προσφορών, τα οποία εκ παραδρομής δεν υποβλήθηκαν ενώπιον του Κλιμακίου μαζί με τα λοιπά στοιχεία του φακέλου της διαγωνιστικής διαδικασίας.

11. Η αξιολόγηση (βαθμολόγηση) των τεχνικών προσφορών των οικονομικών φορέων που συμμετέχουν σε ανοικτό διαγωνισμό για την ανάθεση σύμβασης προμήθειας του ανωτέρω Βιβλίου ΙΙ, με κριτήριο κατακύρωσης (ανάθεσης) την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά με βάση τη βέλτιστη σχέση ποιότητας-τιμής, που προκύπτει, μεταξύ άλλων, και από τις σταθμισμένες - συνήθως με αντίστοιχο συντελεστή βαρύτητας - επιμέρους βαθμολογίες όλων των τιθέμενων στη διακήρυξη του διαγωνισμού κριτηρίων τεχνικής αξιολόγησης, πρέπει να είναι σαφώς, ειδικώς και εμπεριστατωμένως λεκτικά αιτιολογημένη (άρθρο 311 του ν. 4412/2016). Τούτο επιτυγχάνεται με την παράθεση στο πρακτικό (γνωμοδότηση) της επιτροπής του διαγωνισμού και στην αντίστοιχη απόφαση του αρμοδίου οργάνου του αναθέτοντος φορέα για την τεχνική αξιολόγηση, των συγκεκριμένων στοιχείων που έχουν ληφθεί υπόψη, αυτοτελώς και συγκριτικά, για τη βαθμολόγηση κάθε επιμέρους τεθέντος κριτηρίου αξιολόγησης. Έτσι δεν καταλείπεται αμφιβολία ως προς την ορθότητα κάθε συγκεκριμένης αλλά και της συνολικής σχετικής τεχνικής κρίσης, περαιτέρω, δε, καθίσταται εφικτός τόσο ο έλεγχος της νομιμότητας αυτής από το Ελεγκτικό Συνέδριο -το οποίο, πάντως, δεν

υπεισέρχεται στις σχετικές τεχνικές κρίσεις, περιοριζόμενο στον έλεγχο της μη υπέρβασης των άκρων ορίων της σχετικής διακριτικής ευχέρειας της οικείας αναθέτουσας Αρχής- όσο και η ενάσκηση του δικαιώματος υποβολής σχετικών αντιρρήσεων από τους λοιπούς διαγωνιζόμενους.

12. Με τα δεδομένα αυτά το Δικαστήριο κρίνει ότι, κατά τα βασίμως προβαλλόμενα με την προσφυγή και την παρέμβαση, η εντοπισθείσα από το Κλιμάκιο ελλείπουσα αιτιολογία της βαθμολογίας των τεχνικών προσφορών υφίστατο σε πρότερο της σύνταξης του από 14.9.2021 Πρακτικού τεχνικής αξιολόγησης της Επιτροπής του Διαγωνισμού χρόνο, αποτελούσε δε εξ αρχής αναπόσπαστο τμήμα αυτού και επικυρώθηκε μαζί με το εν λόγω Πρακτικό από το Δ.Σ. της προσφεύγουσας με τα Πρακτικά της 16ης Συν. /26.10.2021, όπως τούτο αποδεικνύεται από τα προσκομισθέντα έγγραφα. Επομένως, η διαπίστωση της προσβαλλόμενης πράξης που συνιστά τον δεύτερο διακωλυτικό λόγο σύναψης του σχεδίου σύμβασης οφείλεται σε πλάνη περί τα πράγματα και πρέπει να γίνει δεκτός ο προβαλλόμενος λόγος της προσφυγής ως ουσία βάσιμος.

13. Τέλος, αναφορικά με την τρίτη διαπιστωθείσα από το Κλιμάκιο πλημμέλεια (σκ. 4γ) αναφορικά με την τριετία αναφοράς του κριτηρίου οικονομικής- χρηματοοικονομικής επάρκειας που τέθηκε με τη διακήρυξη (άρθρο 2.2.5.) και την μη νόμιμη εξαίρεση του έτους 2020, με την κρινόμενη προσφυγή, όπως αυτή αναπτύσσεται και με το από 10.6.2022 υπόμνημα, και την παρέμβαση προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη Πράξη πρέπει να ανακληθεί, διότι εκδόθηκε κατά πλημμελή εφαρμογή των κρίσιμων διατάξεων του ν. 4412/2016 που διέπουν την υπόθεση. Ειδικότερα, προβάλλονται οι ακόλουθοι ισχυρισμοί: α) Η προσβαλλόμενη Πράξη παραγνωρίζει το γεγονός ότι δικαίωμα συμμετοχής στο διαγωνισμό είχαν τόσο φυσικά όσο και νομικά πρόσωπα, μεταξύ των οποίων είναι και κάθε μορφής εταιρείες, όπως Α.Ε, Ε.Π.Ε., Ι.Κ.Ε. κλπ. , η γενική συνέλευση των οποίων, σύμφωνα με το νόμο (άρθρο 119 παρ. του ν. 4548/2018, Α'1040, για τις ανώνυμες εταιρείες, άρθρο 69 του ν. 4072/2012 Α'86, για τις Ι.Κ.Ε. και άρθρο 10 του ν. 3190/1955, Α'91 για τις ΕΠΕ) συγκαλείται τουλάχιστον μία φορά το έτος, το αργότερο έως την 10η

Σεπτεμβρίου με αντικείμενο την έγκριση των ετήσιων χρηματοοικονομικών καταστάσεων και την εκλογή ελεγκτών (τακτική γενική συνέλευση). β) Ενόψει των ως άνω προβλέψεων, όταν εγκρίθηκε η διακήρυξη από το Δ.Σ. της στις και ορίστηκε η 2.8.2021 ως ημερομηνία παραλαβής προσφορών ήταν γνωστό στην αναθέτουσα Αρχή ότι οι γενικές συνελεύσεις των ανωτέρω νομικών προσώπων δεν θα είχαν συγκληθεί μέχρι τον ως άνω χρόνο υποβολής των προσφορών και επομένως δικαιολογημένα και όχι αυθαίρετα όρισε ως κρίσιμη τριετία αναφοράς αυτή των ετών 2017, 2018, 2019. γ) Εάν η διακήρυξη όριζε ως τριετία αναφοράς των κριτηρίων οικονομικής-χρηματοοικονομικής επάρκειας τα έτη 2018, 2019 και 2020 τούτο θα περιόριζε τον ανταγωνισμό καθώς θα ωφελούσε μόνο τα φυσικά πρόσωπα που δεν έχουν υποχρέωση να πραγματοποιήσουν γενική συνέλευση για έγκριση οικονομικών καταστάσεων. δ) Όσα ανωτέρω έλαβε υπόψη της ο αναθέτων Φορέας κατά την έγκριση των όρων της διακήρυξης επιβεβαιώθηκαν και μεταγενέστερα, αφού με το άρθρο 56 του ν. 4825/2021, Α'157, για το έτος 2021 η προθεσμία διεξαγωγής των Γενικών Συνελεύσεων των παραπάνω εταιρικών μορφών παρατάθηκε για ακόμη 50 ημερολογιακές ημέρες με αντίστοιχη παράταση των προθεσμιών για υποβολή των εγκεκριμένων οικονομικών καταστάσεων στο ΓΕΜΗ. ε) Σε κάθε περίπτωση, λαμβανομένης υπόψη και της σχετικής πρότασης του Γενικού Επιτρόπου, η διαπιστωθείσα με την προσβαλλόμενη Πράξη ως άνω πλημμέλεια είναι δεκτική συμπλήρωσης. Στο πλαίσιο αυτό, ζητήθηκε από τον ανάδοχο και την δανείζουσα σ' αυτόν χρηματοοικονομική στήριξη εταιρεία με την επωνυμία "....." τη συμπλήρωση των αποδεικτικών μέσων για το επίμαχο κριτήριο επιλογής, οι οποίοι ανταποκρινόμενοι στην πρόσκληση κατέθεσαν δύο (2) υπεύθυνες δηλώσεις περί του γενικού μέσου κύκλου εργασιών τους κατά το έτος 2020, ενώ η εταιρεία "....." ως δανείζουσα στον ανάδοχο χρηματοοικονομική ικανότητα κατέθεσε και τις εγκεκριμένες από τη Γενική Συνέλευση αυτής οικονομικές καταστάσεις του έτους 2020 με βεβαίωση καταχώρησής τους στο ΓΕΜΗ. Κατόπιν των ανωτέρω στοιχείων, τα οποία και ήδη προσκομίζονται, αποδεικνύεται ότι ο

ανάδοχος πληροί και κατά το επίμαχο έτος 2020 το ζητούμενο από τη διακήρυξη κριτήριο χρηματοοικονομικής επάρκειας (2.2.5.) και, ως εκ τούτου η σχετική πλημμέλεια παρίσταται επουσιώδης.

14. Το προαναφερθέν Βιβλίο II του ν. 4412/2016 ορίζει, στο άρθρο 253 παρ. 1, ότι οι αναθέτοντες φορείς έχουν υποχρέωση να «αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και [να] ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας (...) [και] της προστασίας του ανταγωνισμού» και, περαιτέρω, στα άρθρα 305 παρ. 2 και 308 παρ. 1, ότι για τις συμβάσεις που εμπίπτουν στο Βιβλίο II μπορεί να γίνεται χρήση των κριτηρίων επιλογής που προβλέπονται στο άρθρο 75 του Βιβλίου I εφαρμόζοντας, ως προς τα αποδεικτικά μέσα κάλυψης των απαιτούμενων κριτηρίων, το άρθρο 80 του ίδιου Βιβλίου.

15. Στο πλαίσιο αυτό, το άρθρο 75 παρ. 1, 3, 4 και 5, ορίζει ότι οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική-χρηματοδοτική επάρκεια και τεχνική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης, που μαζί με τα κατάλληλα προς απόδειξή τους μέσα πρέπει να αναφέρονται στην προκήρυξη της σύμβασης. Ειδικότερα, στο άρθρο 80 ορίζεται, στην παρ. 4, ότι η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα «μπορεί, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται» με ένα ή περισσότερα από τα δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Μέρος I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' και ότι εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα δικαιολογητικά που ζητεί η αναθέτουσα αρχή, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο έγγραφο, το οποίο η αναθέτουσα αρχή κρίνει κατάλληλο, στη δε παρ. 5, ότι η τεχνική ικανότητα των οικονομικών φορέων «μπορεί να αποδεικνύεται» με έναν ή περισσότερους από τους τρόπους που αναφέρονται στο Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α) ανάλογα με τη φύση, την ποσότητα ή τη σπουδαιότητα και τη χρήση των έργων, των αγαθών ή των υπηρεσιών.

16. Συναφώς, στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α' του Βιβλίου Ι του ν. 4412/2016 ορίζεται: α) Στο Μέρος Ι ότι «Η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια του οικονομικού φορέα είναι δυνατόν, κατά κανόνα, να αποδεικνύεται με ένα ή περισσότερα από τα ακόλουθα δικαιολογητικά: α) (...) β) οικονομικές καταστάσεις ή αποσπάσματα οικονομικών καταστάσεων, στην περίπτωση που η δημοσίευση των οικονομικών καταστάσεων απαιτείται από τη νομοθεσία της χώρας όπου είναι εγκατεστημένος ο οικονομικός φορέας γ) δήλωση περί του ολικού ύψους του κύκλου εργασιών και, κατά περίπτωση του κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που αποτελεί το αντικείμενο της σύμβασης, για τις τρεις τελευταίες οικονομικές χρήσεις κατ' ανώτατο όριο, συναρτήσει της ημερομηνίας σύστασης του οικονομικού φορέα ή έναρξης των δραστηριοτήτων του, εφόσον είναι διαθέσιμες οι πληροφορίες για τον εν λόγω κύκλο εργασιών.(...)».

17. Από τις διατάξεις που εκτέθηκαν στις σκέψεις 14 έως 16 συνάγονται, μεταξύ άλλων, τα εξής: **(i)** Κατά τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων στον τομέα του ύδατος, ο αναθέτων φορέας έχει τη δυνατότητα να θέσει με τα έγγραφα της σύμβασης κριτήρια ποιοτικής επιλογής των υποψηφίων και δη κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας. Σε περίπτωση που επιλέξει να χρησιμοποιήσει τα κριτήρια επιλογής που παρατίθενται στο άρθρο 75 του ν. 4412/2016 (απαίτηση ύπαρξης ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών) τότε η πλήρωση αυτών αποδεικνύεται με τα αποδεικτικά μέσα και τους κανόνες απόδειξης που καθορίζονται στα άρθρα 79 και 80 του ίδιου νόμου. **(ii)** Σύμφωνα με τη νομολογία του Δικαστηρίου (Ολομ. ΕλΣυν 180/2022, 1136/2021, ΕλΣυν Έβδομο Τμ. 949, 576, 354/2022) η κατά το άρθρο 75 του ν. 4412/2016 και προς απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των υποψηφίων οικονομικών φορέων απαίτηση της αναθέτουσας αρχής για τη συνδρομή ενός ελάχιστου ετήσιου κύκλου εργασιών αναφέρεται στην πλησιέστερη στον χρόνο έκδοσης της διακήρυξης του διαγωνισμού οικονομική χρήση ή έτος, δυνάμενη, κατ' επιλογή της αναθέτουσας αρχής να εξικνείται σε βάθος έως και τριών ετών κατ' ανώτατο όριο, ώστε να διασφαλίζεται η όσο το δυνατόν εγγύτερη στον χρόνο εκτέλεσης της σύμβασης οικονομική επάρκεια

του υποψηφίου αναδόχου. Συνεπώς, ο όρος της διακήρυξης, με τον οποίο επιλέγονται ως έτη αναγωγής για την απόδειξη του απαιτούμενου ύψους του γενικού κύκλου εργασιών και συνακόλουθα του κριτηρίου της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας των διαγωνιζόμενων οικονομικών φορέων αυτά που προηγούνται του τελευταίου πριν τη δημοσίευση της διακήρυξης, του τελευταίου εξαιρουμένου, είναι μη νόμιμος. Και τούτο, διότι περιορίζεται ο ανταγωνισμός μεταξύ των δυνητικά ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων μόνον σε εκείνους που πληρούν το κριτήριο κατά τα έτη που καθορίστηκαν ως κρίσιμα κατ' αποκλεισμό εκείνων που ενδεχομένως πληρούσαν το κριτήριο αυτό κατά το έτος που προηγείται του χρόνου δημοσίευσης της διακήρυξης, το οποίο, ως εγγύτερο του χρόνου διεξαγωγής του διαγωνισμού είναι και το πλέον πρόσφορο για τη διακρίβωση της καταλληλότητας των υποψηφίων. **(iii)** Ο καθορισμός από την αναθέτουσα αρχή της κρίσιμης τριετίας σε χρονική περίοδο που προηγείται του τελευταίου χρόνου πριν από τη δημοσίευση της διακήρυξης για τον λόγο ότι υπήρχαν διαθέσιμα και ασφαλή αποδεικτικά στοιχεία σχετικά με τον γενικό κύκλο εργασιών των διαγωνιζομένων (επειδή κατά το έτος που προηγείται της δημοσίευσης της διακήρυξης δεν είχαν οριστικοποιηθεί τα οικονομικά δεδομένα των υποψηφίων, καθόσον δεν είχε λήξει ακόμη η νόμιμη προθεσμία για την έγκριση και δημοσίευση των οικονομικών τους καταστάσεων και εκκρεμούσε η υποβολή φορολογικών δηλώσεων για το έτος αυτό), δεν συνιστά νόμιμο δικαιολογητικό λόγο, διότι, σύμφωνα με τις διατάξεις του Μέρους I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, η απαίτηση για την ύπαρξη ορισμένου ύψους κύκλου εργασιών μπορούσε να αποδειχθεί με δήλωση του οικονομικού φορέα (Ολομ. ΕλΣυν 180/2022, σκ. 20).

18. Μειοψήφησε η Σύμβουλος Αργυρώ Μαυρομάτη, η οποία ως προς τα κριτήρια οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, διατύπωσε την ακόλουθη γνώμη, με την οποία συντάχθηκαν και οι Πάρεδροι Ευαγγελία Πασπάτη και Ιωάννης Νταλαχάνης: Με τις μνημονευθείσες διατάξεις του άρθρου 80 παρ. 4 του ν. 4412/2016 παρέχεται στους αναθέτοντες φορείς ευρεία διακριτική ευχέρεια όσον αφορά στον προσδιορισμό των δικαιολογητικών που επιτρέπουν να καθορισθεί η

χρηματοδοτική και οικονομική ικανότητα των προσφερόντων (πρβλ. αποφάσεις ΔΕΕ, της 13.7.2017, C-76/2016, σκ. 32' της 18.10.2012, C-218/2011, σκ. 28-29). Τούτο ειδικότερα σημαίνει ότι οι αναθέτοντες φορείς μπορούν να κάνουν χρήση ενός ή όσων αποδεικτικών μέσων κρίνουν κατάλληλα, πρόσφορα και ανάλογα προς το αντικείμενο της σύμβασης εκ των περιλαμβανομένων στον ενδεικτικό κατάλογο του Μέρους I του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 (απόφαση ΔΕΕ της 7.9.2021, C-927/2019, σκ. 71), αλλά και άλλων, μη περιλαμβανομένων στον ως άνω μη περιοριστικό κατάλογο, εφόσον είναι αναγκαία και ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης και αναφέρονται με σαφήνεια στη διακήρυξη. Στο πλαίσιο αυτό, στην περίπτωση που οι αναθέτοντες φορείς, για την απόδειξη των κριτηρίων οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας επιλέγουν, θεωρώντας ως ασφαλέστερο και εγκυρότερο τρόπο απόδειξης, την προσκόμιση οικονομικών καταστάσεων, οι οποίες δεν αποτελούν αντικείμενο απλής δήλωσης αλλά συντάσσονται και δημοσιεύονται κατόπιν νομοθετημένου και αρμοδίας διεξαχθέντος οικονομικού ελέγχου, η χρονική περίοδος αναφοράς των αποδεικτικών μέσων για τα επιβαλλόμενα κριτήρια συναρτάται με τον χρόνο δημοσίευσης των οικονομικών καταστάσεων, καθόσον τότε τα ελεγχθέντα στοιχεία τους είναι διαθέσιμα. Σε αυτή την περίπτωση απαιτείται για την πλήρωση του κριτηρίου οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας η προσκόμιση των εγγύτερων προς τη δημοσίευση της διακήρυξης δημοσιευμένων οικονομικών καταστάσεων, καθόσον τότε τα ελεγχθέντα στοιχεία τους είναι διαθέσιμα. Εξάλλου, ο τιθέμενος συνήθως στις διακηρύξεις (βλ. και άρθρο 2.2.9.2. Β. 3. της ελεγχόμενης) όρος περί της δυνατότητας της αναθέτουσας αρχής να αποδέχεται από τους συμμετέχοντες οποιοδήποτε άλλο αποδεικτικό μέσο κρίνει κατάλληλο για την απόδειξη του μέσου γενικού κύκλου εργασιών σε περίπτωση που υπάρχει βάσιμος λόγος, εξαιτίας του οποίου κάποιος οικονομικός φορέας δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ζητούμενα δικαιολογητικά, ο οποίος τίθεται βάσει του άρθρου 80 παρ.4 εδ. β' του ν. 4412/2016, αφενός αφορά στο στάδιο της αξιολόγησης των υποβληθέντων δικαιολογητικών προκειμένου να διαπιστωθεί η πλήρωση του κριτηρίου χρηματοοικονομικής

επάρκειας και όχι στο στάδιο της υιοθέτησης με τη διακήρυξη των απαιτήσεων της αναθέτουσας αρχής και του καθορισμού των οικείων αποδεικτικών μέσων, σχετικά με τα οποία η ίδια διαθέτει ευρεία διακριτική ευχέρεια, αφετέρου αναφέρεται στα ίδια οικονομικά έτη για τα οποία ζητούνται και οι οικονομικές καταστάσεις από όσους μπορούν να τις υποβάλουν. Σε κάθε δε περίπτωση δεν θεσπίζεται ως εναλλακτικό αποδεικτικό μέσο, αλλά προβλέπεται ως επικουρικό τοιούτο όταν ο διαγωνιζόμενος εξαιτίας σοβαρών δυσχερειών δεν έχει τη δυνατότητα να αποκτήσει εντός των οριζόμενων προθεσμιών το προβλεφθέν αποδεικτικό μέσο (πρβλ. ΣτΕ 542/2021). Η γνώμη αυτή δεν εκράτησε.

19. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα και σύμφωνα με όσα εκτέθηκαν στη σκέψη 17, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα: Οι οικονομικές καταστάσεις για την απόδειξη του μέσου γενικού κύκλου εργασιών πρέπει να αναφέρονται στο αμέσως προηγούμενο της δημοσίευσης της διακήρυξης έτος και να εκτείνονται κατ' ανώτατο όριο σε βάθος τριετίας. Εν προκειμένω, η διακήρυξη απεστάλη για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων στις 18.6.2021. Δοθέντος ότι οι απαιτήσεις του αναθέτοντος φορέα αφορούσαν στην απόδειξη συγκεκριμένου μέσου γενικού ετήσιου κύκλου εργασιών, τα κρίσιμα έτη για τα οποία θα έπρεπε να ζητηθεί η υποβολή δημοσιευμένων οικονομικών καταστάσεων ήταν τα έτη 2018, 2019 και 2020. Η μη ύπαρξη δημοσιευμένων οικονομικών καταστάσεων (ήτοι του αποδεικτικού μέσου, το οποίο η επέλεξε για την ασφαλέστερη απόδειξη της χρηματοοικονομικής επάρκειας των υποψηφίων) κατά το έτος 2020, όπως αβάσιμα προβάλλεται με την προσφυγή, δεν συνιστά νόμιμο δικαιολογητικό λόγο παράλειψης του τελευταίου πριν από τη διακήρυξη έτους, διότι η ως άνω απαίτηση θα μπορούσε να αποδειχθεί με δήλωση των οικονομικών φορέων (Ολομ. ΕλΣυν 180/2022, σκ. 20) ή οποιοδήποτε άλλο έγγραφο έκρινε κατάλληλο η προσφεύγουσα. Περαιτέρω, δοθέντος ότι ο ασκούμενος από το Ελεγκτικό Συνέδριο προσυμβατικός έλεγχος νομιμότητας είναι αυτεπάγγελτος και καθολικός έλεγχος αντικειμενικής νομιμότητας της εκάστοτε διαδικασίας ανάθεσης, δεν ασκεί επιρροή η μη προσβολή, ως εν προκειμένω, των επίμαχων όρων της Διακήρυξης από τους ενδιαφερόμενους

οικονομικούς φορείς ή η μη υποβολή σχετικού αιτήματος διευκρίνισης αλλά και ο μη αποκλεισμός κατ' εφαρμογήν αυτών κάποιου προσφέροντα, όπως αβάσιμα διατείνεται η προσφεύγουσα με το υπόμνημά της (Ολομ. ΕλΣυν 1832/2021). Ενόψει τούτων, οι όροι των άρθρων 2.2.5 και 2.2.9.2. παρ. Β3 της Διακήρυξης, κατά το μέρος που από τη χρονική περίοδο αναφοράς των δικαιολογητικών που επιτρέπουν να καθορισθεί η οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια των προσφερόντων εξαιρούν το έτος 2020, είναι μη νόμιμοι, καθόσον αντίκεινται ευθέως στις προβλέψεις του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016, με τις οποίες ορίζεται ως περίοδος αναφοράς, για την απόδειξη της πλήρωσης του απαιτούμενου ελάχιστου κύκλου εργασιών, οι «τελευταίες» οικονομικές χρήσεις. Επιπροσθέτως, αντίκεινται στην αρχή της αναλογικότητας, καθόσον το ανωτέρω έτος ήταν το εγγύτερο έτος του χρόνου διενέργειας της διαδικασίας ανάθεσης των ελεγχόμενων συμβάσεων και άρα το πλέον πρόσφορο για τη διακρίβωση της καταλληλότητας των προσφερόντων ώστε να εξυπηρετείται πλήρως ο σκοπός της προσφεύγουσας, ενώ παραβιάζουν και τις αρχές της διαφάνειας και του ελεύθερου ανταγωνισμού, καθόσον δεν συντρέχει βάσιμος δικαιολογητικός λόγος για την ως άνω εξαίρεση, η οποία έτσι περιορίζει αδικαιολόγητα τη δυνατότητα υποβολής προσφοράς των δυνητικά ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων (βλ. Ελ.Συν. Ολ. 180/2022 σκ. 20, 21, 1832/2021 σκ. 26). Κατόπιν των ανωτέρω, ορθώς έγινε δεκτό με την προσβαλλόμενη Πράξη ότι μη νομίμως με τους ως άνω όρους της Διακήρυξης τέθηκε ως κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ο μέσος γενικός ετήσιος κύκλος εργασιών των ετών 2017, 2018, 2019, γεγονός που έπληξε κατά τα ανωτέρω την αντικειμενική ακεραιότητα της ελεγχόμενης διαδικασίας ανάθεσης της προμήθειας και, συνεπώς, συνιστά ουσιώδη νομική πλημμέλεια της εν λόγω διαδικασίας, παρά τα αντιθέτως προβαλλόμενα από την προσφεύγουσα. Εκ του λόγου δε τούτου, η ως άνω πλημμέλεια δεν δύναται να θεραπευτεί μόνο με τη μεταγενέστερη συμπλήρωση από τον ανάδοχο της ελεγχόμενης σύμβασης, και για το παραλειφθέν έτος 2020, των αποδεικτικών μέσων για το επίμαχο κριτήριο επιλογής,

απορριπτόμενου ως αλυσιτελώς προβαλλόμενου του σχετικού τελευταίου λόγου ανάκλησης (Ελ. Συν. αποφ. Εβδ. Τμ. 949/2022).

20. Μειοψήφησε η Σύμβουλος Αργυρώ Μαυρομάτη, η οποία διατύπωσε την ακόλουθη γνώμη, με την οποία συντάχθηκαν και οι Πάρεδροι Ευαγγελία Πασπάτη και Ιωάννης Νταλαχάνης: Η, ως αναθέτων φορέας, καθόρισε ως ελάχιστη απαίτηση χρηματοοικονομικής επάρκειας την ύπαρξη μέσου γενικού ετήσιου κύκλου εργασιών συγκεκριμένου ύψους κατά τα έτη 2017 – 2019 ορίζοντας ως αποδεικτικά μέσα την υποβολή οικονομικών καταστάσεων ή αποσπάσματος αυτών, τα οποία, ως εκ της φύσης τους, συναρτώνται με τον χρόνο της δημοσίευσής τους. Δοθέντος ότι η αποστολή της διακήρυξης για δημοσίευση στην Επίσημη Εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης έλαβε χώρα στις 18.6.2021, ο αναθέτων φορέας κατά τον χρόνο αυτό ήταν σε θέση να γνωρίζει ότι οι οικονομικές καταστάσεις για το οικονομικό έτος 2020 δεν είχαν εισέτι συνταχθεί και δημοσιευθεί και συνεπώς νομίμως απαίτησε ο μέσος γενικός κύκλος εργασιών των οικονομικών φορέων να αποδεικνύεται κατά την τριετία που προηγείται του έτους 2020, κατά το οποίο υπήρχαν δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις. Τα εν λόγω αποδεικτικά στοιχεία δεν αποτελούν αντικείμενο απλής δήλωσης των οικονομικών φορέων περί του ζητούμενου από τη διακήρυξη ύψους του μέσου γενικού ετήσιου κύκλου εργασιών, ως προς την οποία θα ήταν ευχερής και επιβεβλημένη η απαίτηση υποβολής στοιχείων της τελευταίας τριετίας πριν από τη δημοσίευση της διακήρυξης (Ελ. Συν. Ολομ. 180/2022, 1832/202, Έβδ. Τμ. 354/2022), αλλά συντάσσονται κατόπιν νομοθετημένου και αρμοδίως διεξαχθέντος λογιστικού (οικονομικού) ελέγχου και συναρτώνται με τον χρόνο σύνταξης και δημοσίευσής τους. Στην προκειμένη περίπτωση οι οικονομικές καταστάσεις ή τα αποσπάσματα αυτών κατά τα έτη 2017 έως 2019 ήταν πράγματι τα μόνα διαθέσιμα δημοσιευμένα οικονομικά στοιχεία κατά την τριετία που προηγείτο της δημοσίευσης της διακήρυξης και αποτελούν αντικειμενική ένδειξη περί της ύπαρξης επαρκούς οικονομικής και χρηματοοικονομικής βάσης για την καλή εκτέλεση της σύμβασης, ενώ η απαίτηση υποβολής αυτών δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου ούτε παραβιάζεται η

ανάπτυξη υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού εκ μόνου του λόγου ότι καθίσταται δυσχερής η συμμετοχή στον διαγωνισμό δυνητικών υποψηφίων που μπορούσαν να πληρούν τις απαιτήσεις περί του μέσου γενικού κύκλου εργασιών την εγγύτερη προς τη διακήρυξη τριετία (2018 – 2020) όχι όμως και το έτος 2017. Συνεπώς τα επιλεγέντα από την προσφεύγουσα αποδεικτικά μέσα (οικονομικές καταστάσεις), τα οποία αναφέρονται στην εγγύτερη προς τη διακήρυξη τριετία κατά την οποία υπήρχαν δημοσιευμένες οικονομικές καταστάσεις είναι νόμιμα και ο οικείος λόγος της προσφυγής βάσιμος. Η γνώμη αυτή δεν εκράτησε.

21. Μετά από όσα έγιναν δεκτά στις προηγούμενες σκέψεις και εφόσον παραμένει ο τρίτος διακωλυτικός λόγος υπογραφής του ελεγχόμενου σχεδίου σύμβασης, πρέπει η κρινόμενη προσφυγή να απορριφθεί και να μην ανακληθεί η προσβαλλόμενη Πράξη. Απορριπτόμενης της προσφυγής ανάκλησης, το παράβολο που κατατέθηκε για την άσκησή της πρέπει να καταπέσει υπέρ του Δημοσίου [άρθρα 310 παρ. 1 και 336 παρ. 1 της Δικ.Ελ.Συν. (ν. 4700/2020, Α' 127)].

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την προσφυγή ανάκλησης και την ασκηθείσα υπέρ αυτής παρέμβαση.

Δεν ανακαλεί την Πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Διατάσσει την κατάπτωση υπέρ του Δημοσίου του κατατεθέντος παραβόλου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε σε τηλεδιάσκεψη στις 14 Ιουνίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΠΑΡΕΔΡΟΣ
ΕΥΑΓΓΕΛΙΑ ΠΑΣΠΑΤΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του Δικαστηρίου (1ο Διακοπών) την 1^η Ιουλίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΜΑΡΙΑ ΒΛΑΧΑΚΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ