

ΕΒΔΟΜΟ ΤΜΗΜΑ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 7 Ιουνίου 2022, με την ακόλουθη σύνθεση: Σωτηρία Ντούνη, Αντιπρόεδρος, Πρόεδρος του Εβδόμου Τμήματος, Ευαγγελία Σεραφή και Ιωάννης Καλακίκος, Σύμβουλοι, Ευπραξία Δημολιού και Ιωάννης Νταλαχάνης, Πάρεδροι με συμβουλευτική ψήφο.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας: Παρέστη ο Αντεπίτροπος Επικρατείας του Ελεγκτικού Συνεδρίου Ιωάννης Κάρκαλης ως νόμιμος αναπληρωτής της Γενικής Επιτρόπου της Επικρατείας, η οποία είχε κώλυμα,

Γραμματέας: Πελαγία Κρητικού, Προϊσταμένη της Γραμματείας του Τμήματος

Για να αποφασίσει σχετικά με την κατατεθείσα στις 18.05.2022 και καταχωρισθείσα στο Βιβλίο Δικογράφων με αριθμό προσφυγή:

Της Δημοτικής Επιχείρησης Συγκοινωνιών «.....» του Δήμου, νομίμως εκπροσωπούμενης, με Α.Φ.Μ., η οποία εδρεύει στη (οδός) και παρέστη δια του πληρεξουσίου δικηγόρου της Αναστασίου – Ευγένιου Χριστοφιλόπουλου (Α.Μ/Δ.Σ.Α. 24563).

Για την ανάκληση της Πράξης του Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Υπέρ του προσφεύγοντος Δήμου και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης παρεμβαίνει η εταιρεία με την επωνυμία «.....» και τον διακριτικό τίτλο «.....», νομίμως εκπροσωπούμενη, με Α.Φ.Μ. η οποία εδρεύει στο Δήμο Τ.Κ.) και παρέστη δια του πληρεξουσίου δικηγόρου της Ιωάννη Ανθόπουλου (Α.Μ/Δ.Σ.Α. 25951).

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε, το Δικαστήριο άκουσε:

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο της προσφεύγουσας, ο οποίος ζήτησε την παραδοχή της προσφυγής

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο της παρεμβαίνουσας, ο οποίος ζήτησε την παραδοχή της προσφυγής.

Τη δικαστική πληρεξούσια του Ελληνικού Δημοσίου, η οποία δήλωσε ότι επαφίεται στην κρίση του Δικαστηρίου.

Τον Αντεπίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος πρότεινε την απόρριψη της προσφυγής.

Μετά τη δημόσια συνεδρίαση το Δικαστήριο συνήλθε, κατά τα προβλεπόμενα στο άρθρο 295 παρ. 2 του ν. 4700/2020, σε διαδικτυακή τηλεδιάσκεψη, που διενεργήθηκε μέσω της επίσημης κρατικής πλατφόρμας e:Presence.gov.gr, με την παρουσία όλων των ανωτέρω μελών του.

Άκουσε την εισήγηση της Παρέδρου Ευπραξίας Δημολιού και

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφθηκε κατά το Νόμο και

Αποφάσισε τα ακόλουθα :

1. Με την υπό κρίση προσφυγή της Δημοτικής Επιχείρησης Συγκοινωνιών «.....» (εφεξής Δ.Ε.Σ. ‘.....’) του Δήμου ..., επιδιώκεται η ανάκληση της Πράξης του Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή του σχεδίου σύμβασης μεταξύ αυτής και της αναδόχου εταιρείας με την επωνυμία «.....» (εφεξής), για την ανάθεση της προμήθειας με τίτλο «Προμήθεια Ηλεκτρικών Οχημάτων Δημοτικής Επιχείρησης Συγκοινωνιών ‘.....’» προϋπολογισθείσας δαπάνης 1.434.000,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. 24% και συμβατικού τιμήματος 1.224.990,00 ευρώ πλέον Φ.Π.Α. 24%.

2. Η Δ.Ε.Σ. ‘.....’ ως αμιγής δημοτική επιχείρηση, αποκλειστικώς κοινωφελούς χαρακτήρα (βλ. την απόφαση του Δημοτικού Συμβουλίου, Β’), απαλλάσσεται από την υποχρέωση καταβολής παραβόλου για την άσκηση ενδίκων βοηθημάτων, σύμφωνα με τις διατάξεις του άρθρου 276 παρ. 1 του κυρωθέντος με το άρθρο πρώτο του ν. 3463/2006 (Α’ 114)

Κώδικα Δήμων και Κοινοτήτων και του άρθρου 308 του ν. 4700/2020 (Α' 127). Κατά συνέπεια, το καταβληθέν παράβολο συνολικού ποσού 100,00 ευρώ (ηλεκτρονικό παράβολο με κωδικό πληρωμής) πρέπει να αποδοθεί στην προσφεύγουσα ανεξαρτήτως έκβασης της δίκης.

3. Η προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως και εν γένει παραδεκτώς, συνεπώς είναι τυπικά δεκτή και πρέπει να εξετασθεί κατ' ουσία. Ομοίως παραδεκτώς παρεμβαίνει υπέρ της προσφεύγουσας Δ.Ε.Σ. '.....' και κατά του κύρους της προσβαλλόμενης Πράξης η αντισυμβαλλόμενη στην ελεγχόμενη σύμβαση,

4. Με την προσβαλλόμενη Πράξη θεωρήθηκε ότι το τεθέν στο άρθρο 2.2.6. της διακήρυξης κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, το οποίο απαιτεί από τους προσφέροντες οικονομικούς φορείς να έχουν εκτελέσει επιτυχώς κατά τη διάρκεια της προηγούμενης του διαγωνισμού τριετίας (2020, 2019, 2018) τουλάχιστον δέκα (10) συμβάσεις προμηθειών παντός τύπου λεωφορείων, συναφθείσες με Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης Α' βαθμού, προϋπολογισμού μεγαλύτερου της προϋπολογισθείσας δαπάνης (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α.), δεν είναι νόμιμο για τους εξής αυτοτελείς και επάλληλους λόγους: Κατ' αρχάς, διότι ο κατ' ελάχιστον απαιτούμενος, για απόδειξη της τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας και ειδικότερα της εμπειρίας, αριθμός των δέκα (10) ολοκληρωθεισών συμβάσεων προμήθειας παντός είδους λεωφορείων είναι δυσανάλογος του σκοπού της εξασφάλισης της ορθής εκτέλεσης της σύμβασης για τον οποίο προβλέφθηκε, και για τον λόγο αυτό αδικαιολόγητα περιοριστικός του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό και του ανταγωνισμού. Ο σκοπός αυτός θα μπορούσε, κατά την κρίση του Κλιμακίου, να εξυπηρετηθεί με την απαίτηση εκτέλεσης από τους προσφέροντες λιγότερων σχετικών συμβάσεων εφόσον οι τελευταίοι καλούνται να αποδείξουν ότι πληρούν τις προβλεπόμενες στο Παράρτημα Ι της διακήρυξης τεχνικές προδιαγραφές που αφορούν ειδικά στην ποιότητα και τις επιδόσεις των ηλεκτροκίνητων λεωφορείων τα οποία αποτελούν και το αντικείμενο της σύμβασης. Κατά δεύτερο λόγο, το κριτήριο κρίθηκε μη νόμιμο κατά το μέρος που απαιτεί οι επίμαχες δέκα (10) συμβάσεις να έχουν αποδέκτες μόνο

πρωτοβάθμιους Ο.Τ.Α., κατ' αποκλεισμό τόσο των λοιπών φορέων του δημοσίου όσο και των ιδιωτικών φορέων. Τούτο διότι κατά το μέρος αυτό εισάγει ανεπίτρεπτη διάκριση ως προς την αποκτηθείσα εμπειρία χωρίς επίκληση και απόδειξη εκ μέρους της αναθέτουσας αποχρώντος λόγου δημοσίου συμφέροντος που την επέβαλε. Το Κλιμάκιο άντλησε επιχειρήματα υπέρ της θέσης αυτής και από στοιχεία που του ήταν γνωστά από τις και Πράξεις του, διαπιστώνοντας ότι οι μεγαλύτερες προμήθειες αστικών λεωφορείων κατά την τριετία 2018-2020 έγιναν από τον «Οργανισμό Αστικών Συγκοινωνιών» και από την εταιρεία «.....» (προμήθεια 180 και 300 αστικών λεωφορείων αντίστοιχα), οι οποίοι δεν ανήκουν σε Ο.Τ.Α. Α' Βαθμού. Παραλλήλως, δέχθηκε ότι το επίμαχο κριτήριο κατά το ανωτέρω κρίσιμο σκέλος του δεν συνάδει με τις ρυθμίσεις του Προσαρτήματος Α' του Παραρτήματος XII του ν. 4412/2016, όπου προβλέπεται ότι η αποκτηθείσα εμπειρία μπορεί να προκύπτει από συμβάσεις με αναθέτοντες φορείς τόσο δημόσιους όσο και ιδιωτικούς. Εν όψει των ανωτέρω κρίθηκε ότι η θέσπιση του ανωτέρω κριτηρίου συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια της διαδικασίας, κωλύουσα την υπογραφή του σχεδίου σύμβασης διότι παρεμπόδισε τη συμμετοχή περισσότερων οικονομικών φορέων στον διαγωνισμό ο δε περιορισμός του ανταγωνισμού αποδεικνύεται εν τοις πράγμασι από το γεγονός της συμμετοχής μίας μόνο προσφέρουσας.

5. Ο ν. 4412/2016 (Α' 147) ορίζει στο άρθρο 18, με τον τίτλο «Αρχές εφαρμοζόμενες στις διαδικασίες σύναψης δημοσίων συμβάσεων» τα εξής: «1. Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια, τηρώντας την αρχή της αναλογικότητας, της αμοιβαίας αναγνώρισης, της προστασίας του δημόσιου συμφέροντος, της προστασίας των δικαιωμάτων των ιδιωτών, της ελευθερίας του ανταγωνισμού (...).» Περαιτέρω, στο άρθρο 75 του ίδιου νόμου, με τον τίτλο «Κριτήρια επιλογής (άρθρο 58 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», προβλέπεται ότι: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. 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 τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης. (...). 4. Όσον αφορά την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας. Οι αναθέτουσες αρχές μπορεί να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς, να διαθέτουν ικανοποιητικό επίπεδο εμπειρίας, αποδεικνυόμενο με κατάλληλες συστάσεις από συμβάσεις που έχουν εκτελεστεί κατά το παρελθόν. (...). Στο πλαίσιο διαδικασιών σύναψης σύμβασης προμηθειών για τις οποίες απαιτούνται εργασίες τοποθέτησης ή εγκατάστασης, παροχής υπηρεσιών ή εκτέλεσης έργων, η επαγγελματική ικανότητα των οικονομικών φορέων να παράσχουν αυτή την υπηρεσία ή να εκτελέσουν την εγκατάσταση ή τα έργα μπορεί να αξιολογείται βάσει της τεχνογνωσίας τους, της αποτελεσματικότητας, της εμπειρίας και της αξιοπιστίας τους. 5. Οι αναθέτουσες αρχές αναφέρουν τις απαιτούμενες προϋποθέσεις συμμετοχής που μπορεί να εκφράζονται ως ελάχιστα επίπεδα ικανότητας, καθώς και τα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, στην προκήρυξη σύμβασης(...)). Περαιτέρω, ο ίδιος νόμος ορίζει, στο άρθρο 80, υπό τον τίτλο «Αποδεικτικά μέσα (άρθρο 60 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ)», ότι: «1. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν τα πιστοποιητικά, τις βεβαιώσεις και τα λοιπά αποδεικτικά μέσα που αναφέρονται στις παραγράφους (...) και 5 και στο Παράρτημα XII του Προσαρτήματος Α', ως απόδειξη (...) της πλήρωσης των κριτηρίων επιλογής, σύμφωνα με τα άρθρα 75 (...). 5. 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 (...))».

ενώ στο Παράρτημα XII «Αποδεικτικά μέσα για τα κριτήρια επιλογής» του Προσαρτήματος Α' του νόμου ορίζεται ότι: «(...) Μέρος II: Τεχνική ικανότητα. Αποδεικτικά στοιχεία των τεχνικών ικανοτήτων του οικονομικού φορέα, που αναφέρονται στο άρθρο 75: α) οι ακόλουθοι κατάλογοι: i) (...) ii) κατάλογος των κυριότερων παραδόσεων (...) που πραγματοποιήθηκαν την τελευταία τριετία, κατά μέγιστο όριο, με αναφορά του αντίστοιχου ποσού, της ημερομηνίας και του δημόσιου ή ιδιωτικού παραλήπτη (...)».

6. Από τη συνδυαστική ερμηνεία των ανωτέρω διατάξεων προκύπτει ότι στις αναθέτουσες Αρχές παρέχεται η δυνατότητα επιλογής των κριτηρίων επιλογής των διαγωνιζομένων εν όψει του συγκεκριμένου εκάστοτε αντικειμένου της σύμβασης. Προς αποφυγή στρεβλώσεων, τα επιλεγέντα κριτήρια πρέπει να είναι σαφή και συναφή προς το αντικείμενο της σύμβασης, να είναι αναγκαία και πρόσφορα για την εξατομίκευση της βέλτιστης προσφοράς και να βασίζονται σε αντικειμενικά δεδομένα που μπορούν να αξιολογηθούν ευχερώς, ώστε να διασφαλίζεται η ίση δυνατότητα πρόσβασης στον διαγωνισμό, η διαφάνεια και η ίση μεταχείριση των διαγωνιζομένων. Τυχόν περιορισμοί στην πρόσβαση στο διαγωνισμό πρέπει να δικαιολογούνται από επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος και να καταδεικνύεται ότι ο σκοπός για τον οποίο θεσπίστηκαν δεν θα μπορούσε να επιτευχθεί εξίσου αποτελεσματικά με λιγότερο περιοριστικό για την ανάπτυξη του ανταγωνισμού τρόπο. Υπό το πρίσμα των ανωτέρω, δεν είναι νόμιμο το κριτήριο τεχνικής ικανότητας το οποίο, χωρίς απόδειξη συνδρομής σοβαρού λόγου δημοσίου συμφέροντος, συναρτά την παραδεκτή συμμετοχή σε διαγωνιστική διαδικασία δημόσιας σύμβασης προμηθειών άνω των ορίων από εμπειρία αποκτηθείσα από την ολοκλήρωση συμβάσεων, που ως εκ της φύσης και του αριθμού τους τελούν σε δυσαναλογία με το είδος και την έκταση των παροχών που αναμένονται από τον ανάδοχο. Περαιτέρω, όταν το ίδιο κριτήριο απαιτεί η εμπειρία αυτή να προέρχεται από συμβάσεις που συνήφθησαν με μία μόνο κατηγορία δημόσιων φορέων της εθνικής έννομης τάξης είναι μη νόμιμο και για τον πρόσθετο λόγο του αδικαιολόγητου αποκλεισμού της συμμετοχής προσφερόντων που έχουν εκτελέσει αξιόπιστα συμβάσεις ανατεθείσες από άλλους δημόσιους και ιδιωτικούς φορείς. Ταυτοχρόνως, αποκλείει αδικαιολόγητα

και οικονομικούς φορείς προερχόμενους από άλλα κράτη μέλη της Ένωσης, δοθέντος ότι το ενωσιακό δίκαιο σκοπεί, μεταξύ άλλων, στην ενίσχυση της οικονομικής συνοχής και του ανταγωνισμού και τον συντονισμό, ως προς τη διάκριση μεταξύ δημοσίου και ιδιωτικού δικαίου, των διάφορων εθνικών νομικών συστημάτων. Ένεκα τούτου δεν υιοθετούνται ως προς την απόδειξη της εμπειρίας των προσφερόντων στο προπαρατεθέν Μέρος II του Παραρτήματος XII του Προσαρτήματος Α' του ν. 4412/2016 οι διακρίσεις των αναθετουσών Αρχών που ισχύουν στο εσωτερικό των κρατών μελών αλλά γίνεται αναφορά αδιακρίτως σε αντισυμβαλλόμενους δημόσιους ή ιδιωτικούς παραλήπτες των προσφεροθέντων ειδών (πρβλ. ΕλΣυν. Ολ. 505/2021, Τμ. Μείζ. Επταμ. Σύνθ. 1265, 1563/2019, 866/2018, 6022/2015, 3065/2014, 3372/2011, Έβδομο Τμ. 711/2022, VI Τμ. 1359/2020, 300/2019, 850, 609, 608/2018, 1071/2017, 1759/2015, 2654/2014 ΣτΕ ΕΑ 189/2015, 354/2014, πρβλ. ΔΕΕ αποφ. της 13^{ης} 7.2017, Ingsteel, C-76/16 και της 18^{ης} .10.2012, Edukoziving – Hochtief Construction AG, C-218/11).

7. Από την προσβαλλόμενη πράξη και τα λοιπά στοιχεία της δικογραφίας προκύπτουν τα ακόλουθα κρίσιμα πραγματικά περιστατικά (σκέψεις 8-10).

8. Με την διακήρυξη του Διοικητικού Συμβουλίου (Δ.Σ.) της Δ.Ε.Σ. '.....' (ΑΔΑΜ) προκηρύχθηκε η διενέργεια ανοικτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού για τη σύναψη σύμβασης με αντικείμενο την προμήθεια τριών (3) ηλεκτροκίνητων αστικών λεωφορείων για τουλάχιστον είκοσι (20) καθημένους επιβάτες και τουλάχιστον πενήντα (50) επιβάτες συνολικώς (καθημένους και όρθιους) και τριών δίδυμων φορτιστών ελάχιστης ονομαστικής ισχύος 44kw για έκαστο δίδυμο, που θα χρησιμοποιηθούν για τη φόρτιση των προς προμήθεια λεωφορείων. Η προϋπολογισθείσα δαπάνη ύψους 1.434.000,00 ευρώ άνευ Φ.Π.Α. (1.778.160,00 ευρώ συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%) καλύπτεται από το Πρόγραμμα Δημοσίων Επενδύσεων μέσω δανειακής σύμβασης που συνήψε η αναθέτουσα με το Ταμείο Παρακαταθηκών και Δανείων. Ως κριτήριο ανάθεσης ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει της βέλτιστης σχέσης ποιότητας – τιμής, η δε προσφορά ορίστηκε ότι θα υποβληθεί για το σύνολο των ανωτέρω λεωφορείων και φορτιστών.

9. Στο άρθρο 2.2.6 της διακήρυξης, υπό τον τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα» ορίζεται ότι: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται α) κατά τη διάρκεια των τελευταίων τριών ετών (2020, 2019, 2018), να έχουν ολοκληρώσει επιτυχώς τουλάχιστον δέκα (10) συμβάσεις προμηθειών λεωφορείων σε Οργανισμούς Τοπικής Αυτοδιοίκησης Α΄ βαθμού, προϋπολογισμού άνω της συνολικής προϋπολογισθείσας δαπάνης (προ Φ.Π.Α.) της παρούσας διαγωνιστικής διαδικασίας (...).».

10. Στον διαγωνισμό υπεβλήθη μόνο μία προσφορά, από την εταιρεία Μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής της, την αξιολόγηση της τεχνικής προσφοράς της, τον έλεγχο της οικονομικής προσφοράς της και των δικαιολογητικών κατακύρωσης, αυτή ανακηρύχθηκε οριστική ανάδοχος, με την απόφαση του Δ.Σ. της Δ.Ε.Σ. '.....' έναντι του ποσού της προσφοράς της, ύψους 1.224.990,00 ευρώ (μη συμπεριλαμβανομένου Φ.Π.Α. 24%).

11. Με το δικόγραφο της προσφυγής, το παραδεικτώως κατατεθέν υπόμνημα και την ασκηθείσα παρέμβαση προβάλλονται δύο λόγοι ανάκλησης, συνδεδεμένοι αντιστοίχως με τα δύο αιτιολογικά ερείσματα της προσβαλλόμενης.

12. Με τον πρώτο υποστηρίζεται ότι εσφαλμένα κρίθηκε από την προσβαλλόμενη ως μη νόμιμη η απαίτηση εμπειρίας κτηθείσας από προηγούμενη εκτέλεση δέκα (10) τουλάχιστον συμβάσεων προϋπολογισμού μεγαλύτερου της υπό ανάθεση σύμβασης. Τούτο, προεχόντως διότι, ελλείπει νομοθετικής πρόβλεψης του μέγιστου αριθμού των προηγούμενων συμβάσεων που μπορούν να απαιτηθούν προς απόδειξη της εμπειρίας, η αναθέτουσα είχε την ευχέρεια να καθορίσει τον αριθμό τους με βάση τη φύση και τις ιδιαιτερότητες της σύμβασης, η δε επιλογή της, κρινόμενη *in concreto*, είναι εύλογη και ανάλογη του αντικειμένου του διαγωνισμού. Ειδικότερα επισημαίνεται ότι εκ πρακτικών λόγων, επειδή τα ηλεκτρικά λεωφορεία άρχισαν να ενσωματώνονται στη δημόσια συγκοινωνία τα τελευταία χρόνια, με αξιοποίηση ευρωπαϊκών προγραμμάτων που προωθούν την απεξάρτηση από τα ρυπογόνα συμβατικά λεωφορεία, προκρίθηκε να μην απαιτηθεί εμπειρία από την προηγούμενη

εκτέλεση συμβάσεων προμήθειας ηλεκτρικών λεωφορείων, διότι τούτο θα περιόριζε τον ανταγωνισμό, εφόσον δεν υπάρχει ακόμη ικανός αριθμός οικονομικών φορέων με προηγούμενη ειδική εμπειρία. Έτσι, χάριν ανάπτυξης του ανταγωνισμού, τέθηκε ως κριτήριο τεχνικής ικανότητας η γενικότερη εμπειρία αποδεικνυόμενη από την προηγούμενη εκτέλεση δέκα τουλάχιστον (10) συμβάσεων προμήθειας παντός είδους λεωφορείων, χωρίς περιορισμό ως προς τα ειδικότερα χαρακτηριστικά τους. Ως προς την επιλογή των δέκα (10) συμβάσεων προβάλλεται ότι αυτή δεν συνιστά αυθαίρετο ποσοτικό περιορισμό, καθώς, όπως προκύπτει από την ιστοσελίδα του Συμπληρώματος της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης, όπου δημοσιεύονται οι σχετικές διαδικασίες ανάθεσης, για τα σύνολο των συναφών με λεωφορεία Κωδικών Κοινού Λεξιλογίου εμφανίζονται κατά τα κρίσιμα έτη 2018 -2020 για την Ελλάδα 79 αποτελέσματα και για το σύνολο των χωρών της Ευρωπαϊκής Ένωσης 6.106 αποτελέσματα, η δε αναδειχθείσα ανάδοχος στον ελεγχόμενο διαγωνισμό επικαλέστηκε και απέδειξε την εκτέλεση όχι μόνο δέκα (10) αλλά δεκαεπτά (17) συμβάσεων. Αντιθέτως, από την αντίστοιχη αναζήτηση για τα ηλεκτρικά λεωφορεία προκύπτουν 37 αποτελέσματα για την Ελλάδα και 2007 αποτελέσματα για την Ευρωπαϊκή Ένωση, δεδομένα που επιβεβαιώνουν ότι στον τομέα αυτό δεν υπάρχει ικανός αριθμός οικονομικών φορέων με προηγούμενη σχετική εμπειρία. Επί τη βάση των ανωτέρω προβάλλεται ότι η Δ.Ε.Σ. ‘.....’ νομίμως και εντός των ορίων της διακριτικής της ευχέρειας έθεσε τη συγκεκριμένη απαίτηση, αποβλέποντας σε έναν οικονομικό φορέα με στοιχειώδη παρουσία στον τομέα της προμήθειας λεωφορείων και, συνεπώς με επαρκή αξιοπιστία και εμπειρία στην προμήθεια αυτών, η οποία είναι σημαντικότερη αν λάβει κανείς υπόψη τις σοβαρότατες και επικίνδυνες συνέπειες που μπορεί να έχει η ανάθεση της σύμβασης σε έναν φορέα μη αξιόπιστο, όπως αποδείχθηκε με την αυτοανάφλεξη των ηλεκτρικών λεωφορείων που έλαβε χώρα στις 4 Απριλίου 2022 στο Παρίσι, η οποία οδήγησε σε απόσυρση 149 κυκλοφορούντων ηλεκτρικών λεωφορείων. Συμπληρωματικά προς τα ανωτέρω επισημαίνεται ότι το ελάχιστο όριο των δέκα (10) εκτελεσθεισών συμβάσεων δεν τίθεται το πρώτον στην ελεγχόμενη προμήθεια λεωφορείων, προς απόδειξη δε τούτου αναφέρονται ενδεικτικά οι και

..... διακηρύξεις του Υπουργείου, πολύ μικρότερου οικονομικού αντικειμένου από την ελεγχόμενη (564.516,12 ευρώ, η πρώτη, και 160.000,00 ευρώ, η δεύτερη), οι οποίες θέτουν όμοιο όρο σε διαγωνισμούς προμήθειας μεταχειρισμένων λεωφορείων μεταφοράς προσωπικού.

13. Με τον δεύτερο λόγο ανακλήσεως υποστηρίζεται ότι είναι εσφαλμένη η κρίση της προσβαλλόμενης περί μη νομιμότητας της απαίτησης η εμπειρία να αντλείται από προμήθεια λεωφορείων αποκλειστικά σε Ο.Τ.Α. Α΄ βαθμού. Πρωτίστως, διότι οι Ο.Τ.Α Α΄ βαθμού είναι οι βασικοί αγοραστές λεωφορείων και δη ποικίλων τύπων. Προς απόδειξη του ισχυρισμού σημειώνεται ότι από τα προπαρατεθέντα στοιχεία που αντλήθηκαν από την ιστοσελίδα του Συμπληρώματος της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης, προκύπτει ότι από τα 79 αποτελέσματα συμβάσεων προμήθειας λεωφορείων παντός τύπου στην Ελλάδα την κρίσιμη τριετία 2018-2020, τα 53 φέρουν ένδειξη αγοραστή «Περιφερειακές και τοπικές Αρχές/Φορείς», μόνο δε 9 φέρουν ένδειξη αγοραστή «Φορείς Κοινής Ωφέλειας/Δημοσίου Δικαίου». Από δε τα 6.106 αποτελέσματα για την Ευρωπαϊκή Ένωση, τα 1.478 αποτελέσματα φέρουν την ένδειξη «Περιφερειακές και τοπικές Αρχές/Φορείς». Όσον αφορά στα ηλεκτρικά λεωφορεία, από τα 37 αποτελέσματα που εμφανίζονται για την Ελλάδα, τα 29 φέρουν ένδειξη αγοραστή «Περιφερειακές και τοπικές Αρχές/Φορείς», και κανένα δεν φέρει ένδειξη αγοραστή «Φορείς Κοινής Ωφέλειας/Δημοσίου Δικαίου». Επιπροσθέτως τονίζεται ότι οι Ο.Τ.Α. Α΄ βαθμού προμηθεύονται λεωφορεία παντός τύπου (αστικά, τουριστικά, λεωφορεία προσωπικού, σχολικά, κ.λπ.) για την κάλυψη των ποικίλων δημοτικών αναγκών, γεγονός που εξηγεί και δικαιολογεί γιατί έχει εν προκειμένω αφεθεί απεριόριστο το αντικείμενο των συμβάσεων εμπειρίας, με μόνο απαιτούμενο να πρόκειται για συμβάσεις συνολικού προϋπολογισμού τουλάχιστον ίσου με αυτόν της ελεγχόμενης σύμβασης. Όσον αφορά στην πλημμέλεια που αποδίδεται στον επίμαχο όρο διότι αποκλείει εμπειρία κτηθείσα από συμβάσεις με ιδιωτικούς φορείς προβάλλεται ότι από τη μη συμπερίληψη και ιδιωτών αντισυμβαλλομένων αφ'ενός δεν επηρεάστηκε εν τοις πράγμασι ο ανταγωνισμός λόγω της συντριπτικά δεσπόζουσας θέσης των Ο.Τ.Α. Α΄ βαθμού ως αγοραστή στη σχετική αγορά,

αφ'ετέρου ότι νομίμως δεν συμπεριλήφθηκαν ιδιωτικοί φορείς, διότι τυχόν λεωφορεία που έχουν διατεθεί σε αυτούς δεν είναι αντιστοίχως προσαρμοσμένα ως προς το μέγεθος, την ευελιξία κ.λ.π. και, συνεπώς, η σχετική εμπειρία δεν ανταποκρίνεται στις ανάγκες της Δ.Ε.Σ. '.....' και στις συνακόλουθες απαιτήσεις της πιστοποίησης της καταλληλότητας του προμηθευτή.

14. Περαιτέρω, εν όψει των επιχειρημάτων που προηγήθηκαν και για τους δύο λόγους ανάκλησης, η προσφεύγουσα και η παρεμβαίνουσα διατείνονται ότι και αν ακόμη ήθελε θεωρηθεί ότι συνέτρεξαν οι πλημμέλειες που προσάπτει η προσβαλλόμενη στο επίμαχο κριτήριο, αυτές θα ήταν επουσιώδεις. Τούτο διότι δεν προκύπτει ότι επηρεάστηκε ο ανταγωνισμός, εφόσον η υποβολή μιας μόνο προσφοράς δεν συνδέεται αναπόφευκτα με πλημμέλειες της διαγωνιστικής διαδικασίας, ο συγκεκριμένος όρος δεν προσβλήθηκε με προδικαστική προσφυγή, και η πρόβλεψη δυνατότητας επίκλησης δάνειας εμπειρίας προς απόδειξη πλήρωσης του συγκεκριμένου κριτηρίου διευκόλυνε τη συμμετοχή στον διαγωνισμό. Τέλος, γίνεται επικουρικώς επίκληση συγγνωστής πλάνης της αναθέτουσας, η οποία ζητείται να αναγνωρισθεί ενόψει του ότι αυτή ενήργησε χωρίς πρόθεση καταστρατήγησης των διεπουσών την ανάθεση διατάξεων, με μόνο γνώμονα τη βέλτιστη εξυπηρέτηση των ενδοδημοτικών αναγκών μεταφοράς του Δήμου Ρόδου και ενόψει του κατά τα ανωτέρω επουσιώδους χαρακτήρα της πλημμέλειας.

15. Υπό τις περιστάσεις αυτές, οι λόγοι ανάκλησης και η αναπτυχθείσα για τον καθένα από αυτούς επιχειρηματολογία δεν επιτρέπουν, κατά την κρίση του Δικαστηρίου, να ερμηνευτεί ο επίμαχος όρος εμπειρίας κατά τρόπο που να διασφαλίζεται η συμβατότητά του με τις αρχές και τις νομοθετικές ρυθμίσεις που αναλύθηκαν ανωτέρω στη σκέψη 6. Ανεξαρτήτως του αν ήταν ορθή ή όχι η μη απαίτηση εμπειρίας αποδεικνυόμενης από συμβάσεις προμηθειών ηλεκτρικών λεωφορειών που είναι το εξειδικευμένο αντικείμενο της δημοπρατούμενης προμήθειας και θα διασφάλιζε σε σημαντικό βαθμό την ποιότητα εκτέλεσης της σύμβασης, η απαίτηση επιτυχούς ολοκλήρωσης κατά τη διάρκεια της προηγούμενης του διαγωνισμού τριετίας τουλάχιστον δέκα (10) συμβάσεων προμηθειών παντός τύπου λεωφορείων, προϋπολογισμού μεγαλύτερου της

προϋπολογισθείσας δαπάνης, παρίσταται υπέρμετρη και, συνεπώς, δυσανάλογη. Τούτο διότι ο όρος δεν αναφέρεται σε πωλήσεις ορισμένου αριθμού λεωφορείων που, σύμφωνα με μελέτη της αναθέτουσας, θα κάλυπταν την προϋπολογισθείσα δαπάνη του διαγωνισμού. Αναφέρεται σε συμβάσεις. Κάθε μία, όμως, εκ των δημοσίων αυτών συμβάσεων, ενδέχεται, κατά τα συνήθως συμβαίνοντα, να περιλαμβάνει παραδόσεις περισσότερων του ενός λεωφορείων. Για τον λόγο αυτό, είναι πιθανό μία σύμβαση να υπερβαίνει από μόνη της την προϋπολογισθείσα δαπάνη της ελεγχόμενης προμήθειας και οι δέκα (10) συμβάσεις να την υπερβαίνουν κατά πολύ. Συνεπώς, στο μέτρο που δεν γίνεται διάκριση μεταξύ συμβάσεων που μπορεί να αφορούν περισσότερα λεωφορεία και πωλήσεων που αφορούν στο τίμημα εκάστου λεωφορείου, αίρεται η ισορροπία μεταξύ του απαιτούμενου αριθμού των δέκα τουλάχιστον (10) συμβάσεων και της προϋπολογισθείσας δαπάνης του ελεγχόμενου διαγωνισμού και η απαίτηση, όπως ετέθη, υπερβαίνει το μέτρο/όριο που είναι απαραίτητο για τη διασφάλιση της εμπειρίας του αναδόχου και την ποιότητα εκτέλεσης της σύμβασης. Η κρίση αυτή επιρρωνύεται και από την εκ του σύνεγγυς εξέταση των σχετικών όρων των επικαλούμενων από την προσφεύγουσα και διακηρύξεων του Υπουργείου, στις οποίες η σχετική απαίτηση δεν τίθεται ως όρος τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας ως εν προκειμένω, αλλά ως όρος οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας και διατυπώνεται ως εξής: «(...) απαιτείται να έχουν εκτελέσει τουλάχιστον δέκα (10) πωλήσεις την τελευταία τριετία». Λαμβανομένων υπόψη των ανωτέρω, η κρίση της προσβαλλόμενης ότι ο συγκεκριμένος όρος είναι, κατά τα σκέλος αυτό, υπέρμετρος και άρα δυσανάλογος του σκοπού της εξασφάλισης της ορθής εκτέλεσης της σύμβασης και αδικαιολόγητα περιοριστικός τόσο του δικαιώματος πρόσβασης στον διαγωνισμό όσο και του ανταγωνισμού είναι ορθή, αν και με γενικότερη αιτιολογία, οι δε αντίθετοι ισχυρισμοί που συνθέτουν τον πρώτο λόγο ανάκλησης είναι απορριπτέοι.

16. Αναφορικά με την πλημμέλεια που ενέχει, κατά την προσβαλλόμενη, ο αποκλεισμός της εμπειρίας από συμβάσεις με αποδέκτες άλλους δημόσιους και ιδιωτικούς φορείς, από κανένα στοιχείο της δικογραφίας δεν προκύπτει η

μοναδικότητα και/η η αποκλειστικότητα του ενδιαφέροντος των πρωτοβάθμιων Ο.Τ.Α. για την προμήθεια λεωφορείων. Τα παρατιθέμενα στο δικόγραφο της προσφυγής στοιχεία από την ιστοσελίδα του Συμπληρώματος της Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης δεν περιορίζουν τον κύκλο των ενδιαφερομένων μόνο στους πρωτοβάθμιους Ο.Τ.Α. όπως έγινε στον ελεγχόμενο διαγωνισμό, εφόσον, όπως αναφέρεται, τα στοιχεία φέρουν ένδειξη αγοραστή «Περιφερειακές και τοπικές Αρχές/Φορείς», και «Φορείς Κοινής Ωφέλειας/Δημοσίου Δικαίου». Ούτε αντικατοπτρίζουν πλήρως την πραγματικότητα των αναθέσεων καθώς δεν περιλαμβάνονται σε αυτά στοιχεία διαδικασιών ανάθεσης με προϋπολογισμό κάτω των ορίων. Σε κάθε περίπτωση, όποιο και αν είναι το ποσοστό των Ο.Τ.Α. Α΄ βαθμού στην προμήθεια λεωφορείων, το Δικαστήριο κρίνει ότι μη νομίμως εξαιρέθηκαν από το πεδίο των αποδεκτών των συμβάσεων από τις οποίες αντλείται η εμπειρία επί του αντικειμένου, οι λοιποί δημόσιοι και ιδιωτικοί φορείς. Τούτο πρώτον διότι κατά το εθνικό δίκαιο υπηρεσίες μαζικής μεταφοράς παρέχουν και άλλοι φορείς όπως οι δευτεροβάθμιοι Ο.Τ.Α., οι διαδημοτικές επιχειρήσεις στις οποίες συνήθως εκχωρούνται δρομολόγια, άλλοι κρατικοποιημένοι οργανισμοί όπως ο Οργανισμός Αστικών Συγκοινωνιών Θεσσαλονίκης, τα ΚΤΕΛ και άλλες επιχειρήσεις που λειτουργούν υπό μορφή ανωνύμων εταιρειών και έχουν αναλάβει τη συγκοινωνιακή κάλυψη γραμμών, όπως οι Οδικές Συγκοινωνίες Α.Ε. κ.λπ.. Κατά δεύτερο και μείζονα λόγο η εν λόγω εξαίρεση είναι μη νόμιμη, διότι η ελεγχόμενη διαγωνιστική διαδικασία εμπίπτει, ως εκ του προϋπολογισμού της, στο πεδίο εφαρμογής των οδηγιών περί δημοσίων συμβάσεων καθώς και των θεσπισθέντων σε μεταφορά των οδηγιών εθνικών κανόνων, οι οποίοι, για τους προαναφερθέντες ανωτέρω στη σκέψη 6 λόγους, δεν εισάγουν διακρίσεις ως προς την απαιτούμενη εμπειρία, μεταξύ δημόσιου η ιδιωτικού αποδέκτη της προμήθειας.

17. Εν όψει των προεκτεθέντων, ορθώς κρίθηκε από το Κλιμάκιο ότι ο επίμαχος όρος απόδειξης ικανοποιητικού επιπέδου εμπειρίας παρεμπόδισε την ανάπτυξη πραγματικού ανταγωνισμού, εφόσον περιόρισε ποσοτικά και ποιοτικά,

χωρίς νόμιμο λόγο, τον κύκλο των δυνητικών προσφερόντων. Οι δε ισχυρισμοί του προσφεύγοντος και της παρεμβαίνουσας ότι δεν ασκήθηκαν προδικαστικές προσφυγές και ότι υφίστατο η δυνατότητα χρήσης δάνειας εμπειρίας δεν συμβιβάζονται με τις επιδιώξεις του ενωσιακού νομοθέτη και δεν μπορούν να απομειώσουν τη σοβαρότητα της πλημμέλειας, η οποία άσκησε ουσιώδη επιρροή στη διεξαχθείσα διαδικασία. Το ουσιώδες δε της πλημμέλειας δεν επιτρέπει την αναγνώριση συγγνωστής πλάνης, ανεξαρτήτως του αν ο όρος ετέθη καλοπίστως, και το σχετικό αίτημα πρέπει να απορριφθεί.

18. Κατ' ακολουθία των εκτεθέντων, η προσφυγή και η υπέρ αυτής ασκηθείσα παρέμβαση πρέπει να απορριφθούν.

Για τους λόγους αυτούς

Διατάσσει την απόδοση στην προσφεύγουσα του αχρεωστήτως καταβληθέντος παραβόλου ποσού 100,00 ευρώ.

Απορρίπτει την με ΑΒΔ προσφυγή της Δημοτικής Επιχείρησης Συγκοινωνιών «.....» του Δήμου

Δεν ανακαλεί την Πράξη του Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε σε τηλεδιάσκεψη, στις 7 Ιουνίου 2022.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΣΩΤΗΡΙΑ ΝΤΟΥΝΗ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΠΑΡΕΔΡΟΣ
ΕΥΠΡΑΞΙΑ ΔΗΜΟΛΙΟΥ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΠΕΛΑΓΙΑ ΚΡΗΤΙΚΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε έκτακτη δημόσια συνεδρίαση στο ακροατήριο του 4ου Τμήματος Διακοπών του Δικαστηρίου στις 25 Ιουλίου 2022.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ
ΚΩΝΣΤΑΝΤΙΝΟΣ ΚΩΣΤΟΠΟΥΛΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ
ΜΑΡΙΑ ΦΟΡΤΣΕΡΑ