

ΤΜΗΜΑ ΕΒΔΟΜΟ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 2 Νοεμβρίου 2021, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Τμήματος, Ευαγγελία Σεραφή και Ιωάννης Καλακίκος, Σύμβουλοι, Ευαγγελία Πασπάτη και Ελένη Νικολάου, Πάρεδροι που μετέχουν με γνώμη συμβουλευτική.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας: Παραστάθηκε ο Αντεπίτροπος της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο Ιωάννης Κάρκαλης, που αναπληρώνει νόμιμα τη Γενική Επίτροπο της Επικρατείας, η οποία κωλύεται.

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού, δικαστική υπάλληλος Προϊσταμένη του Τμήματος.

Για να αποφασίσει σχετικά με:

A) Την από 14.10.2021 (Α.Β.Δ.) προσφυγή της εταιρίας με την επωνυμία (δ.τ. «.....», ΑΦΜ), που εδρεύει στο (οδός) και εκπροσωπείται νόμιμα, η οποία παραστάθηκε δια της πληρεξούσιας δικηγόρου της Βασιλικής Σπηλιοπούλου (ΑΜ/ΔΣ Αθηνών 32208), και

B) την από 15.10.2021 (Α.Β.Δ.) προσφυγή ανάκλησης της «Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης και Αποχέτευσης (ΔΕΥΑ)» (ΑΦΜ), που εδρεύει στην και εκπροσωπείται νόμιμα από τον Πρόεδρο του Διοικητικού Συμβουλίου της, ο οποίος παραστάθηκε μετά της πληρεξούσιου δικηγόρου Ελένης Χρήστου (ΑΜ/ΔΣ Θεσπρωτίας 76).

Με τις ανωτέρω προσφυγές επιδιώκεται η ανάκληση της Πράξης του Στ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Το Ελληνικό Δημόσιο εκπροσωπούμενο από τον Υπουργό Οικονομικών, παραστάθηκε δια της Παρέδρου του Νομικού Συμβουλίου του Κράτους Μαρίας Γραμματικάκη.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Την πληρεξούσια δικηγόρο της εταιρείας «.....», η οποία ζήτησε να γίνει δεκτή η ασκηθείσα από την εταιρεία προσφυγή ανάκλησης.

Την πληρεξούσια δικηγόρο της ΔΕΥΑ, η οποία ζήτησε να γίνει δεκτή η ασκηθείσα από την επιχείρηση προσφυγή, κατ' αποδοχή δε, υποβληθέντος κατ' άρθρο 333 παρ. 2 του ν.4700/2020, αιτήματος της εν λόγω δικηγόρου ο Διευθυντής της ΔΕΥΑ (αρ. δελτ. Α.Τ.), πολιτικός μηχανικός, παρείχε στο Δικαστήριο εξηγήσεις επί των τεχνικής φύσεως ζητημάτων της υπόθεσης, και

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος πρότεινε την απόρριψη των προσφυγών ανάκλησης.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση, το Δικαστήριο συνήλθε, κατ' εφαρμογή του άρθρου 295 παρ. 2 του ν.4700/2020, σε τηλεδιάσκεψη που διενεργήθηκε μέσω της δημόσιας υπηρεσίας e-presence.gov.gr.

Αφού άκουσε την εισήγηση του Συμβούλου Ιωάννη Καλακίκου

Μελέτησε τα στοιχεία του φακέλου

Σκέφθηκε σύμφωνα με το νόμο και αποφάσισε τα ακόλουθα:

1. Με την Πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου (στο εξής: προσβαλλόμενη Πράξη) έγινε δεκτό ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης –με αναθέτοντα φορά τη «ΔΕΥΑ» και ανάδοχο την εταιρεία «.....»– για την «Προμήθεια Η/Μ εξοπλισμού της υφιστάμενης Ε.Ε.Λ. της ΔΕΥΑ» (στο εξής: ελεγχόμενη σύμβαση).

2. Με τις κρινόμενες προσφυγές –για την άσκηση των οποίων, για την ΔΕΥΑ [στο εξής: προσφεύγων αναθέτων φορέας (Α.Φ.)] δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου [βλ. άρθρα 308 παρ. 3, 335 παρ. 1 και 336 παρ. 1 της

Δικονομίας του Ελ.Συν. (ν. 4700/2020, Α' 127, στο εξής Δικ.Ελ.Συν.), σε συνδυασμό με το άρθρο 276 παρ. 1 του «Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων» (ν.3463/2006, Α' 114), βλ. 2440/2020, σκ. 1 απόφ. του Τμήματος τούτου και εκεί παρατιθέμενη σχετική νομολογία], για τη δε εταιρεία «.....» (στο εξής: προσφεύγων ανάδοχος) έχει καταβληθεί το νόμιμο παράβολο (βλ. ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό πληρωμής) και οι οποίες, στρεφόμενες κατά της ίδιας πράξης Κλιμακίου Προσυμβατικού Ελέγχου, πρέπει, κατ' εφαρμογή του άρθρου 334 παρ. 4 της Δικ.Ελ.Συν., να συνεξετασθούν– ζητείται παραδεκτός η ανάκληση της προσβαλλόμενης Πράξης.

3. Από τα έγγραφα της διαδικασίας ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, προκύπτουν τα ακόλουθα:

A. Με την διακήρυξη (στο εξής: Διακήρυξη) του προσφεύγοντος Α.Φ. προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτής διαδικασίας, με χρήση της πλατφόρμας του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), για την ανάθεση της ελεγχόμενης σύμβασης, με κριτήριο την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει βέλτιστης σχέσης ποιότητας-τιμής. Η προϋπολογιζόμενη δαπάνη της ανέρχεται, χωρίς Φ.Π.Α., στο ποσό των 3.481.751,00 ευρώ, και χρηματοδοτείται με δάνειο από το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων που θα αποπληρώνεται από πόρους του Προγράμματος Δημοσίων Επενδύσεων στο πλαίσιο του προγράμματος "ΦΙΛΟΔΗΜΟΣ Ι". Το αντικείμενό της αφορά στην αποξήλωση και απομάκρυνση μέρους του υφιστάμενου ηλεκτρομηχανολογικού (Η/Μ) εξοπλισμού, λόγω παλαιότητας ή φυσιολογικής φθοράς μετά από είκοσι (20) χρόνια συνεχούς λειτουργίας, και την αντικατάστασή του, που περιλαμβάνει και τη θέση του σε λειτουργία, με όμοιο νέο σύγχρονο και αποδοτικότερο, για την βελτιστοποίηση της λειτουργίας της υφιστάμενης Εγκατάστασης Επεξεργασίας Λυμάτων (ΕΕΛ).

B. Υποβλήθηκαν δύο προσφορές, από τον προσφεύγοντα ανάδοχο και από τον οικονομικό φορέα «.....», η προσφορά του οποίου απορρίφθηκε με την αιτιολογία ότι δεν πληρούσε ορισμένες από τις τεχνικές προδιαγραφές και απαιτήσεις

της Διακήρυξης. Με την απόφαση της Αρχής Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) απορρίφθηκε η προδικαστική προσφυγή που άσκησε ο ως άνω αποκλεισθείς προσφέρων, τόσο ως προς τις προβαλλόμενες αιτιάσεις κατά της νομιμότητας του αποκλεισμού του, όσο και ως προς την αποδοχή της προσφοράς του προσφεύγοντος αναδόχου. Ειδικότερα, απορριπτέος κρίθηκε, μεταξύ άλλων, ο προβαλλόμενος ισχυρισμός περί μη πληρώσεως από τον προσφεύγοντα ανάδοχο του κριτηρίου τεχνικής και επαγγελματικής καταλληλότητας του άρθρου 2.2.6 της Διακήρυξης, διότι, όπως εκρίθη, λόγω σχετικής ασάφειας του όρου αυτού, δεν μπορούσε να αποκλεισθεί από τη διαδικασία ανάθεσης εκ μόνου του λόγου ότι δεν είχε επικαλεσθεί προς πλήρωση του σχετικού κριτηρίου μία σύμβαση, με προϋπολογισμό ίσο προς το 20% της εκτιμώμενης αξίας της ελεγχόμενης σύμβασης, αλλά περισσότερες συμβάσεις, συνολικού προϋπολογισμού ανώτερου του καθορισθέντος από τη Διακήρυξη κατωφλίου. Με την απόφαση της Επιτροπής Αναστολών του Συμβουλίου της Επικρατείας έγινε εν μέρει δεκτή η αίτηση αναστολής εκτέλεσης της ανωτέρω απόφασης της ΑΕΠΠ που άσκησε ο ως άνω αποκλεισθείς προσφέρων. Ειδικότερα, η αίτηση αυτή απορρίφθηκε κατά το μέρος που αφορούσε τη νομιμότητα απόρριψης της τεχνικής προσφοράς του, ενώ έγινε δεκτό ότι πιθανολογείται σοβαρά ότι μη νομίμως έγινε δεκτή η συμμετοχή στη διαδικασία ανάθεσης του προσφεύγοντος αναδόχου, καθόσον δεν πληρούσε το τεθέν με το άρθρο 2.2.6 της Διακήρυξης κριτήριο εμπειρίας, αφού καμία από τις επικαλούμενες εκτελεσθείσες απ' αυτόν πέντε (5) συμβάσεις, αυτοτελώς λαμβανόμενη, δεν υπερβαίνει το καθορισθέν από τη Διακήρυξη κατώφλι, του 20% του προϋπολογισμού της ελεγχόμενης σύμβασης. Εν συνεχεία, όμως, σύμφωνα με το Πρακτικό του Στ' Τμήματος του Συμβουλίου της Επικρατείας, ο ως άνω αποκλεισθείς προσφέρων παραιτήθηκε από την αίτηση ακύρωσης που είχε ασκήσει κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ.

Γ. Μετά την παραίτηση από την ασκηθείσα αίτηση ακύρωσης κατά της απόφασης της ΑΕΠΠ και την άρση του ανασταλτικού αποτελέσματος της απόφασης της Επιτροπής Αναστολών του ΣτΕ (βλ. άρθρο 372 παρ. 4 του ν.

4412/2016, όπως ίσχυε κατά τον κρίσιμο χρόνο), το αποτέλεσμα της διαδικασίας ανάθεσης κατακυρώθηκε στον προσφεύγοντα ανάδοχο, έναντι συμβατικού, χωρίς ΦΠΑ, ανταλλάγματος 3.446.933,49 ευρώ.

4. Ο διαπιστωθείς με την προσβαλλόμενη Πράξη διακωλυτικός της υπογραφής της ελεγχόμενης σύμβασης λόγος ανάγεται στην ερμηνεία και εφαρμογή του άρθρου 2.2.6.α της Διακήρυξης και αφορά στο ζήτημα αν, για την πλήρωση του τεθέντος με το εν λόγω άρθρο κριτηρίου τεχνικής ικανότητας, απαιτείται η επίκληση, αρκούτως προσδιορισμένη, τουλάχιστον μίας σύμβασης που, αυτοτελώς λαμβανόμενη, να υπερβαίνει το 20% του προϋπολογισμού της ελεγχόμενης σύμβασης.

5. Η ανάθεση της ελεγχόμενης δημόσιας σύμβασης προμήθειας, ως εκ της φύσεως του προσφεύγοντος Α.Α., του αντικειμένου της και του ύψους της εκτιμώμενης αξίας της, εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/25/ΕΕ «σχετικά με τις προμήθειες φορέων που δραστηριοποιούνται στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών» και, συνακόλουθα, στις διατάξεις του Βιβλίου ΙΙ (άρθρα 222 έως 338) του ν. 4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (Α' 147). Προβλέπει δε ο ν. 4412/2016, στο άρθρο 253 παρ. 1, ότι οι αναθέτοντες φορείς έχουν υποχρέωση τήρησης των γενικών αρχών που διέπουν τις διαδικασίες σύναψης των δημοσίων συμβάσεων και, συγκεκριμένα, ότι πρέπει να «(...) αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και [να] ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας (...) της προστασίας του ανταγωνισμού, της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης και [να] λαμβάνουν τα απαραίτητα μέτρα, ώστε να διασφαλίζεται η αποτελεσματικότητα των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων». Περαιτέρω, ορίζει, στο άρθρο 75, που κατά παραπομπή του άρθρου 305 παρ. 2 εφαρμόζεται και στις συμβάσεις του Βιβλίου ΙΙ, ότι τα κριτήρια επιλογής αναφέρονται στην καταλληλότητα των προσφερόντων για την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας, στην οικονομική και εν γένει χρηματοοικονομική

τους επάρκεια και την τεχνική και επαγγελματική τους ικανότητα και ότι οι αναθέτοντες φορείς καθορίζουν απαιτήσεις συμμετοχής «ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης» και ικανές να διασφαλίσουν ότι οι προσφέροντες διαθέτουν «τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της προς ανάθεση σύμβασης» (παρ. 1). Τα κριτήρια συμμετοχής, τα οποία «μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας», καθώς και τα κατάλληλα για την απόδειξη της πληρώσεώς τους μέσα, καθορίζονται στη διακήρυξη (παρ. 5). Ειδικώς, για την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, προβλέπεται ότι οι αναθέτοντες φορείς «μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για την εκτέλεση της σύμβασης σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας» (παρ. 4).

6. Η Διακήρυξη της ελεγχόμενης σύμβασης:

A. Στο άρθρο 2.2.6.α., στα κριτήρια επιλογής, όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, προέβλεπε ότι οι προσφέροντες απαιτείτο, μεταξύ άλλων: *«α) κατά τη διάρκεια της τελευταίας τριετίας (από 1/1/2016 έως την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού), να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον μία σύμβαση προμήθειας και εγκατάστασης Η/Μ εξοπλισμού σε υφιστάμενη και λειτουργούσα Ε.Ε.Λ. ή / και σε αντλιοστάσια λυμάτων, με προϋπολογισμό τουλάχιστο το 20% του προϋπολογισμού της παρούσας προμήθειας (προ Φ.Π.Α.). Υποχρεωτικά, οι παραπάνω συμβάσεις θα περιλαμβάνουν την προμήθεια ή αντικατάσταση ή αποκατάσταση - επισκευή σταθμού προεπεξεργασίας βοθρολυμάτων, φρεατίου άφιξης, αντλιοστασίου ανύψωσης, εξοπλισμού αντιδραστήρων ενεργού ιλύος και σταθεροποίησης πρωτοβάθμιας ιλύος, αντλιοστασίου πρωτοβάθμιας καθίζησης, δεξαμενές πρωτοβάθμιας και δευτεροβάθμιας καθίζησης, εγκαταστάσεων απολύμανσης, πινάκων ισχύος, ρυθμιστών στροφών (inverters), συστήματος βιομηχανικού αυτοματισμού (PLC-SCADA), μετασχηματιστών διανομής ισχύος (...)*».

B. Στο άρθρο 2.2.9.2.B.4., για την απόδειξη της ως άνω απαιτούμενης τεχνικής ικανότητας, προέβλεπε ότι οι προσφέροντες έπρεπε να προσκομίζουν:

«Υπεύθυνη δήλωση συνοδευόμενη απαραίτητως από πίνακα που θα περιλαμβάνει κατάλογο των κυριότερων συμβάσεων προμήθειας & εγκατάστασης Η/Μ εξοπλισμού σε υφιστάμενες λειτουργούσες Εγκαταστάσεις Επεξεργασίας Λυμάτων ή και αντλιοστασίων λυμάτων, όπως περιγράφεται στο άρθρο 2.2.6. Στη δήλωση και στον πίνακα θα αναφέρονται λεπτομερώς ο τίτλος και το ποσό των αντίστοιχων συμβάσεων που εκτελέστηκαν, το είδος και το μέγεθος των εγκαταστάσεων που αφορούν αυτές οι συμβάσεις, η χρονική διάρκεια και ο Εργοδότης, ο Ανάδοχος της σύμβασης (εφόσον πρόκειται περί Υπεργολαβίας). Ο κατάλογος θα πρέπει να υποβληθεί ενδεικτικά με την παρακάτω μορφή:

<i>A/A</i>	<i>ΣΤΟΙΧΕΙΑ ΕΡΓΟΛΟΓΗ</i>	<i>ΑΝΑΔΟΧΟΣ</i>	<i>ΤΙΤΛΟΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ</i>	<i>ΕΙΔΟΣ- ΜΕΓΕΘΟΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ</i>	<i>ΧΡΟΝΙΚΗ ΔΙΑΡΚΕΙΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ</i>	<i>ΠΟΣΟ ΣΥΜΒΑΣΗΣ</i>
1.						
2.						
3.						

7. Με την προσβαλλόμενη Πράξη κρίθηκε ότι με το ως άνω άρθρο 2.2.6.α της Διακήρυξης τίθεται ως προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό και η επιτυχής εκτέλεση, κατά την τριετία που προηγείται της διενέργειας του διαγωνισμού, μίας, τουλάχιστον, σύμβασης προμήθειας και εγκατάστασης ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού σε μονάδες επεξεργασίας ή σε αντλιοστάσια λυμάτων, με συγκεκριμένα στοιχεία εξοπλισμού και εργασίες και με προϋπολογισμό ανερχόμενο, κατ' ελάχιστον, στο 20% του προϋπολογισμού της ελεγχόμενης σύμβασης (3.481.751,00 X 20% = 696.350,20 ευρώ). Η δε «αναφορά του επόμενου εδαφίου του ίδιου όρου της Διακήρυξης "σε συμβάσεις" και όχι σε "σύμβαση" (...) αποτυπώνει, έστω και ατελώς, την, παρεχόμενη από τη Διακήρυξη, δυνατότητα των διαγωνιζομένων να επικαλούνται προς πλήρωση του συγκεκριμένου κριτηρίου τεχνικής καταλληλότητας περισσότερες συμβάσεις προμήθειας ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού,

καλύπτουσες το σύνολο των ζητούμενων επιμέρους στοιχείων εξοπλισμού και των συναφών εργασιών προμήθειας και εγκατάστασής τους, υπό την προϋπόθεση ότι, σε αμφότερες τις περιπτώσεις, τουλάχιστον μία εξ αυτών υπερβαίνει το καθορισθέν από τη Διακήρυξη κατώφλι». Βάσει της ως άνω ερμηνείας, έγινε δεκτό ότι ο προσφεύγων ανάδοχος, ο οποίος, για την τεκμηρίωση του επίμαχου κριτηρίου επιλογής δήλωσε ότι κατά την τριετία 2016 – 2018 εκτέλεσε πέντε (5) συμβάσεις προμήθειας ή αντικατάστασης ή αποκατάστασης εγκαταστάσεων και εξοπλισμού επεξεργασίας λυμάτων ή αντλιοστασίων λυμάτων, συνολικού προϋπολογισμού 757.150,00 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ, εκ των οποίων μία (1) σύμβαση είχε προϋπολογισμό 525.000,00 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ., μη νομίμως έγινε δεκτός στη διαδικασία ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης και, εν συνεχεία, κατακυρώθηκε σε αυτόν το αποτέλεσμα της, καθόσον από τον προσκομιζόμενο κατάλογο των συμβάσεων του, καμία, αυτοτελώς λαμβανόμενη, δεν υπερβαίνει το καθορισθέν από τη διακήρυξη κατώφλι (696.350,20 ευρώ).

8. Με τις κρινόμενες προσφυγές, όπως αυτές αναπτύσσονται και με τα νομίμως κατατεθέντα υπομνήματα:

A. Προβάλλεται ότι η προσβαλλόμενη Πράξη πρέπει να ανακληθεί διότι εκδόθηκε κατ' εσφαλμένη ερμηνεία και εφαρμογή του άρθρου 2.2.6.α της Διακήρυξης. Ειδικότερα, αμφότεροι οι προσφεύγοντες, όπως έκαστος εξ αυτών αναπτύσσει τους ισχυρισμούς του, προβάλλουν ότι: **α)** Το ανωτέρω άρθρο της Διακήρυξης δεν απαιτεί ο προσφέρων να διαθέτει εμπειρία, η οποία να συνίσταται στην επιτυχή εκτέλεση κατά την τριετία προ της διενέργειας του διαγωνισμού μιας σύμβασης προμήθειας εγκατάστασης Η/Μ εξοπλισμού σε ΕΕΛ ή και σε αντλιοστάσια λυμάτων που, αυτοτελώς, θα έχει κατ' ελάχιστον προϋπολογισμό 20% του προϋπολογισμού της ελεγχόμενης σύμβασης, αλλά αρκεί να έχει εκτελέσει και περισσότερες συμβάσεις του αυτού αντικειμένου, το ποσό των οποίων αθροιστικά καλύπτει το ελάχιστο όριο του 20% του προϋπολογισμού της, για το λόγο αυτόν, άλλωστε, στο δεύτερο εδάφιο του ίδιου άρθρου γίνεται αναφορά σε «συμβάσεις» κι

όχι σε «μία σύμβαση». **β)** Η ερμηνεία αυτή του ως άνω όρου της Διακήρυξης είναι και η μόνη ορθή, καθόσον αντικατοπτρίζει την πραγματική βούληση του προσφεύγοντος Α.Φ. αλλά και την αντίληψη των προσφερόντων, οι οποίοι δεν υπέβαλαν κανένα ερώτημα ούτε ζήτησαν διευκρινίσεις για τον συγκεκριμένο όρο. **γ)** Οποιαδήποτε άλλη, πλην της ανωτέρω, ερμηνεία, όπως αυτή που έγινε δεκτή με την προσβαλλόμενη Πράξη, οδηγεί σε αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού ως προς τους δυνάμενους να συμμετέχουν στο διαγωνισμό ενδιαφερόμενους οικονομικούς φορείς, με κίνδυνο να χαρακτηριστεί ο όρος «φωτογραφικός», αφού είναι περιορισμένος ο αριθμός των αντίστοιχων ομοειδών συμβάσεων προμήθειας που έχουν συναφθεί την τελευταία τριετία με προϋπολογισμό τουλάχιστον 696.350,20 ευρώ. Προς επίρρωση του ισχυρισμού αυτού, προσκομίζεται η τεχνική έκθεση του Διευθυντή του προσφεύγοντος Α.Φ., σύμφωνα με την οποία η ελεγχόμενη σύμβαση «είναι τεχνικά σύνθετη, καθώς περιλαμβάνει δύο τεχνικές ενότητες, ήτοι α) την Εγκατάσταση Επεξεργασίας Λυμάτων και β) την εγκατάσταση προωθητικών αντλιοστασίων αποχέτευσης», οι οποίες εξαιρετικά δημοπρατήθηκαν ενιαία, για την εξασφάλιση της χρηματοδότησης από το Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων, και εάν –κατά παρέκκλιση της πάγιας τακτικής που ακολουθεί σε όλους τους διαγωνισμούς προμηθειών, απαιτώντας, προς εξασφάλιση της μεγαλύτερης δυνατής συμμετοχής, απόδειξη τεχνικής ικανότητας υπολογιζόμενη αθροιστικά στο σύνολο των εκτελεσμένων ομοειδών συμβάσεων– ο προσφεύγων Α.Φ. «ήθελε να απαιτήσει ελάχιστη τεχνική-επαγγελματική ικανότητα 20% υπολογιζόμενη μόνο σε μία σύμβαση θα έπρεπε η σύμβαση αυτή να περιλαμβάνει όχι μόνο εργασίες ΕΕΛ αλλά και ταυτόχρονα και εργασίες εγκατάστασης προωθητικών αντλιοστασίων αποχέτευσης, γεγονός σχεδόν αδύνατο, να συμβεί στην αγορά, διότι οι εργασίες αυτές αποτελούν δύο ξεχωριστές τεχνικές ενότητες» που σχεδόν πάντα δημοπρατούνται ξεχωριστά. **δ)** Η ερμηνεία που έγινε δεκτή με την προσβαλλόμενη Πράξη, οδηγεί σε ευθεία παραβίαση της αρχής της αναλογικότητας, καθ' ότι τέτοιος όρος δεν είναι αναγκαίος για τη διασφάλιση της άρτιας εκτέλεσης του φυσικού αντικείμενου της ελεγχόμενης σύμβασης, αφού ο

υψηλός προϋπολογισμός μιας σύμβασης προμήθειας ΕΕΛ ή αντλιοστασίου λυμάτων δεν συνεπάγεται άνευ ετέρου υψηλότερη τεχνική επάρκεια για τον προμηθευτή που την υλοποίησε, συγκριτικά με μία άλλη σύμβαση ίδιου φυσικού αντικειμένου με μικρότερο προϋπολογισμό, δεδομένου ότι δεν μεταβάλλεται η ποιότητα και το είδος του εξοπλισμού (εσχάρες, κοχλίες, φυσητήρες, αναδευτήρες κλπ.) που απαιτείται για μία ΕΕΛ ή αντλιοστάσιο. ε) Η όποια τυχόν ασάφεια του επίμαχου όρου της Διακήρυξης δεν δύναται να ερμηνευτεί σε βάρος των προσφερόντων και, εν προκειμένω, του προσφεύγοντος αναδόχου. Τούτων δοθέντων, ο προσφεύγων ανάδοχος νομίμως έγινε δεκτός στη διαδικασία ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, καθόσον οι προσκομιζόμενες εκτελεσθείσες απ' αυτόν πέντε (5) συμβάσεις αναφέρονταν τόσο σε ΕΕΛ όσο και σε αντλιοστάσια και συνολικά αθροιζόμενες κάλυπταν το 20% του προϋπολογισμού της ελεγχόμενης σύμβασης.

B. Περαιτέρω, προβάλλεται ότι, σε κάθε περίπτωση, επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη σύναψη της ελεγχόμενης σύμβασης, συνιστάμενοι στον κίνδυνο, λόγω μη έγκαιρης ολοκλήρωσης της διαδικασίας ανάθεσης, απένταξής από το πρόγραμμα χρηματοδότησής της (ΦΙΛΟΔΗΜΟΣ Ι) και απώλειας της εξασφαλισμένης χρηματοδότησής της, ώστε να τίθεται ζήτημα αδυναμίας επαναπροκήρυξής της, με όλες τις εντεύθεν δυσμενείς συνέπειες για την προστασία της δημόσιας υγείας και του περιβάλλοντος, καθόσον ο προς αντικατάσταση Η/Μ εξοπλισμός της ΕΕΛ έχει συμπληρώσει προ πολλού τη μέγιστη διάρκεια λειτουργίας του και παρουσιάζει συχνές βλάβες, οι οποίες έχουν ως συνέπεια την ανεξέλεγκτη ροή ανεπεξέργαστων ή ημιτελώς επεξεργασμένων λυμάτων στον θαλάσσιο αποδέκτη (κόλπος), με δυσμενείς συνέπειες για την ποιότητα των υδάτων της ευρύτερης περιοχής.

9. Υπό τα ανωτέρω δεδομένα, πρέπει να γίνουν δεκτά τα ακόλουθα: Από τη συνολική (πρώτο και δεύτερο εδάφιο, το οποίο αναφέρεται σε «συμβάσεις» και όχι σε «σύμβαση») διατύπωση του όρου του άρθρου 2.2.6.α της Διακήρυξης, σε συνδυασμό με το άρθρο 2.2.9.2.B.4. περί αποδεικτικών μέσων, όπου πάλι γίνεται

αναφορά μόνο σε «συμβάσεις» (βλ. ανωτέρω σκ. 6), προκύπτει ότι, για την πλήρωση του κριτηρίου της εμπειρίας συμμετοχής στη διαδικασία ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, απαιτείται ο προσφέρων να έχει εκτελέσει κατά την τριετία προς της διενέργειας του διαγωνισμού μία ή περισσότερες συμβάσεις προμήθειας και εγκατάστασης Η/Μ εξοπλισμού σε υφιστάμενη και λειτουργούσα Ε.Ε.Λ. ή και σε αντλιοστάσια λυμάτων, οι οποίες (συμβάσεις) καλύπτουν, είτε η μία είτε αθροιστικά οι περισσότερες, το σύνολο των ζητούμενων επιμέρους στοιχείων εξοπλισμού και των συναφών εργασιών προμήθειας και εγκατάστασής τους και ο προϋπολογισμός τους, αυτοτελώς της μίας σύμβασης ή αθροιστικά των περισσότερων, να υπερβαίνει το καθορισθέν όριο του 20% του προϋπολογισμού της ελεγχόμενης σύμβασης (696.350,20 ευρώ). Εξάλλου, ενόψει του σύνθετου αντικειμένου της ελεγχόμενης σύμβασης (ΕΕΛ και αντλιοστάσια λυμάτων) και του ευρύτατου αντικειμένου των συμβάσεων που ζητείται να έχουν εκτελεστεί, που εκ των πραγμάτων μειώνουν τις πιθανότητες να περιέχονται σε μία και μόνη σύμβαση, η κατά την προσβαλλόμενη Πράξη ερμηνεία του επίμαχου όρου, η οποία κατατείνει στον αποκλεισμό του προσφέροντος που δεν έχει εκτελέσει μία τουλάχιστον σύμβαση προϋπολογισμού κατ' ελάχιστο 20% του προϋπολογισμού της ελεγχόμενης σύμβασης που να περιέχει το ως άνω σύνθετο και ευρύτατο αντικείμενο, θα παραβίαζε την αρχή της αναλογικότητας και θα έπληττε τις αρχές του υγιούς και ανόθευτου ανταγωνισμού, διότι θα περιόριζε, χωρίς αυτό να δικαιολογείται επαρκώς, τη δυνατότητα συμμετοχής στο διαγωνισμό. Σε κάθε περίπτωση, η όποια τυχόν ατελής διατύπωση του ως άνω όρου της Διακήρυξης –για τον οποίο οι επιδεικνύοντες τη συνήθη επιμέλεια ενδιαφερόμενοι οικονομικοί φορείς, πριν την κατάθεση της προσφοράς τους, μπορούσαν ευχερώς, κατ' εφαρμογή του άρθρου 67 παρ. 2 του ν. 4412/2016, να ζητήσουν, από τον προσφεύγοντα Α.Φ., τις διευκρινίσεις που θεωρούσαν απαραίτητες για την κατανόηση του περιεχομένου του– δεν μπορεί να ερμηνεύεται σε βάρος των καλόπιστων προσφερόντων και, εν προκειμένω, του προσφεύγοντος αναδόχου, ως αυτοτελής λόγος αποκλεισμού του, κατά παράβαση των αρχών περί μη νόθευσης του ελεύθερου ανταγωνισμού και παροχής ίσων ευκαιριών σε όλους τους

προσφέροντες. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, νομίμως συμμετείχε ο προσφεύγων ανάδοχος στη διαδικασία ανάθεσης της ελεγχόμενης σύμβασης, επικαλούμενος, προς πλήρωση του κριτηρίου του άρθρου 2.2.6.α της Διακήρυξης, ότι, κατά την τριετία που προηγήθηκε του διαγωνισμού, είχε εκτελέσει πέντε (5) συμβάσεις προμήθειας και εγκατάστασης ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού αντλιοστασίων και μονάδων επεξεργασίας λυμάτων, συνολικού προϋπολογισμού 757.150,00 ευρώ, καθόσον οι συμβάσεις αυτές αθροιστικά υπερβαίνουν το καθορισθέν όριο του 20% του προϋπολογισμού της ελεγχόμενης σύμβασης (696.350,20 ευρώ). Επομένως, η προσβαλλόμενη Πράξη κρίνοντας τα αντίθετα εσφαλμένα ερμήνευσε και εφάρμοσε τους όρους του άρθρου 2.2.6.α της Διακήρυξης και ο σχετικός λόγος ανάκλησης, που προβάλλεται με τις κρινόμενες προσφυγές, πρέπει να γίνει δεκτός ως βάσιμος. Κατόπιν τούτου, καθίσταται αλυσιτελής η εξέταση και των λοιπών προβαλλόμενων με τις κρινόμενες προσφυγές λόγων ανάκλησης της προσβαλλόμενης Πράξης (βλ. ανωτέρω σκ. 8.Β.).

10. Μειοψήφησαν η Σύμβουλος Ευαγγελία Σεραφή και η Πάρεδρος Ελένη Νικολάου, οι οποίες διατύπωσαν την ακόλουθη γνώμη: Σύμφωνα με τον όρο 2.2.6.α της διακήρυξης κριτήριο ποιοτικής επιλογής όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα των προσφερόντων στο διαγωνισμό αποτελεί η επιτυχής εκτέλεση κατά την τριετία που προηγείται της διενέργειας του διαγωνισμού μίας τουλάχιστον σύμβασης προμήθειας και εγκατάστασης ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού σε μονάδες επεξεργασίας ή σε αντλιοστάσια λυμάτων, με συγκεκριμένα στοιχεία εξοπλισμού και εργασίες και με προϋπολογισμό ανερχόμενο τουλάχιστον στο 20% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης [=696.350,20 ευρώ (3.481.751,00 X 20%)]. Κατ' εφαρμογή του κριτηρίου, οικονομικοί φορείς που δεν τεκμηριώνουν την αναγκαία για την εκτέλεση της προμήθειας εμπειρία με την επίκληση μίας, τουλάχιστον, σύμβασης προϋπολογισθείσας δαπάνης ίσης ή ανώτερης των 696.350,20 ευρώ πρέπει να αποκλείονται από την περαιτέρω διαγωνιστική διαδικασία. Επομένως, αποκλείονται προσφέροντες που επικαλούνται περισσότερες

συμβάσεις των οποίων ο προϋπολογισμός ως άθροισμα και μόνο υπερβαίνει το τιθέμενο όριο. Εξάλλου, η απαίτηση παρίσταται, κατ' αρχήν, δικαιολογημένη ενόψει της αξίας του προς προμήθεια εξοπλισμού (3.481.751,00 ευρώ, πλέον ΦΠΑ), του μεγέθους, του είδους και της πολυπλοκότητας του αντικειμένου της υπό ανάθεση σύμβασης. Όσον αφορά στο αντικείμενο της ή των συμβάσεων των οποίων γίνεται επίκληση, από το περιεχόμενο του ίδιου ως άνω όρου και ενόψει του εύρους των ζητούμενων στοιχείων προκύπτει ότι παρέχεται δυνατότητα στους προσφέροντες να επικαλεστούν περισσότερες συμβάσεις που το καλύπτουν υπό την προϋπόθεση ότι μία, τουλάχιστον, εξ αυτών αφορά σε προμήθεια ηλεκτρομηχανολογικού εξοπλισμού αντλιοστασίου ή μονάδας επεξεργασίας λυμάτων, με προϋπολογισμό ανερχόμενο στο 20% του προϋπολογισμού της υπό ανάθεση σύμβασης. Επομένως, ορθώς το Κλιμάκιο έκρινε και οι περί του αντιθέτου προβαλλόμενοι ισχυρισμοί είναι απορριπτέοι στο σύνολό τους.

11. Μετά από όσα έγιναν δεκτά στην 9^η σκέψη της παρούσας απόφασης, πρέπει σύμφωνα με την πλειοψηφούσα άποψη οι κρινόμενες προσφυγές να γίνουν δεκτές, να ανακληθεί η προσβαλλόμενη Πράξη και, δεδομένου ότι με την ανακαλούμενη Πράξη δεν διαπιστώθηκε άλλος νόμιμος διακωλυτικός της υπογραφής του λόγος, μπορεί να υπογραφεί το οικείο σχέδιο της ελεγχόμενης σύμβασης, ενώ κατά τη μειοψηφούσα άποψη οι ως άνω προσφυγές πρέπει να απορριφθούν και να μην ανακληθεί η προσβαλλόμενη. Γενόμενης δεκτής της προσφυγής ανάκλησης του προσφεύγοντος αναδόχου, πρέπει, σύμφωνα με το άρθρο 310 παρ. 1 της Δικ.Ελ.Συν., να αποδοθεί σ' αυτόν το παράβολο που κατέθεσε για την άσκησή της.

Για τους λόγους αυτούς

Συνεκδικάζει την από (Α.Β.Δ.) προσφυγή ανάκλησης της εταιρίας με την επωνυμία «.....» και την από (Α.Β.Δ.) προσφυγή ανάκλησης της «Δημοτικής Επιχείρησης Ύδρευσης και Αποχέτευσης (ΔΕΥΑ)

Δέχεται τις προσφυγές ανάκλησης.

Διατάσσει την απόδοση στην «.....»
» του
 κατατεθέντος απ' αυτήν παραβόλου.

Ανακαλεί την Πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού
 Συνεδρίου, και

Αποφαίνεται ότι δεν κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης για την
 «Προμήθεια Η/Μ εξοπλισμού της υφιστάμενης Ε.Ε.Λ. της ΔΕΥΑ».

Κρίθηκε και αποφασίστηκε σε τηλεδιάσκεψη στις 23 και 30 Νοεμβρίου 2021.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Ο ΕΙΣΗΓΗΤΗΣ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ
ΙΩΑΝΝΗΣ ΚΑΛΑΚΙΚΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε στην Αθήνα σε δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριό του
 Δικαστηρίου στις 7 Δεκεμβρίου 2021.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ