

Αποφάσεις Ελεγκτικού Συνεδρίου

1. Απόφαση Ε.Σ. Τμ. VI 336/2018

Πρόεδρος: Γεωργία Μαραγκού, Αντιπρόεδρος

Εισηγητής: Βασιλική Ανδρεοπούλου, Σύμβουλος

Γ.Ε.Ε.: Κωνσταντίνος Τόλης, Αντεπίτροπος Επικρατείας

Δικηγόροι: Βασίλειος Χατζηγιαννάκης, Ιωάννης Παραράς

Προμήθεια οχημάτων με λειτουργική χρηματοδοτική μίσθωση (operating leasing) προσόντα εκμισθωτή - Κριτήρια καταλληλότητας.

Επαγγελματικά κατάλληλοι για την άσκηση της δραστηριότητας αυτής είναι μόνον οι ειδικώς αναφερόμενοι στο άρθρο 2 παρ. 1Α του ν. 1665/1986 οικονομικοί φορείς. Οι διαγωνιζόμενοι υποχρεούνται να αποδείξουν ότι διαθέτουν τη σχετική αδειοδότηση από την Τράπεζα της Ελλάδος ή ότι περιλαμβάνονται στους λοιπούς φορείς που δύνανται να συνάπτουν συμβάσεις leasing. Το κριτήριο αυτό δεν συνιστά υπέρμετρο περιορισμό των αρχών της ίσης μεταχείρισης και αποφυγής των διακρίσεων, εφόσον με τους όρους της οικείας διακήρυξης προβλέπεται η δυνατότητα των ενδιαφερομένων να συμμετέχουν είτε μεμονωμένα είτε ως ένωση οικονομικών φορέων, κατ' άρθρο 19 παρ. 2 του ν. 4412/2016.

1. Με τις κρινόμενες αιτήσεις.... ζητείται η ανάκληση της 243/2017 πράξης του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος προς έλεγχο σχεδίου σύμβασης μεταξύ των ήδη αιτούντων για την «προμήθεια κινητού εξοπλισμού για το πρόγραμμα ανακύκλωσης χαρτιού με διαλογή στην πηγή για αντικατάσταση - εκσυγχρονισμό υφιστάμενου μέσω ενοικίων χρηματοδοτικής μίσθωσης (leasing) - Ομάδα Α΄», συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.). Οι αιτήσεις αυτές έχουν ασκηθεί εμπρόθεσμα και νομότυπα και, ως εκ τούτου, πρέπει να εξετασθούν ως προς την ουσιαστική βασιμότητά τους και να συνεκδικαστούν, λόγω της πρόδηλης μεταξύ τους συνάφειας, καθόσον στρέφονται κατά της ίδιας πράξης, αφορούν στην ίδια διαγωνιστική διαδικασία και πρέπει, για λόγους οικονομίας της ενώπιον του Τμήματος διαδικασίας, να αντιμετωπιστούν ενιαία (Ε.Σ. VI Τμ. 1069/2016, 7525/2015).

2. Α. Ο ν.1665/1986 (ΦΕΚ Α΄194) «Συμβάσεις χρηματοδοτικής μίσθωσης» ορίζει, στην παρ. 1 του άρθρου 1 (όπως αυτή αντικαταστάθηκε με το άρθρο 1

του ν. 3483/2006, Α' 169), ότι: «Με τη σύμβαση χρηματοδοτικής μίσθωσης ο κατά την παράγραφο 1 του άρθρου 2 εκμισθωτής υποχρεούται να παραχωρεί έναντι μισθώματος τη χρήση πράγματος, κινητού ή ακινήτου, (...), που προορίζεται αποκλειστικά για επαγγελματική χρήση του αντισυμβαλλομένου, παρέχοντας στον αντισυμβαλλόμενο του συγχρόνως το δικαίωμα είτε να αγοράσει το πράγμα είτε να ανανεώσει τη μίσθωση για ορισμένο χρόνο. Οι συμβαλλόμενοι έχουν την ευχέρεια να ορίσουν ότι το δικαίωμα αγοράς μπορεί να ασκηθεί και πριν από τη λήξη του χρόνου της μίσθωσης», στο άρθρο 2 (όπως αυτό ισχύει μετά την τροποποίησή του με το άρθρο 2 του ν. 3483/2006, ΦΕΚ Α'169, το άρθρο 11 του ν.2367/1995, ΦΕΚ Α' 261 και το άρθρο 92 του ν. 3601/ 2007, ΦΕΚ Α' 178), ότι: «1. Α. Συμβάσεις χρηματοδοτικής μίσθωσης μπορούν να συνάπτουν ως εκμισθωτές μόνο: (α) οι ανώνυμες εταιρείες χρηματοδοτικής μίσθωσης, οι οποίες συνιστώνται με σκοπό τη διενέργεια εργασιών του άρθρου 1 του νόμου αυτού, (β) τα πιστωτικά ιδρύματα κατά την έννοια της περίπτωσης α' του στοιχείου 1 του άρθρου 2 του ν.2076/1992 (ΦΕΚ 130 Α', όπως ισχύει, τα οποία έχουν συσταθεί και λειτουργούν στην Ελλάδα, (γ) τα πιστωτικά ιδρύματα, κατά την παραπάνω έννοια, τα οποία εδρεύουν σε κράτος - μέλος του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.) και εγκαθίστανται στην Ελλάδα μέσω υποκαταστήματος ή παρέχουν στην Ελλάδα διασυνοριακώς υπηρεσίες (...), καθώς και πιστωτικά ιδρύματα, κατά την παραπάνω έννοια, που εδρεύουν σε τρίτο κράτος και εγκαθίστανται στην Ελλάδα μέσω υποκαταστήματος, (δ) τα χρηματοδοτικά ιδρύματα κατά την έννοια του στοιχείου 6 του άρθρου 2 του ν.2076/1992, τα οποία εδρεύουν σε κράτος - μέλος του Ε.Ο.Χ. και εγκαθίστανται στην Ελλάδα μέσω υποκαταστήματος ή παρέχουν στην Ελλάδα διασυνοριακώς υπηρεσίες, (...), (ε) τα χρηματοδοτικά ιδρύματα, τα οποία εδρεύουν στην αλλοδαπή και εγκαθίστανται στην Ελλάδα μέσω υποκαταστήματος και δεν εμπίπτουν στην περίπτωση (δ) του παρόντος εδαφίου. Β. Απαιτείται ειδική άδεια λειτουργίας της Τράπεζας της Ελλάδος, που δημοσιεύεται στο οικείο τεύχος της Εφημερίδας της Κυβερνήσεως: (α) για τη σύσταση και λειτουργία στην Ελλάδα ανωνύμων εταιρειών χρηματοδοτικής μίσθωσης, (β) για τη μετατροπή υφιστάμενης ανώνυμης εταιρείας σε ανώνυμη εταιρεία με σκοπό τη σύναψη συμβάσεων χρηματοδοτικής μίσθωσης και (γ)

για την εγκατάσταση και λειτουργία στην Ελλάδα υποκαταστημάτων αλλοδαπών χρηματοδοτικών ιδρυμάτων, της περίπτωσης (ε) του εδαφίου Α της παραγράφου αυτής, προκειμένου να ασκήσουν στην Ελλάδα τη δραστηριότητα της χρηματοδοτικής μίσθωσης. Γ. Για τη χορήγηση της πιο πάνω άδειας η Τράπεζα της Ελλάδος ζητεί και αξιολογεί τα αντίστοιχα στοιχεία και πληροφορίες που προβλέπονται από το ν. 2076/1992 για την παροχή άδειας λειτουργίας σε πιστωτικό ίδρυμα (...) 2. (α) Το καταβεβλημένο μετοχικό κεφάλαιο που απαιτείται για τη σύσταση και τη λειτουργία των ανωνύμων εταιριών χρηματοδοτικής μίσθωσης ή το ύψος των ιδίων κεφαλαίων, προκειμένου περί ανώνυμης εταιρείας που μετατρέπεται σε εταιρεία χρηματοδοτικής μίσθωσης, δεν μπορεί να είναι μικρότερο από το ήμισυ του ελάχιστου μετοχικού κεφαλαίου που εκάστοτε απαιτείται για τη σύσταση πιστωτικών ιδρυμάτων με τη μορφή ανώνυμης εταιρείας, κατά την έννοια της περίπτωσης α' του στοιχείου 1 του άρθρου 2 του ν.2076/1992, (β) (...) αντίστοιχη υποχρέωση καταβολής κεφαλαίου απαιτείται για τη χορήγηση άδειας εγκατάστασης και λειτουργίας στην Ελλάδα υποκαταστημάτων αλλοδαπών χρηματοδοτικών ιδρυμάτων, το ύψος του οποίου καθορίζεται από την Τράπεζα της Ελλάδος, (...) 4. Το κατά τις παραγράφους 2 (...) ελάχιστο μετοχικό κεφάλαιο πρέπει να είναι ολόκληρο καταβεβλημένο σε μετρητά ή και σε είδος. Για την καταβολή αυτήν εφαρμόζονται αναλόγως οι σχετικές διατάξεις για τις ανώνυμες εταιρίες. 5. Οι μετοχές των ανωνύμων εταιριών χρηματοδοτικής μίσθωσης είναι ονομαστικές. 6. Ελεγκτές των ανωνύμων εταιριών χρηματοδοτικής μίσθωσης ορίζονται μέλη του Σώματος Ορκωτών Λογιστών. 7. Η Τράπεζα της Ελλάδος ασκεί εποπτεία και έλεγχο στις επιχειρήσεις του άρθρου αυτού και μπορεί να ζητεί από αυτές οποιαδήποτε σχετικά στοιχεία (...) 8. Η Τράπεζα της Ελλάδος δύναται να ανακαλεί ή και να αναστέλλει προσωρινώς άδεια λειτουργίας που έχει χορηγήσει σε εταιρεία χρηματοδοτικής μίσθωσης ή σε υποκατάστημα χρηματοδοτικού ιδρύματος τρίτου κράτους, (...)».

Β. Περαιτέρω, στο άρθρο 21 του ν. 3775/2009 (ΦΕΚ Α'122), υπό τον τίτλο «Ρύθμιση θεμάτων χρηματοδοτικής μίσθωσης», ορίζεται ότι: «1. Το Δημόσιο, οι Ο.Τ.Α. πρώτου και δεύτερου βαθμού, τα Ν.Π.Δ.Δ. και οι ανώνυμες εταιρίες του ευρύτερου δημόσιου τομέα δύναται να καλύπτουν τις ανάγκες τους σε

εξοπλισμό, ιδίως μηχανοργάνωσης, ιατρικό, νοσοκομειακό, μηχανοκινήτων οχημάτων παντός τύπου, πυροσβεστικών αεροσκαφών και ελικοπτέρων, καθώς και ελικοπτέρων διακομιδής και διάσωσης, με συμβάσεις χρηματοδοτικής μίσθωσης (leasing) και κυρίως με συμβάσεις λειτουργικής χρηματοδοτικής μίσθωσης, με τις οποίες, κατά τη λήξη του συμβατικού χρόνου, παρέχεται στα ως άνω πρόσωπα το δικαίωμα της αγοράς ή της ανανέωσης της μίσθωσης. 2. Με τις συμβάσεις της παραγράφου 1, που καταρτίζονται σύμφωνα με τις διαδικασίες και τους όρους του π.δ. 60/2007 (ΦΕΚ 64 Α΄) και των οικείων διατάξεων περί προμηθειών των ανωτέρω νομικών προσώπων, τα συμβαλλόμενα μέρη συμφωνούν ότι ο εκμισθωτής, εκτός από την παραχώρηση της χρήσης των πραγμάτων στον μισθωτή, θα παρέχει είτε απευθείας είτε μέσω τρίτων και πρόσθετες υπηρεσίες άμεσα σχετιζόμενες με το μίσθιο πράγμα, που αφορούν ιδίως στην ασφάλιση, συντήρηση και επισκευή του εξοπλισμού, στην παροχή αναλωσίμων, καθώς και στην κάλυψη συναφών δαπανών, στα πλαίσια της λειτουργικής μίσθωσης. 3. Με κοινή απόφαση των Υπουργών Οικονομίας και Οικονομικών και Ανάπτυξης, που δημοσιεύεται στην Εφημερίδα της Κυβερνήσεως, δύναται να καθορίζονται οι αναγκαίες λεπτομέρειες για την εφαρμογή της παρούσας διάταξης. Η διάταξη αυτή κατισχύει κάθε αντίθετης γενικής ή ειδικής διάταξης, που ρυθμίζει διαφορετικά τη λειτουργική χρηματο-δοτική μίσθωση».

Γ. Εξάλλου, στο ν. 4412/2016 (ΦΕΚ Α΄ 147) «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» ορίζεται, στο άρθρο 2, ότι: «1. Για τους σκοπούς του παρόντος εφαρμόζονται οι ακόλουθοι ορισμοί 1) (...) 5) ως «δημόσιες συμβάσεις» και ως «συμβάσεις έργων, υπηρεσιών και προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων οικονομικών φορέων και μιας ή ενός ή περισσότερων αναθετουσών αρχών/ αναθετόντων φορέων, αντίστοιχα, και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια αγαθών ή την παροχή υπηρεσιών, (...) 8) ως «δημόσιες συμβάσεις προμηθειών» και ως «συμβάσεις προμηθειών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την αγορά, τη χρηματοδοτική μίσθωση, τη μίσθωση ή τη μίσθωση - πώληση, με ή χωρίς δικαίωμα αγοράς, προϊόντων (...), 11) ως «οικονομικός φορέας» νοείται

κάθε φυσικό ή νομικό πρόσωπο ή δημόσιος φορέας ή ένωση αυτών των προσώπων ή/και φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων επιχειρήσεων, που προσφέρει στην αγορά εκτέλεση εργασιών ή/και έργου, προμήθεια προϊόντων ή παροχή υπηρεσιών (...),», στο άρθρο 19, ότι: «1. (...) 2. Στις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων μπορούν να συμμετέχουν ενώσεις οικονομικών φορέων, συμπεριλαμβανομένων των προσωρινών συμπράξεων. Οι αναθέτουσες αρχές δεν απαιτούν από τις εν λόγω ενώσεις να περιβληθούν συγκεκριμένη νομική μορφή για την υποβολή προσφοράς ή την αίτηση συμμετοχής. Όπου κρίνεται αναγκαίο, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να διευκρινίζουν στα έγγραφα της σύμβασης τον τρόπο με τον οποίο οι ενώσεις οικονομικών φορέων θα πρέπει να πληρούν τις απαιτήσεις οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας ή τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά τα άρθρα 75, 76 και 77 εφόσον αυτό δικαιολογείται από αντικειμενικούς λόγους και είναι σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας (...)», στο άρθρο 71, ότι: «Οι συμβάσεις ανατίθενται βάσει των κριτηρίων που καθορίζονται στα άρθρα 86 έως 89 εφόσον η αναθέτουσα αρχή έχει επαληθεύσει, σύμφωνα με τα άρθρα 79 έως και 81, ότι πληρούνται όλες οι κατωτέρω προϋποθέσεις: α) (...) β) η προσφορά προέρχεται από προσφέροντα ο οποίος (...) πληροί τα κριτήρια επιλογής που καθορίζονται από την αναθέτουσα αρχή, σύμφωνα με τα άρθρα 75 έως 77, (...)» στο άρθρο 75, ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. 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. 2. Όσον αφορά την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν

από τους οικονομικούς φορείς να είναι εγγεγραμμένοι σε ένα από τα επαγγελματικά ή εμπορικά μητρώα που τηρούνται στο κράτος - μέλος εγκατάστασής τους, όπως περιγράφεται στο Παράρτημα XI του Παραρτήματος Α' ή να ικανοποιούν οποιαδήποτε άλλη απαίτηση ορίζεται στο Παράρτημα αυτό (...)

Δ. Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων συνάγονται τα ακόλουθα:

i) Κατά τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων προμήθειας αγαθών, οι αναθέτουσες αρχές, προκειμένου να διασφαλίσουν την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, με την υποβολή προσφορών από αξιόπιστους και ικανούς να εκτελέσουν τη σύμβαση οικονομικούς φορείς, επιτρεπτός καθορίζουν τα κριτήρια επιλογής των υποψηφίων, θεσπίζοντας κανόνες για την έγκυρη συμμετοχή τους. Οι κανόνες αυτοί δεν δύναται να θεωρηθεί ότι παραβιάζουν άνευ ετέρου τις θεμελιώδεις αρχές του ενωσιακού δικαίου και, ιδίως, τους κανόνες του ανταγωνισμού, εκ μόνου του λόγου ότι συνεπάγονται ενδεχομένως αδυναμία συμμετοχής στο διαγωνισμό ή καθιστούν δυσχερή τη συμμετοχή των δυνητικών προσφερόντων που δεν πληρούν τις τιθέμενες προδιαγραφές, δεδομένου ότι από τη φύση τους τα κριτήρια επιλογής περιορίζουν τον κύκλο των δυνάμενων να συμμετέχουν στο διαγωνισμό οικονομικών φορέων (βλ. Ε.Σ. Τμ. Μείζ.- Επτ. Σύνθ. 3372/2011). Ωστόσο, οι απαιτήσεις της αναθέτουσας αρχής πρέπει να δικαιολογούνται από το αντικείμενο της συγκεκριμένης σύμβασης, στην ορθή και αποτελεσματική εκτέλεση της οποίας αποσκοπούν, και να μην είναι δυσανάλογες σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό (πρβλ. Ε.Σ. Τμ. Μείζ.- Επτ. Σύνθ. 7380/2015, 6022/2015, 3065/2014).

ii) Περαιτέρω, με τις διατάξεις του άρθρου 21 του ν. 3775/2009 παρέχεται στους φορείς του δημόσιου τομέα, στους οποίους περιλαμβάνονται και τα νομικά πρόσωπα δημοσίου δικαίου (ν.π.δ.δ.), η δυνατότητα να καλύπτουν τις ανάγκες τους σε εξοπλισμό μηχανημάτων, μηχανοκίνητων οχημάτων παντός τύπου κλπ με συμβάσεις χρηματοδοτικής μίσθωσης (leasing) και κυρίως με συμβάσεις λειτουργικής χρηματοδοτικής μίσθωσης (operating leasing). Ειδικότερα,

κατά την έννοια του άρθρου 1 παρ. 1 του ν. 1665/1986, με τη σύμβαση χρηματοδοτικής μίσθωσης (leasing), η οποία συνάπτεται μόνο με τους ειδικώς αναφερόμενους στο άρθρο 2 παρ. 1Α του ως άνω νόμου φορείς (εκμισθωτές), παραχωρείται στο δημόσιο φορέα (μισθωτή), για ορισμένο χρόνο και έναντι μισθώματος, η χρήση κινητού πράγματος παρέχοντας, συγχρόνως, στον τελευταίο το δικαίωμα κατά τη λήξη της σύμβασης είτε να αγοράσει το πράγμα, που μίσθωσε είτε να ανανεώσει περαιτέρω τη μίσθωση για ορισμένο χρόνο. Στον ως άνω βασικό τύπο της χρηματοδοτικής μίσθωσης (γνωστής στις συναλλαγές και ως financial leasing) ο μισθωτής αναλαμβάνει την υποχρέωση να διατηρεί το πράγμα κατάλληλο για τη συμφωνηθείσα χρήση, να το ασφαρίζει με έξοδά του και γενικά να φέρει όλα τα βάρη του, ενώ ο εκμισθωτής φέρει μόνο τον κίνδυνο της τυχόν αφερεγγυότητας του μισθωτή, σύμφωνα με τη χρηματοδοτική αποστολή της σύμβασης (βλ. και εισηγητική έκθεση του ν. 1665/ 1986). Μία ειδικότερη μορφή εφαρμογής της χρηματοδοτικής μίσθωσης, που διαμορφώθηκε στη συναλλακτική πρακτική, αποτελεί η σύμβαση λειτουργικής χρηματοδοτικής μίσθωσης (operating leasing), η οποία κυρίως ρυθμίζεται με την προαναφερόμενη διάταξη του άρθρου 21 του ν. 3775/2009 (βλ. και εισηγητική έκθεση του νόμου), στην οποία ο εκμισθωτής, εκτός από την παραχώρηση της χρήσης του πράγματος στο μισθωτή, αναλαμβάνει (απευθείας είτε μέσω τρίτων) και πρόσθετες υπηρεσίες, όπως την τεχνική συντήρησή του, τις επιδιορθώσεις, την ασφάλιση, καθώς και την κάλυψη συναφών δαπανών, προκειμένου να διατηρεί το μίσθιο κατάλληλο για τη χρήση που συμφωνήθηκε. Κρίσιμο εννοιολογικό στοιχείο διάκρισης της μορφής αυτής leasing είναι ότι, εν προκειμένω, ο εκμισθωτής φέρει τον επιχειρηματικό κίνδυνο, καθόσον εκείνος και όχι ο μισθωτής αναλαμβάνει την υποχρέωση να διατηρεί το μίσθιο κατάλληλο για τη συμφωνηθείσα χρήση, να το ασφαρίζει με έξοδά του και γενικά να φέρει όλα τα βάρη του. Ωστόσο και ο ως άνω τύπος χρηματοδοτικής μίσθωσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 1665/1986 και ως εκ τούτου συνάπτεται μόνο με τους ειδικώς αναφερόμενους στο άρθρο 2 παρ. 1Α αυτού φορείς ως εκμισθωτές, καθόσον, όπως προαναφέρθηκε,

συνιστά μία μορφή leasing, η οποία εξυπηρετεί τους ίδιους χρηματοδοτικούς σκοπούς, ήτοι χρήση εξοπλισμού μεγάλης αξίας επιλογής του μισθωτή χωρίς εκταμίευση κεφαλαίων για την απόκτησή του, λαμβανομένου υπόψη και του γεγονότος ότι ο ν. 1665/ 1986, εξαιρουμένων ορισμένων αναγκαστικού δικαίου διατάξεών του (βλ. π.χ. άρθρα 2, 3 παρ. 1, 4 παρ. 1 και 2) δεν αποκλείει στους συμβαλλομένους να συμφωνούν ιδιαίτερους όρους για να ρυθμίσουν τις μεταξύ τους συμβατικές σχέσεις. Τα ανωτέρω δεν αναιρούνται αλλά αντιθέτως επιρρωνύονται, από τη ρύθμιση του άρθρου 21 του ν. 3775/2009, καθόσον αυτό, όπως προκύπτει από τον τίτλο του «Ρύθμιση θεμάτων χρηματοδοτικής μίσθωσης» και το περιεχόμενό του, αναφέρεται τόσο σε συμβάσεις χρηματοδοτικής μίσθωσης (leasing) όσο και σε συμβάσεις λειτουργικής χρηματοδοτικής μίσθωσης ως μίας μορφής εφαρμογής του leasing, η οποία εμπίπτει στο υφιστάμενο γενικό πλαίσιο του ν. 1665/1986 (βλ. και αιτιολογική έκθεση, όπου αναφέρεται ότι: «... Μέχρι σήμερα η αξιοποίηση αυτών των πλεονεκτημάτων του leasing περιοριζόταν στον ιδιωτικό τομέα της οικονομίας, χωρίς να τύχει, παρά την ύπαρξη γενικού νομικού πλαισίου, ουσιαστικής εφαρμογής στο χώρο του Δημοσίου, ... η Κυβέρνηση ..., επιδιώκει με την παρούσα ρύθμιση της εφαρμογής του leasing, με τη μορφή κυρίως της λειτουργικής χρηματοδοτικής μίσθωσης και στο δημόσιο τομέα για να αντιμετωπισθεί αποτελεσματικά το πρόβλημα κάλυψης των αναγκών σε εξοπλισμό, ...», καθώς και Ε.Σ. VI Τμ. 1461/2017).

iii) Κατά την προκήρυξη διαγωνιστικών διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων χρηματοδοτικής μίσθωσης (στις οποίες περιλαμβάνονται κατά τα ανωτέρω και οι συμβάσεις λειτουργικής χρηματοδοτικής μίσθωσης) που κατά τη σαφή οριοθέτηση του νόμου αποτελούν συμβάσεις προμηθειών, η αναθέτουσα αρχή αποσκοπεί όχι μόνο στην προμήθεια ειδών που να καλύπτουν τις προβλεπόμενες από τη διακήρυξη τεχνικές προδιαγραφές αλλά, παράλληλα, για λόγους που συνδέονται πρωτίστως με τη χρηματοδότηση της προμήθειας, και στη χρήση του ειδικού χρηματοδοτικού εργαλείου του leasing. Επαγγελματικά κατάλληλοι για την άσκηση της δραστηριότητας της

χρηματοδοτικής μίσθωσης είναι, κατά τα προαναφερόμενα (βλ. προηγούμενη σκέψη), μόνον οι ειδικώς αναφερόμενοι στο άρθρο 2 παρ. 1Α του ν. 1665/1986 οικονομικοί φορείς, εκ των οποίων οι ανώνυμες εταιρείες χρηματοδοτικής μίσθωσης που εδρεύουν και λειτουργούν στην Ελλάδα και τα υποκαταστήματα αλλοδαπών χρηματοδοτικών ιδρυμάτων, που εγκαθίστανται και λειτουργούν στην Ελλάδα, αδειοδοτούνται και εποπτεύονται από την Τράπεζα της Ελλάδος ελεγχόμενοι τόσο ως προς τη χρηματοοικονομική τους επάρκεια όσο και ως προς την αξιοπιστία των μετόχων, εταίρων, επικεφαλής κρίσιμων λειτουργιών κ.λπ. (βλ. κατά παραπομπή σε καταργηθείσες ρυθμίσεις ν. 2076/1992 και ήδη ισχύουσες διατάξεις ν. 4261/ 2014). Η ρύθμιση αυτή υπαγορεύεται από λόγους δημοσίου συμφέροντος και ιδίως για τη διασφάλιση της προστασίας των χρηματοδοτούμενων συναλλασσόμενων (μεταξύ των οποίων και φορέων του Δημοσίου) για την πραγματοποίηση επενδύσεων, καθώς και της χρηματοπιστωτικής σταθερότητας των φορέων άσκησης της δραστηριότητας του leasing (ως φορέων άσκησης χρηματοδοτικής πολιτικής σε ένα νευραλγικό τομέα της εθνικής μας οικονομίας -βλ. εισηγητική έκθεση ν. 1665/1986) για την απρόσκοπτη διεξαγωγή των εργασιών τους και συνδέεται με ένα πλαίσιο προληπτικής εποπτείας και ελέγχου λειτουργίας των φορέων αυτών από την Τράπεζα της Ελλάδος, που δεν βαίνει πέραν του αναγκαίου μέτρου. Επομένως, σύμφωνα με τις ρυθμίσεις του ν. 1665/1986, που αποτελεί τη νομική βάση διενέργειας της επίμαχης διαγωνιστικής διαδικασίας (βλ. και σελ. 5 της οικείας διακήρυξης), οι συμμετέχοντες σε διαγωνισμό για την προμήθεια ειδών με χρηματοδοτική μίσθωση υποχρεούνται να αποδείξουν ότι διαθέτουν τη σχετική αδειοδότηση ή ότι περιλαμβάνονται στους λοιπούς φορείς που δύνανται να συνάπτουν συμβάσεις leasing, χωρίς το κριτήριο αυτό, που, κατά τα ανωτέρω, συνδέεται με ένα θεμιτό σκοπό γενικού συμφέροντος, να συνιστά υπέρμετρο περιορισμό των αρχών της ίσης μεταχείρισης και αποφυγής των διακρίσεων, εφόσον με τους όρους της οικείας διακήρυξης προβλέπεται η δυνατότητα αυτών να συμμετέχουν είτε μεμονωμένα είτε ως ένωση οικονομικών φορέων, κατ' άρθρο 19

παρ. 2 του ν. 4412/2016, εξασφαλίζοντας κατά τον τρόπο αυτό την ανάπτυξη του ευρύτερου δυνατού ανταγωνισμού.

3. Στην υπό κρίση υπόθεση, από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν τα ακόλουθα: Με την 567/23.11.2016 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής του εγκρίθηκε η διενέργεια ηλεκτρονικού ανοικτού διεθνούς διαγωνισμού για την προμήθεια, μέσω χρηματοδοτικής μίσθωσης (leasing), διάρκειας πέντε (5) ετών, μηχανολογικού εξοπλισμού (τριών (3) οχημάτων τύπου). Με την ίδια απόφαση, εγκρίθηκαν οι τεχνικές προδιαγραφές και οι όροι της οικείας (.../...2016) διακήρυξης, με κριτήριο κατακύρωσης εκείνο της πλέον συμφέρουσας από οικονομικής άποψης προσφοράς, βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας τιμής. Σύμφωνα με την οικεία Τεχνική Έκθεση (Α.Μ. 9/2016), η πενταετής τεχνική υποστήριξη του υπό προμήθεια εξοπλισμού περιλαμβάνει: 1) τη συντήρηση (σέρβις) των οχημάτων και απορριμματοκιβωτίων, συμπεριλαμβανομένων όλων των απαραίτητων ανταλλακτικών, 2) την αποκατάσταση πάσης φύσης βλαβών που θα προκύψουν κατά τη λειτουργία του προς προμήθεια εξοπλισμού μέσα σε διάστημα πέντε ετών (εργασία και υλικά, ετήσια αντικατάσταση επισώτρων), πλην των βλαβών που θα οφείλονται σε τροχαία ατυχήματα (τρακάρισμα όχημα με όχημα ή όχημα με σταθερό), εκτός αν το ατύχημα οφείλεται σε υπαιτιότητα του προμηθευτή, 3) όλα τα αναλώσιμα υλικά, συμπεριλαμβανομένων ελαιολιπαντικών και φίλτρων και ετήσιας αντικατάστασης επισώτρων και 4) τη μεταφορά προς /από τα συνεργεία, τον τεχνικό έλεγχο των οχημάτων, τον έλεγχο καυσαερίων, την ασφαλιστική κάλυψη του εξοπλισμού και την έκδοση των αντίστοιχων πιστοποιητικών. Περαιτέρω, στη διακήρυξη του διαγωνισμού ορίστηκε, στο άρθρο 4, ότι δικαίωμα συμμετοχής έχουν α) φυσικά ή νομικά πρόσωπα, β) ενώσεις επαγγελματιών που υποβάλλουν κοινή προσφορά, γ) συνεταιρισμοί, δ) κοινοπραξίες που δραστηριοποιούνται επαγγελματικά στο αντικείμενο της διακήρυξης και, στο άρθρο 5.Β, ότι αποκλείεται ο προσφέρων που δεν αποδεικνύει την άσκηση επαγγελματικής δραστηριότητας συναφούς με το αντικείμενο της προμήθειας και συντήρησης απορριμματοφόρων ή φορτηγών βαρέος τύπου. Ειδικότερα, προβλέφθηκε ότι, στην περίπτωση που ανάδοχος ανακηρυχθεί προμηθευτής και όχι εταιρεία χρηματοδοτικής μίσθωσης,

«επιτρέπεται - κατά τη φάση της ταξινόμησης των οχημάτων στην αρμόδια διεύθυνση του Υπουργείου Μεταφορών - να προηγηθεί της τελικής μίσθωσης των οχημάτων από την ανάδοχο προμηθεύτρια εταιρεία προς την Αναθέτουσα Αρχή, η αντίστοιχη μίσθωση των οχημάτων από εταιρεία χρηματοδοτικής μίσθωσης προς την ανάδοχη προμηθεύτρια εταιρεία, έτσι ώστε να είναι δυνατή η έκδοση - από την τελευταία προς την Αναθέτουσα αρχή - των απαιτούμενων από τη νομοθεσία για την υλοποίηση της σύμβασης παραστατικών για την είσπραξη των μισθωμάτων». Κατά την ημερομηνία διενέργειας του διαγωνισμού προσφορά υπέβαλε μόνον η εταιρεία (B) για την Ομάδα Α', στην οποία κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού με την 346/1.8.2017 απόφαση της Εκτελεστικής Επιτροπής, έναντι συνολικού τιμήματος ευρώ (χωρίς ΦΠΑ).

4. Με την προσβαλλόμενη πράξη το Κλιμάκιο έκρινε ότι η ελεγχόμενη σύμβαση συνιστά σύμβαση χρηματοδοτικής μίσθωσης (leasing), που εμπίπτει στις ρυθμίσεις του ν. 1665/1986, μολονότι δεν ορίζεται ρητά η τύχη του μισθίου κατά τη λήξης της σύμβασης, διότι η αναθέτουσα αρχή α) δεν αποκόπτεται πλήρως της υποχρέωσής της για συντήρηση του μισθίου, αφού βαρύνεται με τις δαπάνες αποκατάστασης βλαβών που οφείλονται σε τροχαία, καθώς και τον εν γένει έλεγχο της λειτουργίας του εξοπλισμού και β) δεν απαιτεί, με βάση τους όρους της οικείας διακήρυξης, από τον υποψήφιο εκμισθωτή να έχει αποκτήσει με δικό του επιχειρηματικό κίνδυνο τα προς μίσθωση αγαθά. Επαλλήλως, το Κλιμάκιο έκρινε ότι, και υπό την εκδοχή ότι η ελεγχόμενη σύμβαση συνιστά, κατ' ορθό νομικό χαρακτηρισμό, λειτουργική χρηματοδοτική μίσθωση (operating leasing), αυτή εμπίπτει, ως προς το κύριο (προέχον) αντικείμενό της, που είναι χρηματοδοτική μίσθωση, στους περιορισμούς του ν. 1665/1986. Ακολούθως, με βάση τις ανωτέρω παραδοχές, το Κλιμάκιο ήχθη στην κρίση ότι κωλύεται η υπογραφή του υποβληθέντος σχεδίου σύμβασης με την αιτιολογία ότι το άρθρο 4 της οικείας διακήρυξης, βάσει του οποίου επιτράπηκε η αδιάκριτη συμμετοχή στο διαγωνισμό κάθε φυσικού ή νομικού προσώπου, ένωσης ή κοινοπραξίας, αντίκειται στις διατάξεις του ν. 1665/1986, που επιτρέπει τη σύναψη συμβάσεων χρηματοδοτικής μίσθωσης αποκλειστικά με τους φορείς που ορίζονται στο άρθρο 2 παρ. 1Α του νόμου αυτού. Συνακόλουθα, κρίθηκε μη

νόμιμη η κατακύρωση του διαγωνισμού στην εταιρεία (B), η οποία αφενός δεν διέθετε άδεια leasing, αφετέρου δεν επικαλέστηκε συνεργασία με εταιρεία leasing στο πλαίσιο ένωσης ή κοινοπραξίας ή με τη μορφή στήριξης ικανότητας δυνάμει του άρθρου 5.ΣΤ της διακήρυξης (στήριξη στην ικανότητα τρίτων). Τέλος, το Κλιμάκιο έκρινε ότι η μη νομιμότητα της κατακύρωσης δεν αναιρείται από τα οριζόμενα στο άρθρο 5.B της διακήρυξης περί σύμπραξης του αναδόχου με εταιρεία leasing, κατά τη φάση της ταξινόμησης των οχημάτων στην αρμόδια διεύθυνση του Υπουργείου Μεταφορών, έτσι ώστε να είναι δυνατή η έκδοση από την τελευταία των απαιτούμενων από τη νομοθεσία για την υλοποίηση της σύμβασης παραστατικών για την είσπραξη των μισθωμάτων. Τούτο δε, διότι η προαναφερόμενη ρύθμιση, κατά το μέρος που προβλέπει τη σύμπραξη του αναδόχου με εταιρεία χρηματοδοτικής μίσθωσης στην ως άνω φάση, δηλαδή μετά την ολοκλήρωση του διαγωνισμού και κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, αντίκειται στις αρχές της διαφάνειας και του ανταγωνισμού, καθόσον τα δικαιολογητικά, η καταλληλότητα και η φερεγγυότητα της εταιρείας leasing, που εκ των υστέρων συμμετέχει στην εκτέλεση της σύμβασης, δεν ελέγχονται και αξιολογούνται από την αναθέτουσα αρχή κατά τη διαγωνιστική διαδικασία.

5. Με τις κρινόμενες αιτήσεις και κατ' εκτίμηση του περιεχομένου τους, προβάλλεται, μεταξύ άλλων, ότι: 1) η ελεγχόμενη σύμβαση είναι λειτουργική χρηματοδοτική μίσθωση (operating leasing), καθόσον, σε αντίθεση με τη χρηματοδοτική μίσθωση (financial leasing), ο εκμισθωτής - ανάδοχος εξακολουθεί να φέρει όλους τους κινδύνους και τις ωφέλειες που συνοδεύουν την κυριότητα του εξοπλισμού, ενώ η δαπάνη αποκατάστασης των βλαβών που οφείλονται σε τροχαία ατυχήματα δεν βαρύνει τον μισθωτή - ΕΣΔΝΑ, αλλά καλύπτεται από την ασφάλιση του εξοπλισμού, η οποία βαρύνει ομοίως τον εκμισθωτή. Συνεπεία δε του ως άνω νομικού χαρακτηρισμού της, η σύμβαση αυτή δεν εμπίπτει στους περιορισμούς του άρθρου 2 παρ. 1Α του ν. 1665/1986, που ρυθμίζει μόνο τις συμβάσεις leasing, ενώ, ακόμη και εάν ήθελε γίνει δεκτό ότι διέπεται από τις διατάξεις αυτού, εμπίπτει στην εξαιρετική διάταξη του άρθρου 21 παρ. 3 του ν. 3775/2009, με την οποία εισάγεται ως προς τις συμβάσεις λειτουργικής χρηματοδοτικής μίσθωσης απόκλιση από κάθε άλλη γενική ή ειδική ρύθμιση. 2) ο περιορισμός των δυνατικών

συμμετεχόντων αποκλειστικώς σε φορείς που παρέχουν υπηρεσίες χρηματοδοτικής μίσθωσης αντίκειται στην ενωσιακή νομοθεσία περί δημοσίων συμβάσεων και ειδικότερα στην αρχή της ίσης μεταχείρισης των διαγωνιζομένων, η οποία έχει ως σκοπό να ευνοήσει την ανάπτυξη υγιούς και πραγματικού ανταγωνισμού. Οι ως άνω δε παραβιάσεις έχουν επισημανθεί με την από 29.10.2009 προειδοποιητική επιστολή της Ευρωπαϊκής Επιτροπής (Ε.Ε.) επ' αφορμή διαγωνιστικής διαδικασίας έτους 2007 του Δήμου Αθηναίων με αντικείμενο την προμήθεια απορριμματοφόρων, στην οποία προβλεπόταν η συμμετοχή αποκλειστικά εταιρειών leasing και Τραπεζών με την ίδια δραστηριότητα και έχουν εκδοθεί συναφώς οι υπ' αριθμ. 10829/23.2.2009 (αριθμ. 7) και υπ' αριθμ. 876/7.1.2011 (αριθμ. 2) εγκύκλιοι της Γενικής Διεύθυνσης Τοπικής Αυτοδιοίκησης του Υπουργείου Εσωτερικών. 3) η γνωστοποίηση μετά την κατακύρωση του διαγωνισμού της συμβαλλόμενης με την ανάδοχο εταιρείας leasing, σύμφωνα με το άρθρο 5.Β της οικείας διακήρυξης, είναι νόμιμη, καθόσον α) η απαραίτητη σύμπραξη του αναδόχου με την εταιρεία leasing δεν συνιστά υπεργολαβία ή δανεισμό εμπειρίας, αλλά το μέσο υλοποίησης της σύμβασης, προκειμένου να ενεργοποιηθεί ο μηχανισμός χρηματοδότησης και ως εκ τούτου ο ανάδοχος δεν απαιτείται να τη δηλώσει εκ των προτέρων και β) δεν απαιτείται να ελεγχθεί η φερεγγυότητα και η καταλληλότητα της εταιρείας leasing, η οποία είναι κατά τεκμήριο φερέγγυο χρηματοδοτικό ίδρυμα ειδικά προς τούτο αδειοδοτημένο ή πιστωτικό ίδρυμα.

6. Με τα δεδομένα αυτά και σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 2.Δ.2 το Τμήμα, κατά πλειοψηφία, κρίνει ότι η ελεγχόμενη σύμβαση είναι λειτουργική χρηματοδοτική μίσθωση (operating leasing), καθόσον, όπως προκύπτει από τη διακήρυξη και το άρθρο 1 του υποβληθέντος σχεδίου, ο εκμισθωτής - ανάδοχος εκτός από την προσφορά της χρήσης του εξοπλισμού αναλαμβάνει τις κυριότερες αναγκαίες δαπάνες για την καλή λειτουργία του (συντήρηση, επισκευή, ασφάλιση, αναλώσιμα), γεγονός το οποίο δεν αναιρείται από μόνη την εξαίρεση της δαπάνης αποκατάστασης βλαβών που οφείλονται σε τροχαία ατυχήματα, η οποία σε κάθε περίπτωση δύναται να καλυφθεί από κατ' επιλογή μικτής χρήσης ασφάλιση που βαρύνει ομοίως τον εκμισθωτή.

Ακολουθώντας, το Τμήμα, κατά πλειοψηφία, κρίνει ότι ο ως άνω τύπος χρηματο-δοτικής μίσθωσης εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του ν. 1665/1986 και ως εκ τούτου συνάπτεται μόνο από τους ειδικώς αναφερόμενους στο άρθρο 2 φορείς ως εκμισθωτές, καθόσον συνιστά μία μορφή leasing, η οποία εξυπηρετεί τους ίδιους χρηματοδοτικούς σκοπούς, δοθέντος ότι ο ν. 1665/1986 δεν αποκλείει εν γένει στους συναλλασσόμενους να συμφωνούν ειδικούς όρους για τη ρύθμιση των μεταξύ τους σχέσεων. Τα ανωτέρω δεν αναιρούνται αλλά επιρρωνύονται από τη διάταξη του άρθρου 21 του ν. 3775/2009, καθόσον α) σκοπός της εν λόγω ρύθμισης, σύμφωνα με την οικεία αιτιολογική έκθεση, είναι η εφαρμογή του leasing με την μορφή κυρίως της λειτουργικής χρηματοδοτικής μίσθωσης στο δημόσιο τομέα, όπου δεν έχει τύχει εφαρμογής παρά την ύπαρξη γενικού νομικού πλαισίου, ήτοι του ν. 1665/1986, β) στην παρ. 1 αυτού ομιλεί τόσο περί συμβάσεων χρηματοδοτικής μίσθωσης όσο και λειτουργικής χρηματοδοτικής μίσθωσης και γ) με την παρ. 3 δεν εισάγεται απόκλιση από τις διατάξεις του ν. 1665/1986 αλλά ρητά ορίζεται ότι οι διατάξεις του ως άνω άρθρου είναι ειδικές και κατισχύουν κάθε επιμέρους γενικής ή ειδικής διάταξης που ρυθμίζει διαφορετικά το περιεχόμενο της σύμβασης λειτουργικής χρηματοδοτικής μίσθωσης (Ε.Σ. VI Τμ. 1461/2017). Κατά τη γνώμη όμως του Συμβούλου Γεωργίου Βοίλη, με την οποία συντάχθηκε και ο Πάρεδρος Γρηγόριος Βαλληνδράς, η υπό σύναψη σύμβαση συνιστά σύμβαση χρηματοδοτικής μίσθωσης, η οποία εμπίπτει στους περιορισμούς του άρθρου 2 του ν. 1665/1986, καθόσον, αν και δεν ορίζεται ρητά η τύχη του μισθίου κατά τη λήξη της σύμβασης, η αναθέτουσα αρχή δεν αποκόπτεται πλήρως της υποχρέωσής της για συντήρηση του μισθούμενου εξοπλισμού, μεταβιβάζοντας ολοσχερώς τις δαπάνες για την καλή λειτουργία αυτού στον εκμισθωτή, αφού ο ίδιος ο [αναθέτων φορέας] βαρύνεται με τις δαπάνες αποκατάστασης βλαβών που οφείλονται σε τροχαία και έχει εν γένει τον έλεγχο λειτουργίας του εξοπλισμού. Πλην όμως η γνώμη αυτή δεν εκράτησε. Περαιτέρω, το Τμήμα, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στη σκέψη 2 Δ.1 και 3, άγεται ομοφώνως στην κρίση ότι α) ορθώς το Κλιμάκιο, αν και με εσφαλμένη εν μέρει αιτιολογία, έκρινε μη νόμιμη την

κατακύρωση στην εταιρεία (B), καθόσον αυτή δεν διέθετε άδεια leasing, κατά το ν. 1665/1986 ούτε επικαλέστηκε συνεργασία με εταιρεία leasing ή χρηματο-δοτικό ίδρυμα που διέθετε την απαραίτητη άδεια άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας στο πλαίσιο ένωσης ή κοινοπραξίας, δοθέντος ότι σύμφωνα με το άρθρο 78 του ν. 4412/2016 δεν είναι δυνατή η στήριξη στις ικανότητες άλλων φορέων όσον αφορά στο κριτήριο της καταλληλότητας για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας και β) ορθώς το Κλιμάκιο έκρινε ότι ο όρος 5.B της διακήρυξης, κατά το μέρος που προβλέπει τη σύμπραξη του αναδόχου με εταιρεία χρηματοδοτικής μίσθωσης στη φάση της ταξινόμησης των οχημάτων, ήτοι μετά την ολοκλήρωση του διαγωνισμού και κατά το στάδιο εκτέλεσης της σύμβασης, αντίκειται στις αρχές της διαφάνειας και του ανταγωνισμού, καθόσον τα δικαιολογητικά, η καταλληλότητα και η φερεγγυότητα της εταιρείας leasing, που εκ των υστέρων συμμετέχει στην εκτέλεση της σύμβασης, δεν ελέγχονται και αξιολογούνται από την αναθέτουσα αρχή κατά τη διαγωνιστική διαδικασία, απορριπτομένων ως αβασίμων όλων των περιό του αντιθέτου ισχυρισμών των αιτούντων. Ειδικότερα, ο ισχυρισμός των αιτούντων περί παραβίασης των αρχών της ίσης μεταχείρισης και του ελεύθερου ανταγωνισμού ως εκ του περιορισμού των δυνητικών συμμετεχόντων μόνο σε φορείς που παρέχουν υπηρεσίες leasing πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος. Τούτο δε διότι, σύμφωνα με την εθνική ρύθμιση του ν. 1665/1986, η συμβατότητα της οποίας με το ενωσιακό δίκαιο δεν αμφισβητείται με την επικαλούμενη προειδοποιητική επιστολή της Ευρωπαϊκής Επιτροπής, συμβαλλόμενοι ως εκμισθωτές σε συμβάσεις χρηματοδοτικής μίσθωσης δύνανται να είναι αποκλειστικά και μόνο οι ειδικώς καθοριζόμενοι στο νόμο (άρθρο 2) οικονομικοί φορείς που παρέχουν τέτοιου είδους υπηρεσίες, μεταξύ των οποίων άλλωστε περιλαμβάνονται και φορείς που εδρεύουν σε χώρες του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου (Ε.Ο.Χ.) και εγκαθίστανται στην Ελλάδα μέσω υποκαταστήματος ή παρέχουν διασυνοριακώς υπηρεσίες, οι οποίοι δεν υπόκεινται σε καθεστώς έκδοσης προηγούμενης άδειας της Τράπεζας της Ελλάδος για την άσκηση της επίμαχης δραστηριότητας. Στο μέτρο

δε που η αναθέτουσα αρχή, επιδιώκοντας τα ειδικότερα οφέλη που συνδέει η νομοθεσία με τη χρηματοδοτική μίσθωση, επιδιώκει την προμήθεια εξοπλισμού μέσω της σύναψης τέτοιου είδους σύμβασης, είναι εύλογο ότι ο ανάδοχος πρέπει να αποδείξει ότι διαθέτει την άδεια για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας της χρηματοδοτικής μίσθωσης. Εξάλλου, η ρύθμιση αυτή δεν «αποκλείει αυτόματα οικονομικούς φορείς που δεν παρέχουν οικονομικές υπηρεσίες» (κατά τη διατύπωση της προειδοποιητικής επιστολής), αφού αυτοί καλούνται με την οικεία διακήρυξη (ως εκ της γενικής διατύπωσης του σχετικού όρου αυτής) και δύνανται να συμπράξουν με φορείς που έχουν την απαιτούμενη άδεια (στο πλαίσιο ένωσης ή κοινοπραξίας), προκειμένου να υποβάλουν προσφορά. Για τους ίδιους ως άνω λόγους πρέπει να απορριφθεί ως αβάσιμος και ο ισχυρισμός περί νομιμότητας του όρου 5.Β της οικείας διακήρυξης, καθόσον η ως άνω σύμπραξη με φορέα που έχει την κρίσιμη άδεια άσκησης της επαγγελματικής δραστηριότητας στο πλαίσιο ένωσης ή κοινοπραξίας δεν δύναται να λάβει χώρα μετά την ολοκλήρωση του διαγωνισμού, αλλά πρέπει να έχει δηλωθεί κατά την υποβολή της προσφοράς προκειμένου να ελεγχθούν τα δικαιολογητικά αυτού, όπως απαιτείται από τη νομοθεσία των δημοσίων συμβάσεων, από την αναθέτουσα στο πλαίσιο της διαγωνιστικής διαδικασίας. Τέλος, αλυσίτελως οι αιτούντες προβάλλουν συγγνωστή πλάνη επικαλούμενοι διακηρύξεις των Δήμων ..., για την ανάθεση παρόμοιων προμηθειών, που εγκρίθηκαν με Πράξεις του ΣΤ΄ Κλιμακίου καθόσον κρίσιμη για τη νομιμότητα της εκάστοτε προσυμβατικά ελεγχόμενης από τον Επίτροπο ή το Κλιμάκιο διαγωνιστικής διαδικασίας είναι η οικεία διακήρυξη που τη διέπει και όχι τυχόν άλλες διακηρύξεις, ενώ οι κρίσεις των σχηματισμών του Δικαστηρίου που διενεργούν προσυμβατικό έλεγχο δεν παρίστανται δεσμευτικές μεταξύ τους, ούτε αποτελούν πρόκριμα για την εξαγωγή θετικής κρίσης (Ε.Σ. VI Τμ. 1612/2016). Κατά την ειδικότερη πάντως γνώμη της Προέδρου του Τμήματος, Γεωργίας Μαραγκού και του Παρέδρου Αριστοτέλη Σακελλαρίου, ο ισχυρισμός αυτός πρέπει να απορριφθεί πρωτίστως διότι, όπως διαπιστώθηκε με την 28/2017 απόφαση του Τμήματος

τούτου, οι συμβάσεις χρηματοδοτικής μίσθωσης που συνάπτονται με προμηθευτή που δεν αποτελεί οικονομικό φορέα του άρθρου 2 του ν. 1665/1986, είναι εν τοις πράγμασι αδύνατον να λειτουργήσουν και να εκτελεστούν, απαιτείται δε άμεση τροποποίησή τους προκειμένου να συμμετάσχει σε αυτές, ως εκμισθωτής, φορέας που να δύναται να ασκήσει τη ζητούμενη επαγγελματική δραστηριότητα. Η διαπίστωση δε αυτή, που ήδη οδήγησε στη μεταστροφή των ελεγκτικών απόψεων των Κλιμακίων ως προς το κρίσιμο νομικό ζήτημα, καθιστά αλυσιτελή την αποδοχή λόγων ανάκλησης που να επιτρέπουν την υπογραφή μιας τέτοιας σύμβασης.

7. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πρέπει οι κρινόμενες αιτήσεις ανάκλησης να απορριφθούν, να μην ανακληθεί η προσβαλλόμενη πράξη και να διαταχθεί η κατάπτωση του καταβληθέντος από τη δεύτερη των αιτούντων παραβόλου υπέρ του Ελληνικού Δημοσίου.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει τις συνεκδικαζόμενες αιτήσεις ανάκλησης.

Δεν ανακαλεί την 243/2017 πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

2. Απόφαση Ε.Σ. Τμ. VI 292/2018

Πρόεδρος: Γεωργία Μαραγκού, Αντιπρόεδρος Ε.Σ.

Εισηγητής: Αριστοτέλης Σακελλαρίου, Πάρεδρος Ε.Σ.

Γ.Ε.Ε.: Κωνσταντίνος Τόλης, Αντεπίτροπος Επικρατείας

Δικηγόροι: Σταύρος Ανδριανόπουλος

Δημόσιο έργο - Πιστοποιητικά εκπλήρωσης οικονομικών υποχρεώσεων διαγωνιζομένων προς τις εργοληπτικές οργανώσεις.

Πιστοποιητικά εκπλήρωσης οικονομικών υποχρεώσεων διαγωνιζομένων προς τις εργοληπτικές οργανώσεις. Ο όρος της διακήρυξης που απαιτεί από τους διαγωνιζομένους να προσκομίσουν πιστοποιητικά προς εκπλήρωση της υποχρέωσης αυτής, σύμφωνα με το άρθρο 20 παρ. 9 του ν. 3669/2008, δεν τίθεται επί ποινή αποκλεισμού. Μη νόμιμος ο αποκλεισμός του πρώτου μειοδότη. Επικύρωση αντιγράφων ιδιωτικών εγγράφων. Έλλειψη δέσμευσης πίστωσης.

1. Με την υπό κρίση αίτηση, για την οποία δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου (βλ. άρθρο 73 παρ. 1 του Κώδικα Νόμων για το Ελεγκτικό Συνέδριο που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 4129/2013, Φ.Ε.Κ. Α΄ 52), ζητείται η ανάκληση της 391/2017 Πράξης του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή της σύμβασης μεταξύ του Δήμου (Χ) και της εργοληπτικής επιχείρησης (Δ), για την εκτέλεση του έργου «Εργασίες επισκευής και ενίσχυσης κερκίδας του Δημοτικού Σταδίου ...». Η αίτηση αυτή, έχει ασκηθεί εμπρόθεσμα και κατά τα λοιπά νομότυπα, είναι δε τυπικά δεκτή και πρέπει να ερευνηθεί περαιτέρω ως προς την ουσιαστική βασιμότητά της.

2. Το ελεγχόμενο έργο δημοπρατήθηκε με ανοιχτό διαγωνισμό στις 17.11.2015, σύμφωνα με τη διακήρυξη που εγκρίθηκε με την ... απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου (Χ), με κριτήριο ανάθεσης τη χαμηλότερη τιμή και σύστημα υποβολής προσφορών αυτό με επιμέρους ποσοστά έκπτωσης κατά ομάδες τιμών (άρθρο 6 Κώδικα Δημοσίων Έργων). Κατά την ημερομηνία διεξαγωγής του διαγωνισμού, υπέβαλαν προσφορά είκοσι δύο (22) εργοληπτικές επιχειρήσεις. Μετά από αξιολόγηση των προσφορών τους από την Επιτροπή Διαγωνισμού, προσωρινή ανάδοχος αναδείχθηκε η δεύτερη μειοδότη εργοληπτική επιχείρηση (Δ) (με μέση έκπτωση 55,10 %), στην οποία και κατακυρώθηκε το αποτέλεσμα του διαγωνισμού, έναντι ποσού ευρώ (χωρίς Φ.Π.Α.). Η προσφορά της πρώτης μειοδότης (Α) (με μέση έκπτωση 57,11%), απορρίφθηκε ως απαράδεκτη, με την αιτιολογία ότι η εν λόγω εταιρεία υπέβαλε δικαιολογητικό, απαιτούμενο από τη διακήρυξη επί ποινή αποκλεισμού, το οποίο δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις του νόμου. Ειδικότερα, η Ειδική Επιτροπή του άρθρου 152 του Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων, επιλαμβανόμενη επί σχετικής ένστασης, με την 15/11B/28.7.2016 απόφασή της, έκρινε ότι το, ζητούμενο στο άρθρο 22 παρ.6 της διακήρυξης, υποβληθέν πιστοποιητικό της Πανελλήνιας Ένωσης Διπλωματούχων Μηχανικών Εργοληπτών Δημοσίων Έργων (Π.Ε.Δ.Μ.Ε.Δ.Ε.), με το οποίο βεβαιωνόταν ότι η διαγωνιζόμενη εργοληπτική επιχείρηση είχε εκπληρώσει τις οικονομικές υποχρεώσεις της προς την Ένωση, έφερε, υπό την ένδειξη «Ακριβές αντίγραφο εκ της Γραμματείας», μόνο σφραγίδα της Ένωσης και όχι

υπογραφή και ιδιόχειρη αναγραφή του ονοματεπωνύμου του βεβαιούντος την ακρίβεια γραμματέα του άνω ν.π.ι.δ..

3. Με την προσβαλλόμενη Πράξη του, το Κλιμάκιο έκρινε ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης, για τους ακόλουθους λόγους: α) Μη νομίμως αποκλείστηκε η πρώτη μειοδότη, καθόσον ο όρος της διακήρυξης που προέβλεπε, ως προϋπόθεση για την παραδεκτή υποβολή προσφοράς, την προηγούμενη εκπλήρωση των οικονομικών υποχρεώσεων των διαγωνιζομένων προς τις εργοληπτικές ενώσεις στις οποίες ανήκουν, αντίκειται στην συνταγματικώς κατοχυρωμένη ελευθερία της επιχειρηματικής δραστηριότητας (άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος) και στην ελευθερία της συνένωσης (άρθρο 12 παρ. 1 του Συντάγματος). β) Επικουρικώς, και υπό την εκδοχή ότι η ανωτέρω ρύθμιση είναι σύμφωνη με τις προαναφερθείσες συνταγματικές διατάξεις, η προσφορά της αναδόχου εργοληπτικής επιχείρησης έπρεπε επίσης να αποκλειστεί ως απαράδεκτη, αφού το δικαιολογητικό που υπέβαλε σε εκπλήρωση του ίδιου ως άνω όρου (βεβαίωση ΠΕ.Δ.Μ.Ε.Δ.Ε.) δεν ήταν προσηκόντως επικυρωμένο. γ) Τέλος, από τα προσκομιζόμενα στοιχεία δεν προέκυπτε ότι ο Δήμος είχε εξασφαλίσει την απαιτούμενη πίστωση για την υλοποίηση του έργου.

4. Στο άρθρο 5 παρ. 1 του Συντάγματος κατοχυρώνεται το δικαίωμα ελεύθερης συμμετοχής στην οικονομική ζωή της χώρας και, συνακόλουθα, ως ειδικότερη έκφανση της ελευθερίας αυτής, το δικαίωμα κάθε ενδιαφερομένου εργολήπτη για ελεύθερη και ισότιμη συμμετοχή σε διαγωνιστικές διαδικασίες που διεξάγονται από τους δημόσιους φορείς. Στις περιπτώσεις, ωστόσο, συμβάσεων για την ανάθεση δημοσίων έργων, που δεν εμπίπτουν στα όρια των κοινοτικών οδηγιών, ο νομοθέτης, προκειμένου να διασφαλίσει τη διαφάνεια της σχετικής διαδικασίας ανάθεσης και την ανάπτυξη υγιούς ανταγωνισμού, με την υποβολή προσφορών από αξιόπιστους και ικανούς να εκτελέσουν τη σύμβαση οικονομικούς φορείς, δύναται καθορίζει κριτήρια καταλληλότητας των υποψηφίων εργοληπτών, θεσπίζοντας κανόνες για την έγκυρη συμμετοχή τους και, κατά τούτο, περιορίζοντας θεμιτώς την οικονομική ελευθερία τους. Οι κανόνες όμως αυτοί, οι οποίοι υπαγορεύονται κατά τα ανωτέρω από ειδικούς λόγους δημοσίου

συμφέροντος, δεν επιτρέπεται να επιβάλλουν στους διαγωνιζομένους συμπεριφορές που αντίκεινται σε συνταγματικές ελευθερίες τους, οδηγούν σε άνιση μεταχείρισή τους ή βαίνουν πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη του δημόσιου σκοπού που επιδιώκουν μέτρου, εμποδίζοντας υπέρμετρα την συμμετοχή των ενδιαφερομένων στο διαγωνισμό (πρβλ. Ε.Σ. Τμ. VI 2268/2013, 3375/2014).

5. Περαιτέρω, στο άρθρο 12 παρ. 1 του Συντάγματος ορίζεται ότι: «Οι Έλληνες έχουν το δικαίωμα να συνιστούν ενώσεις και μη κερδοσκοπικά σωματεία τηρώντας τους νόμους, που ποτέ όμως δεν μπορεί να εξαρτήσουν την άσκηση του δικαιώματος αυτού από προηγούμενη άδεια». **Η ελευθερία της σωματειακής οργάνωσης των πολιτών που απορρέει από τη διάταξη αυτή περιλαμβάνει το δικαίωμα του καθενός από αυτούς να ιδρύει σωματείο, να μετέχει σε σωματείο της εκλογής του και να αποχωρεί ανεμποδίστως από αυτό. Εξάλλου, η ελευθερία του πολίτη να μη μετέχει καθόλου σε σωματείο, που απορρέει από τη γενική ελευθερία του ατόμου, την οποία κατοχυρώνει το άρθρο 5 του Συντάγματος, αποκλείει τον εξαναγκασμό του να προβεί στην ίδρυση σωματείου ή να συμμετάσχει σε υφιστάμενο σωματείο. Στο πλαίσιο αυτό, διατάξεις που εξαρτούν την άσκηση ή απόλαυση δικαιωμάτων από τη συμμετοχή των ενδιαφερομένων σε υφιστάμενο σωματείο, εξαναγκάζοντας εμμέσως αυτούς σε συμμετοχή σε τέτοιο, αντίκεινται στην κατά τα ανωτέρω ελευθερία σωματειακής οργάνωσης (βλ. ΣΤΕ 1314/2016, 51/2008, 2682/2005, 3942/2001, 3198/1990).**

6. Στον Κώδικα Δημοσίων Έργων, που κυρώθηκε με το άρθρο πρώτο του ν. 3669/2008 (Α' 116), στο άρθρο 20 με τίτλο «Προαπαιτούμενα συμμετοχής σε διαγωνισμό» ορίζεται μεταξύ άλλων ότι «9. Μαζί με την κατάθεση της προσφοράς οι εγγεγραμμένες στο Μ.Ε.ΕΠ. επιχειρήσεις καταθέτουν και αποδεικτικό ή νόμιμα επικυρωμένο αντίγραφο του, καταβολής στην εργοληπτική οργάνωση στην οποία ανήκουν των εισφορών τους που αντιστοιχούν στο χρόνο διεξαγωγής της δημοπρασίας». Όπως προκύπτει από τους πίνακες κωδικοποιηθεισών διατάξεων που συνοδεύουν τον ανωτέρω Κώδικα, στην ανωτέρω διάταξη κωδικοποιήθηκε η ρύθμιση του άρθρου 17 παρ. 3 του π.δ/τος 609/1985 «Κατασκευή δημοσίων έργων» (Α'

223), η οποία με τη σειρά της προερχόταν από την ασφαλιστική νομοθεσία. Ειδικότερα, στο άρθρο 6 του α.ν. 2326/1940 «περί Ταμείου Συντάξεων Μηχανικών και Εργοληπτών Δημοσίων Έργων», στο οποίο κωδικοποιήθηκε η προγενέστερη διάταξη του άρθρου 3 του ν. 6276/1934 «Περί τροποποιήσεως του ν. 5655 “Περί Ταμείου Συντάξεων Εργοληπτών”», ορίστηκε ότι «1. Μετέχουσιν υποχρεωτικώς του Ταμείου πάντες οι δικαιούμενοι να ώσι μέλη του Τεχνικού Επιμελητηρίου και αφ’ ης ήρξαντο αι καταβολαί των συνδρομών εις τούτο, ως και άπαντες οι εν Ελλάδι ασκούντες το επάγγελμα του εργολάβου δημοσίων έργων, βάσει πτυχίου του Υπουργείου Συγκοινωνίας, οίτινες εγγράφονται υποχρεωτικώς εις τας ανά το Κράτος εργοληπτικές οργανώσεις». Ακολουθως, με το άρθρο 3 του ν.δ/τος 308/1947 (ΦΕΚ Α’78), τροποποιήθηκε το άρθρο 7 του ως άνω α.ν. 2326/1940 για τους πόρους του Ταμείου, και προβλέφθηκε ότι «5. Ουδείς εργολήπτης γίνεται δεκτός εις δημοπρασίαν οιουδήποτε τεχνικού έργου εάν μετά των λοιπών απαιτουμένων κατά τας κειμένας διατάξεις σχετικών προς συμμετοχήν του εις δημοπρασίας δεν συνυποβάλη εις την επί της δημοπρασίας Επιτροπήν αφ’ ενός απόδειξιν πληρωμής πασών των κατά το εδάφ. α’ της παραγρ. 1 του παρόντος άρθρου καθοριζομένων εισφορών του μέχρι και της προηγουμένης τριμηνίας, ως αύται βάσει των κειμένων διατάξεων εκάστοτε καθορίζονται και αφ’ ετέρου αποδείξεις πληρωμής... απασών των προς το Τεχνικόν Επιμελητήριον οφειλών του εφ’ όσον τυγχάνει μέλος αυτού, ή εφ’ όσον δεν τυγχάνει μέλος τούτου, απασών των προς την Πανελλήνιον Ενωσιν Συνδέσμων Εργοληπτών Δημοσίων Έργων εισφορών του, ως αύται εγκρίνονται εκάστοτε υπό του Πανελλαδικού Εργοληπτικού Συνεδρίου και απασών των προς τας Εργοληπτικές Οργανώσεις εις άς υποχρεωτικώς εγγράφονται, εισφορών του». **Από τη διατύπωση της τελευταίας αυτής διάταξης αλλά και από τη συστηματική ερμηνεία της, συνάγεται ότι η βεβαίωση εκπλήρωσης των οικονομικών υποχρεώσεων των υποψήφιων εργοληπτών προς τις εργοληπτικές οργανώσεις συνδεόταν, κατά το χρόνο θέσπισης αυτής, με την ασφαλιστική ενημερότητα του αντίστοιχου υποψηφίου, αφού η εγγραφή στις οργανώσεις αυτές ήταν υποχρεωτική για τους κατόχους εργοληπτικού πτυχίου, ως προϋπόθεση για τη νόμιμη άσκηση του επαγγέλματός τους και για την υπαγωγή τους στην ασφάλιση του**

οικείου φορέα ασφάλισης (ΤΣΜΕΔΕ). Ακολούθως, ο δικαιολογητικός λόγος θέσπισης της υποχρέωσης αυτής εξέλειψε, αφού με το ν. 1418/1984 καταργήθηκε ο θεσμός του πτυχίου εργολήπτη δημοσίων έργων, ο οποίος υποκαταστάθηκε από το σύστημα εγγραφής των εργοληπτικών επιχειρήσεων στα προβλεπόμενα Μητρώα (Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων - ΜΕΕΠ και Μητρώο Εμπειρίας Κατασκευαστών ΜΕΚ), που αποτελεί πλέον προϋπόθεση για την υπαγωγή στην ασφάλιση του ως άνω Ταμείου (βλ. ΣτΕ 1525/2001 σκ. 6), η δε υποχρέωση υποβολής του πιστοποιητικού εκπλήρωσης των οικονομικών υποχρεώσεων των υποψήφιων εργοληπτών προς τις εργοληπτικές οργανώσεις, ως προϋπόθεση της έγκυρης συμμετοχής τους σε δημόσιους διαγωνισμούς, διεγράφη ήδη από την ασφαλιστική νομοθεσία από την οποία προήλθε (βλ. άρθρο 27 παρ.4 Ν.3518/2006, ΦΕΚ Α΄ 272, που τροποποίησε την προαναφερθείσα διάταξη του άρθρου 7 παρ. 5 του α.ν. 2326/1940), αν και διατηρήθηκε σε ισχύ στη νομοθεσία δημοσίων έργων, μέχρι την έκδοση του ν. 4412/2016 οπότε και απαλείφθηκε οριστικά.

8. Στα πρότυπα τεύχη διακηρύξεων, που εγκρίθηκαν με την 67/2015 απόφαση της Ενιαίας Ανεξάρτητης Αρχής Δημοσίων Συμβάσεων (ΦΕΚ Β΄664) και κατ' άρθρο 15 παρ. 2 του ΚΔΕ ισχύουν υποχρεωτικά για όλους τους φορείς που δημοπρατούν δημόσια έργα, καθώς και στη διακήρυξη του ελεγχόμενου διαγωνισμού, προβλέπεται στο άρθρο 22 ότι «Κάθε εργοληπτική επιχείρηση... οφείλει... 6. Να έχει εκπληρώσει τις υποχρεώσεις της προ τις εργοληπτικές οργανώσεις, εφόσον είναι εγγεγραμμένη» και στο άρθρο 23, όπου καταγράφονται τα υποβλητέα δικαιολογητικά επαγγελματικής και τεχνικής καταλληλότητας, ότι «23.2. (...) Οι εγγεγραμμένες στο ΜΕΕΠ εργοληπτικές επιχειρήσεις χωρίς Ενημερότητα Πτυχίου, υποχρεούνται να προσκομίσουν όλα τα παρακάτω δικαιολογητικά (...) 23.2.2.ε. Πιστοποιητικά εκπλήρωσης των οικονομικών τους υποχρεώσεων προς τις επαγγελματικές εργοληπτικές ενώσεις ή υπεύθυνη δήλωση ότι δεν είναι εγγεγραμμένες σε τέτοιες οργανώσεις».

9. Ενόψει των ανωτέρω, και λαμβάνοντας υπόψη ότι α) η εξάρτηση του παραδεκτού της προσφοράς των διαγωνιζομένων από τη συμμετοχή

τους σε ενώσεις εργοληπτών και συνακόλουθα από την ταμειακή ενημερότητά τους σε αυτές, αντίκειται κατά τα ανωτέρω στις διατάξεις του άρθρου 12 παρ. 1 του Συντάγματος, β) η υποχρέωση απόδειξης της ταμειακής ενημερότητας προς τις ανωτέρω ενώσεις θεσπίζει εμπόδιο στη δυνατότητα των ενδιαφερομένων επιχειρήσεων να συμμετάσχουν στη διαγωνιστική διαδικασία για την ανάθεση δημοσίου έργου, χωρίς ο περιορισμός αυτός να εξυπηρετεί (πλέον) οποιονδήποτε δημόσιο σκοπό και γ) στον κρίσιμο όρο της διακήρυξης, κατά παρέκκλιση από τις διατάξεις του άρθρου 20 παρ. 9 του Κ.Δ.Ε., προβλέπεται σαφώς η δυνατότητα μη υποβολής του ζητούμενου πιστοποιητικού, το Τμήμα κρίνει ότι, κατά την έννοια του σχετικού όρου της διακήρυξης, η προσκόμιση από τους διαγωνιζομένους του πιστοποιητικού εκπλήρωσης των οικονομικών τους υποχρεώσεων προς τις εργοληπτικές ενώσεις δεν τίθεται επί ποινή απόρριψης της αντίστοιχης προσφοράς.

10. Με την κρινόμενη αίτηση, ο Δήμος (X) ζητεί την ανάκληση της προσβαλλόμενης πράξης υποστηρίζοντας ότι οι όροι της διακήρυξης είναι δεσμευτικοί και δεν επιτρέπεται η επιγενόμενη αμφισβήτηση της νομιμότητας αυτών ούτε από τους διαγωνιζόμενους που μετείχαν ανεπιφύλακτα στο διαγωνισμό, ούτε από την αναθέτουσα αρχή, η οποία υποχρεούται να απορρίψει τις προσφορές που δεν συμμορφώνονται στους όρους δημοπράτησης. Περαιτέρω, υποστηρίζει ότι ο κρίσιμος όρος, κατά τον οποίο ο διαγωνιζόμενος πρέπει να έχει εκπληρώσει τις οικονομικές υποχρεώσεις του προς την εργοληπτική οργάνωση, της οποίας είναι μέλος, υποχρέωση που επιβάλλεται για λόγους δημοσίου συμφέροντος, ως στοιχείο ενδεικτικό της φερεγγυότητας και αξιοπιστίας των υποψηφίων, δεν αντίκειται στις διατάξεις του άρθρου 5 παρ. 1 και 12 παρ. 1 του Συντάγματος, κατά τούτο δε, η πρώτη μειοδότη εργοληπτική επιχείρηση, η οποία δεν προσκόμισε το ζητούμενο δικαιολογητικό, νομίμως αποκλείστηκε. Εντούτοις, ανεξαρτήτως του ότι ο επικαλούμενος ως άνω δημόσιος σκοπός δεν εξυπηρετείται από την προσκόμιση του κρίσιμου δικαιολογητικού, το οποίο δεν παρέχει πληροφορίες για την χρηματοοικονομική επάρκεια των υποψηφίων, σε κάθε περίπτωση, σύμφωνα με όσα έγιναν δεκτά στην προηγούμενη σκέψη, η παράλειψη ή η

πλημμελής υποβολή από τις διαγωνιζόμενες εργοληπτικές επιχειρήσεις των δικαιολογητικών εκπλήρωσης των οικονομικών υποχρεώσεων τους προς εργοληπτικές οργανώσεις δεν αποτελεί κατά τη διακήρυξη λόγο αποκλεισμού διαγωνιζομένου. Κατά τούτο, δεν είναι νόμιμος ο αποκλεισμός της πρώτης μειοδότης εργοληπτικής επιχείρησης (Α) για πλημμέλειες του σχετικού δικαιολογητικού, σύμφωνα και με όσα βασίμως έγιναν δεκτά με την προσβαλλόμενη Πράξη του Κλιμακίου. Για τον ίδιο λόγο, δεν πρέπει να αποκλειστεί ως απαράδεκτη ούτε η προσφορά της δεύτερης μειοδότης (Δ), παρότι το αντίστοιχο δικαιολογητικό που υπέβαλε δεν πληρούσε τις προϋποθέσεις του άρθρου 20 παρ. 9 του Κώδικα Δημοσίων Έργων, αφού η υποβληθείσα βεβαίωση, καίτοι προερχόταν από εργοληπτική οργάνωση σωματειακής μορφής (Π.Ε.Δ.Μ.Ε.Δ.Ε.) και αποτελούσε κατά τούτο ιδιωτικό έγγραφο, υποβλήθηκε σε αντίγραφο επικυρωμένο από την ίδια τη Γραμματεία του ως άνω ιδιωτικού φορέα και όχι από δημόσια υπηρεσία ή φορέα του άρθρου 1 παρ. 2 του ν. 4250/2014 (βλ. άρθρο 11 του Κώδικα Διοικητικής Διαδικασίας, όπως ισχύει) ή από δικηγόρο, σύμφωνα με τα οριζόμενα στο άρθρο 36 παρ. 2 β του Κώδικα Δικηγόρων (ν. 4194/2013).

11. Περαιτέρω, ως προς την αναδειχθείσα από το Κλιμάκιο πλημμέλεια της έλλειψης πίστωσης για την εκτέλεση του ελεγχόμενου έργου, ο αιτών Δήμος δεν αμφισβητεί την, προβλεπόμενη στις διατάξεις των άρθρων 66 και 67 του ν. 4270/2014 και 2, 3 και 4 του π.δ/τος 113/2010 (Α' 194, διόρθ. σφαλμ. 209) υποχρέωσή του να εξασφαλίσει, το αργότερο πριν από την υπογραφή της σχετικής σύμβασης, την αναγκαία πίστωση για την εκτέλεση του έργου αυτού (βλ. Ε.Σ. Τμ. VI 5993,6003, 6063/2015). Ωστόσο, ισχυρίζεται ότι, μετά την εκ παραδρομής παράλειψη εγγραφής πίστωσης για την εκτέλεση του έργου στο Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων κατά το έτος 2016, διενεργούνται ήδη ενέργειες προκειμένου να εγγραφεί τέτοια πίστωση στο Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων για το έτος 2017 και ότι, σε κάθε περίπτωση, «το έργο έχει ήδη εγγραφεί στον Προϋπολογισμό του Δήμου για το έτος 2017». Εφόσον όμως δεν προσκομίζεται από το Δήμο κανένα σχετικό δικαιολογητικό, ιδίως δε η απόφαση για τη χρηματοδότηση του έργου από το Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων ή η απόφαση του αρμοδίου διατάκτη με την οποία δεσμεύεται η αναγκαία πίστωση από τον αντίστοιχο ΚΑΕ του

προϋπολογισμού του Δήμου (απόφαση ανάληψης υποχρέωσης), το Τμήμα κρίνει ότι ο ανωτέρω ισχυρισμός πρέπει να απορριφθεί ως αναπόδεικτος. Τέλος, ενόψει τη φύσης των πλημμελειών που διαπιστώθηκαν, καθίσταται αλυσιτελής ο ισχυρισμός του Δήμου ότι ενήργησε καλόπιστα και χωρίς πρόθεση καταστρατήγησης του νόμου.

12. Κατόπιν των ανωτέρω, η κρινόμενη αίτηση ανάκλησης πρέπει να απορριφθεί.

Για τους λόγους αυτούς

Απορρίπτει την αίτηση ανάκλησης.

Αποφαίνεται ότι η 391/2017 Πράξη του Ε΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου δεν πρέπει να ανακληθεί.