

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ
ΤΟ ΕΛΕΓΚΤΙΚΟ ΣΥΝΕΔΡΙΟ
ΣΕ ΕΛΑΣΣΟΝΑ ΟΛΟΜΕΛΕΙΑ
ΔΕΥΤΕΡΗ ΣΥΝΘΕΣΗ

Συνεδρίασε δημόσια στο ακροατήριό του, στις 15 Σεπτεμβρίου 2020, με την ακόλουθη σύνθεση: Ιωάννης Σαρμάς, Πρόεδρος, Σωτηρία Ντούνη και Άννα Λιγωμένου, Αντιπρόεδροι, Κωνσταντίνα Ζώη, Δέσποινα Καββαδία-Κωνσταντάρα, Γεωργία Τζομάκα, Θεολογία Γναρδέλλη, Κωνσταντίνος Εφεντάκης, Αγγελική Πανουτσακοπούλου, Δημήτριος Τσακανίκας, Ασημίνα Σακελλαρίου, Ευαγγελία Σεραφή, Ειρήνη Κατσικέρη, Νεκταρία Δουλιανάκη, Αικατερίνη Μποκόρου, Βασιλική Πέππα και Γρηγόριος Βαλληνδράς, Σύμβουλοι. Μετείχαν και οι Σύμβουλοι Κωνσταντίνος Παραθύρας, Αργυρώ Μαυρομάτη, Γεωργία Παπαναγοπούλου και Νικολέτα Ρένεση ως αναπληρωματικά μέλη. Γραμματέας: Ελένη Αυγουστόγλου, υπάλληλος του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Γενικός Επίτροπος της Επικρατείας: Αντώνιος Νικητάκης, Επίτροπος Επικρατείας, κωλυομένης της Γενικής Επιτροπής της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, Χρυσούλας Καραμαδούκη.

Για να δικάσει την από 1.9.2020 (ΑΒΔ .../2020) προσφυγή του νομικού προσώπου δημοσίου δικαίου (νπδδ) με την επωνυμία «Δήμος ...», που εδρεύει στ... .. (οδός ... αρ. ...), εκπροσωπείται νόμιμα και παραστάθηκε διά του πληρεξουσίου δικηγόρου του Σπυρίδωνος Σώκου (ΑΜ ΔΣ...).

Με την ανωτέρω προσφυγή ζητείται η αναθεώρηση της 1634/2020 απόφασης του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Το Ελληνικό Δημόσιο εκπροσωπείται νομίμως από τον Υπουργό Οικονομικών, ο οποίος παραστάθηκε διά του Νομικού Συμβούλου του Κράτους Νικολάου Καραγιώργη.

Κατά τη συζήτηση που ακολούθησε το Δικαστήριο άκουσε:

Τον πληρεξούσιο δικηγόρο του προσφεύγοντος νπδδ, ο οποίος ζήτησε την παραδοχή της προσφυγής αναθεώρησης.

Τον εκπρόσωπο του Ελληνικού Δημοσίου, ο οποίος, ομοίως, ζήτησε την παραδοχή της προσφυγής.

Τον Επίτροπο της Επικρατείας στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ο οποίος ανέπτυξε προφορικά την από 15.9.2020 γνώμη του και πρότεινε την απόρριψη της προσφυγής αναθεώρησης.

Κατόπιν της δημόσιας συνεδρίασης, το Δικαστήριο, στις 30 Σεπτεμβρίου 2020, συνήλθε σε τηλεδιάσκεψη κατ' εφαρμογή του άρθρου 295 παρ. 2, σε συνδυασμό με τα άρθρα 336 παρ. 1 και 357 του ν.4700/2020 (φ. 127/29.6.2020 Α'), με παρόντα τα τακτικά μέλη που έλαβαν μέρος στη συζήτηση της υπόθεσης, εκτός από την Αντιπρόεδρο Άννα Λιγωμένου που είχε κώλυμα (άρθρα 293 παρ. 3 και 336 παρ. 1 του ν.4700/2020) και τον Σύμβουλο Γρηγόριο Βαλληνδρά που αποχώρησε από τη διάσκεψη, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 338 παρ. 3 και 293 παρ. 3 του ν.4700/2020).

**Άκουσε την εισήγηση της Συμβούλου Θεολογίας Γναρδέλλη και
Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφθηκε κατά τον νόμο**

1. Για την ένδικη προσφυγή δεν απαιτείται η καταβολή παραβόλου (βλ. άρθρο 308 παρ. 3 του Κεφαλαίου 49 του ν.4700/2020, το οποίο εφαρμόζεται αναλόγως και στην υπό κρίση διαφορά από τον προσυμβατικό έλεγχο, σύμφωνα με το άρθρο 336 παρ. 1 του ανωτέρω νόμου).

2. Με την ανωτέρω προσφυγή ζητείται η αναθεώρηση της 1634/2020 απόφασης του VI Τμήματος. Με την απόφαση αυτή απορρίφθηκε αίτηση ανάκλησης του ήδη προσφεύγοντος κατά της 194/2020 πράξης του ΣΤ' Κλιμακίου, με την οποία κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή δύο σχεδίων σύμβασης μεταξύ, από τη μια πλευρά, του προσφεύγοντος Δήμου και της «Κοινοφελούς Δημοτικής Επιχείρησης Δήμου ...» και, από την άλλη πλευρά, της εταιρείας «... ΑΒΕΕ», για την προμήθεια βενζίνης αμόλυβδης και πετρελαίου κίνησης για τα έτη 2020-2021.

3. Η ανωτέρω προσφυγή έχει ασκηθεί εμπροθέσμως και κατά τα λοιπά νομοτύπως. Συνεπώς, πρέπει να γίνει τυπικώς δεκτή και να κριθεί περαιτέρω ως προς τη βασιμότητα των προβαλλομένων με αυτήν λόγων.

4. Οι λόγοι της κρινόμενης προσφυγής αναπτύσσονται με το από 16.9.2020 νομίμως κατατεθέν υπόμνημα.

5. Ο ν.4412/2016 «Δημόσιες Συμβάσεις Έργων, Προμηθειών και Υπηρεσιών (προσαρμογή στις Οδηγίες 2014/24/ΕΕ και 2014/25/ΕΕ)» (φ. 147 Α') ορίζει, στο άρθρο 18 παρ. 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 και της προστασίας του περιβάλλοντος και της βιώσιμης και αειφόρου ανάπτυξης (...). Από τη διάταξη αυτή πηγάζει η υποχρέωση της αναθέτουσας αρχής να αντιμετωπίζει τους διαγωνιζόμενους με ισότιμο τρόπο και να μην προβαίνει σε ενέργειες, οι οποίες περιορίζουν ή στρεβλώνουν τον ανταγωνισμό μεταξύ ιδιωτικών οικονομικών φορέων, παρέχοντας αδικαιολόγητο πλεονέκτημα σε κάποιον εξ αυτών έναντι των λοιπών συμμετεχόντων στον διαγωνισμό (ΕΛΣ Ολ. 1641/2020).

6. Ο ίδιος ν.4412/2016 ορίζει, στο Βιβλίο Ι, στο άρθρο 75 με τίτλο «Κριτήρια επιλογής»: «1. Τα κριτήρια επιλογής μπορεί να αφορούν: α) την καταλληλότητα για την άσκηση της επαγγελματικής δραστηριότητας, β) την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, γ) την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα. Οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν στους οικονομικούς φορείς ως απαιτήσεις συμμετοχής μόνο τα κριτήρια που αναφέρονται στις παραγράφους 2, 3 και 4. Οι αναθέτουσες αρχές περιορίζουν τις όποιες απαιτήσεις συμμετοχής σε εκείνες που είναι απαραίτητες ώστε να διασφαλίζεται ότι ο υποψήφιος ή ο προσφέρων διαθέτει τις εκ του νόμου απαιτούμενες προϋποθέσεις, τις χρηματοοικονομικές δυνατότητες, καθώς και τις τεχνικές και επαγγελματικές ικανότητες για την εκτέλεση της υπό ανάθεση σύμβασης. Όλες οι απαιτήσεις σχετίζονται και είναι ανάλογες με το αντικείμενο της σύμβασης (...). 3. Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να επιβάλλουν απαιτήσεις που να διασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν την αναγκαία οικονομική και χρηματοδοτική ικανότητα για την εκτέλεση της σύμβασης. Για το σκοπό αυτόν, οι αναθέτουσες αρχές μπορούν να απαιτούν ειδικότερα από τους οικονομικούς φορείς να έχουν έναν ορισμένο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών, συμπεριλαμβανομένου ορισμένου ελάχιστου κύκλου εργασιών στον τομέα δραστηριοτήτων που καλύπτεται από τη σύμβαση (...). Ο ελάχιστος ετήσιος κύκλος εργασιών που απαιτείται να έχουν οι οικονομικοί φορείς δεν υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, εκτός από δεόντως αιτιολογημένες περιπτώσεις, όπως σχετικά με τους ειδικούς κινδύνους που αφορούν τη φύση των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Η αναθέτουσα αρχή αναφέρει τους βασικούς λόγους για την απαίτηση αυτή στα έγγραφα της σύμβασης ή στη χωριστή έκθεση που προβλέπεται στο άρθρο 341 (...). Όταν μια σύμβαση υποδιαιρείται σε τμήματα, το παρόν άρθρο εφαρμόζεται σε σχέση με κάθε επιμέρους τμήμα. Εντούτοις, η αναθέτουσα αρχή μπορεί να καθορίζει τον ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών που πρέπει να έχουν οι οικονομικοί φορείς ανά ομάδες τμημάτων, αν ανατεθούν στον ανάδοχο περισσότερα τμήματα που πρέπει να εκτελεστούν ταυτοχρόνως. (...). Σύμφωνα με το άρθρο 341 με τίτλο

«Χωριστές εκθέσεις σχετικά με τις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων» του Βιβλίου ΙΙ του ίδιου νόμου, για κάθε σύμβαση που εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του παρόντος νόμου, οι αναθέτουσες αρχές του Βιβλίου Ι συντάσσουν γραπτή έκθεση με το ελάχιστο περιεχόμενο που καθορίζεται στην εν λόγω διάταξη.

7. Από τις ως άνω διατάξεις συνάγεται ότι οι αναθέτουσες αρχές, προκειμένου να διασφαλίζουν την ορθή και έντεχνη εκτέλεση της σύμβασης από οικονομικά φερέγγυους υποψήφιους αναδόχους, έχουν την ευχέρεια να ζητούν με την προκήρυξη ένα ελάχιστο επίπεδο χρηματοοικονομικής επάρκειας, που μπορεί να διατυπώνεται με την απαίτηση ενός ελάχιστου ετήσιου κύκλου εργασιών. Προκειμένου, όμως, να αποφευχθεί η θέσπιση υπερβολικά αυστηρών χρηματοοικονομικών απαιτήσεων, δυσανάλογων προς το αντικείμενο της σύμβασης, οι οποίες θα αποτελούσαν εμπόδιο συμμετοχής στον διαγωνισμό μικρομεσαίων επιχειρήσεων (βλ. αιτιολογική σκέψη 83 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ και αιτιολογική έκθεση του ν.4412/2016 επί του άρθρου 75, σελ. 20), ο νομοθέτης έθεσε ανώτατο όριο στις αναθέτουσες αρχές ως προς τον απαιτούμενο ελάχιστο ετήσιο κύκλο εργασιών των οικονομικών φορέων, ορίζοντας ότι αυτός δεν θα πρέπει να υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης. Υπέρβαση του ανώτατου αυτού ορίου από την αναθέτουσα αρχή προϋποθέτει ειδική αιτιολογία, η οποία πρέπει να περιλαμβάνεται στα έγγραφα της σύμβασης ή στην ειδική έκθεση του άρθρου 341 του ν.4412/2016.

8. Από τα στοιχεία του φακέλου προκύπτουν όσα εκτίθενται στις σκέψεις 9 έως 13 που ακολουθούν.

9. Με την .../20.1.2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου ... Νομού ... εγκρίθηκαν οι όροι της διακήρυξης και προκηρύχθηκε ανοικτός ηλεκτρονικός διαγωνισμός για την προμήθεια υγρών καυσίμων κίνησης και θέρμανσης για τις ανάγκες του Δήμου ... και των νομικών του προσώπων (ΝΠΔΔ Παιδείας, Πολιτισμού, Αθλητισμού ... «...», Σχολική Επιτροπή Πρωτοβάθμιας Εκπαίδευσης, Σχολική Επιτροπή Δευτεροβάθμιας Εκπαίδευσης και ΚοΔΕΔη...) για τα έτη 2020-2021, συνολικής προϋπολογιζόμενης δαπάνης 668.436,27 ευρώ (χωρίς ΦΠΑ).

10. Στην .../2020 (ΑΔΑΜ: ...) διακήρυξη του ελεγχόμενου διαγωνισμού, και ειδικότερα, στο άρθρο 1.3 με τίτλο «Συνοπτική Περιγραφή φυσικού και οικονομικού αντικείμενου της σύμβασης», ορίζεται: «Αντικείμενο της σύμβασης είναι η προμήθεια υγρών καυσίμων κίνησης (αμόλυβδη βενζίνη, πετρέλαιο κίνησης) και πετρελαίου θέρμανσης για το Δήμο ... και τα Νομικά του Πρόσωπα για τα έτη 2020-2021. Η προμήθεια των υγρών καυσίμων κίνησης (αμόλυβδη βενζίνη, πετρέλαιο

κίνησης) για το Δήμο ... (1^{ος} και 2^{ος} Τμηματικός Προϋπολογισμός) αφορά τα έτη 2020 και 2021. Η προμήθεια των υπολοίπων καυσίμων των Ν.Π. (3^{ος}, 4^{ος}, 5^{ος} και 6^{ος} Τμηματικός Προϋπολογισμός) αφορά το έτος 2020. Τα υπό προμήθεια καύσιμα προορίζονται για την κάλυψη των αναγκών του Δήμου και των Νομικών Προσώπων του όσον αφορά την αποκομιδή απορριμμάτων, την συντήρηση, επισκευή και θέρμανση δημοσίων χώρων (σχολεία, Δημαρχείο κλπ), την αντιμετώπιση εκτάκτων αναγκών (πλημμύρες, χιονοπτώσεις, κατολισθήσεις) κ.λ.π. Ο Δήμος ... έχει ιδιωτικό πρατήριο καυσίμων το οποίο εξυπηρετεί τα οχήματα και τα μηχανήματά του καθώς και τα οχήματα του Ν.Π. Κο.Δ.Ε.Δη. [Κοινοφελής Δημοτική Επιχείρηση Δήμου ...] και κατά συνέπεια δύναται να προμηθεύεται καύσιμα κίνησης σε τιμή χονδρικής πώλησης απευθείας από εταιρείες καυσίμων. Το πετρέλαιο θέρμανσης δεν μπορεί να αποθηκευτεί και να διακινηθεί από το Δήμο ή τα Νομικά του Πρόσωπα, συνεπώς η τροφοδοσία των κτιρίων θα γίνεται από εξωτερικό πρατήριο καυσίμων με βυτίο του και σε τιμές λιανικής πώλησης. Σύμφωνα με τα παραπάνω η παρούσα σύμβαση υποδιαιρείται σε 6 τμήματα ως εξής (...) [Ακολουθεί περιγραφή ανά τμήμα, φορέα και δαπάνη χωρίς ΦΠΑ και με ΦΠΑ]: 1^ο Τμήμα: Βενζίνη Αμόλυβδη. ΔΗΜΟΣ 50.000 ευρώ – 62.000 ευρώ (Τιμές Χονδρικής). 2^ο Τμήμα: Πετρέλαιο κίνησης. ΔΗΜΟΣ 483.870,97 ευρώ - 600.000 ευρώ (Τιμές Χονδρικής). 3^ο Τμήμα: Πετρέλαιο θέρμανσης: Σχολική Επιτροπή Α΄ και Β΄/θμιας Εκπαίδευσης Δ.Ε. ...: 78.718,50 ευρώ - 97.610,94 ευρώ (Τιμές Λιανικής). 4^ο Τμήμα: Πετρέλαιο θέρμανσης. Σχολικές Επιτροπές Δ.Ε. ... και Δήμος ... (Δ.Ε. ...). 51.541,80 ευρώ - 63.911,83 ευρώ (Τιμές Λιανικής). 5^ο Τμήμα: Βενζίνη αμόλυβδη. Κο.Δ.Ε.Δη. 3.606 ευρώ - 4.471,44 ευρώ (Τιμές Λιανικής). 6^ο Τμήμα: Βενζίνη αμόλυβδη και πετρέλαιο κίνησης. ... (δημοτικό νπδδ). 699 ευρώ - 866,76 ευρώ (Τιμές Λιανικής)».

11. Στην ανωτέρω διακήρυξη, στο άρθρο 2.2.5 με τίτλο «Οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια», ορίζεται: «Όσον αφορά την οικονομική και χρηματοοικονομική επάρκεια για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται να δηλώσουν ελάχιστο μέσο “ειδικό” ετήσιο κύκλο εργασιών για τα τρία (3) προηγούμενα έτη: 2.000.000 (ΕΥΡΩ) για τους 1^ο, 2^ο και 5^ο Τμηματικούς Προϋπολογισμούς. Για τους 3^ο, 4^ο και 6^ο Τμηματικούς Προϋπολογισμούς δεν απαιτείται απόδειξη οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας.» και στην παρ. Β.3 του άρθρου 2.2.9.2 με τίτλο «Αποδεικτικά μέσα» ορίζεται: «Για την απόδειξη της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας της παραγράφου 2.2.5 οι οικονομικοί φορείς προσκομίζουν αντίγραφο ή απόσπασμα του ισολογισμού της επιχείρησης, εφόσον συντάσσεται, κατά τις τρεις προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις, αλλιώς δήλωση περί του συνολικού ύψους του κύκλου εργασιών της

επιχείρησης που αφορά ειδικότερα τα υπό προμήθεια καύσιμα, κατά τις τρεις προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού οικονομικές χρήσεις. Εάν ο οικονομικός φορέας, για βάσιμο λόγο, δεν είναι σε θέση να προσκομίσει τα ανωτέρω δικαιολογητικά, μπορεί να αποδεικνύει την οικονομική και χρηματοοικονομική του επάρκεια με οποιοδήποτε άλλο κατάλληλο έγγραφο». Τέλος, στο άρθρο 2.2.6 με τίτλο «Τεχνική και επαγγελματική ικανότητα», ορίζεται: «Όσον αφορά στην τεχνική και επαγγελματική ικανότητα για την παρούσα διαδικασία σύναψης σύμβασης, οι οικονομικοί φορείς απαιτείται: i) για τους 1^ο, 2^ο και 5^ο Τμηματικούς Προϋπολογισμούς: κατά τη διάρκεια των τριών τελευταίων ετών (2017, 2018, 2019), να έχουν εκτελέσει καλώς, τουλάχιστον 3 συμβάσεις προμηθειών του συγκεκριμένου τύπου ii) να κατέχουν Άδεια εμπορίας – διακίνησης πετρελαιοειδών τύπου Α για τους 1^ο, 2^ο και 5^ο Τμηματικούς Προϋπολογισμούς και άδεια πρατηρίου υγρών καυσίμων για τους υπόλοιπους Τμηματικούς Προϋπολογισμούς».

12. Ως κριτήριο κατακύρωσης του επίμαχου διαγωνισμού ορίστηκε η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά μόνο βάσει τιμής και, ειδικότερα το μεγαλύτερο ποσοστό έκπτωσης στη μέση τιμή χονδρικής (για τα Τμήματα 1^ο, 2^ο και 5^ο) ή λιανικής πώλησης (για τα Τμήματα 3^ο, 4^ο και 6^ο) στον Νομό ... κατά την ημέρα παράδοσης σύμφωνα με το Παρατηρητήριο Τιμών Υγρών Καυσίμων του Υπουργείου Οικονομίας και Ανάπτυξης. Επίσης, ορίστηκε ότι προσφορά μπορεί να υποβληθεί για ένα ή περισσότερα ή όλα τα Τμήματα, απαραιτήτως όμως για τη συνολική ποσότητα κάθε Τμήματος.

13. Στον διαγωνισμό αυτό, για τον οποίο τηρήθηκαν οι νόμιμες διατυπώσεις δημοσιότητας σε εθνικό και ενωσιακό επίπεδο, μέχρι την καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών (26.2.2020) κατατέθηκε μόνο μία προσφορά, για τα Τμήματα 1^ο, 2^ο και 5^ο, από την εταιρεία «... ΑΒΕΕ», η οποία, μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών συμμετοχής, της τεχνικής προσφοράς και την αποσφράγιση της οικονομικής προσφοράς της, ανακηρύχθηκε προσωρινή ανάδοχος (βλ. πρακτικά 1 και 2 της επιτροπής διαγωνισμού, που εγκρίθηκαν με την .../4.3.2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου). Μετά τον έλεγχο των δικαιολογητικών κατακύρωσης, κατακυρώθηκε σε αυτήν το αποτέλεσμα του διαγωνισμού για τα ως άνω Τμήματα, έναντι ποσοστού έκπτωσης για κάθε Τμήμα 0,5% στη διαμορφούμενη ανά είδος καυσίμου μέση τιμή χονδρικής πώλησης στον Νομό ..., κατά την ημέρα παράδοσης, σύμφωνα με το εβδομαδιαίο δελτίο επισκόπησης τιμών του Παρατηρητηρίου Τιμών Υγρών Καυσίμων (βλ. το από 24.3.2020 πρακτικό της επιτροπής διαγωνισμού, που εγκρίθηκε με την .../24.3.2020 απόφαση της Οικονομικής Επιτροπής του Δήμου). Τέλος, σύμφωνα με την από 2.4.2020 βεβαίωση του Δημάρχου ... δεν

κατατέθηκαν ενστάσεις ή προδικαστικές προσφυγές ή ασφαλιστικά μέτρα κατά της οικείας διακήρυξης και του διαγωνισμού.

14. Με την 194/2020 πράξη του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου κρίθηκε ότι κωλύεται η υπογραφή των υποβληθέντων σχεδίων σύμβασης, με την αιτιολογία ότι ο προβλεπόμενος στο άρθρο 2.2.5 της διακήρυξης όρος, σύμφωνα με τον οποίο κάθε οικονομικός φορέας που επιθυμεί να συμμετάσχει στον διαγωνισμό για κάθε ένα από τα Τμήματα 1^ο, 2^ο και 5^ο πρέπει να έχει ελάχιστο μέσο ειδικό ετήσιο κύκλο εργασιών των τριών προηγούμενων, του έτους του διαγωνισμού, οικονομικών χρήσεων, ποσού 2.000.000 ευρώ, τέθηκε κατά παράβαση του άρθρου 75 παρ. 3 του ν.4412/2016. Και τούτο, διότι το ελάχιστο όριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας που θεσπίστηκε με τον ως άνω όρο υπερβαίνει το διπλάσιο της εκτιμώμενης συμβατικής αξίας, τόσο κάθε επιμέρους τμήματος, όσο και του αθροίσματος των ως άνω τριών τμημάτων, χωρίς να υπάρχει στα έγγραφα της σύμβασης ειδική προς τούτο αιτιολογία. Η ως άνω πλημμέλεια κρίθηκε από το Κλιμάκιο ουσιώδης, δεδομένου ότι: i) ο όρος αυτός δύναται να εμποδίσει τις μικρομεσαίες επιχειρήσεις να συμμετάσχουν στον διαγωνισμό και ii) δεν αναπτύχθηκε εν τοις πράγμασι ανταγωνισμός, αφού στον επίμαχο διαγωνισμό συμμετείχε μόνο μία εταιρεία. Τέλος, ούτε η ανάδοχος εταιρεία πληρούσε το ως άνω κριτήριο οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, αφού ο μέσος ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών των οικονομικών χρήσεων 2016-2018 (για τις οποίες υπέβαλε στοιχεία) ανέρχεται στο ύψος των 1.988.336,33 ευρώ, ενώ, όπως επισημαίνεται, η ανάδοχος έπρεπε να έχει προσκομίσει στοιχεία για τις οικονομικές χρήσεις 2017-2019, καθόσον αυτές είναι οι τρεις προηγούμενες του έτους του διαγωνισμού.

15. Το VI Τμήμα, επιληφθέν κατόπιν προσφυγής ανάκλησης του νυν προσφεύγοντος, επικύρωσε τις κρίσεις του Κλιμακίου αναφορικά με την παρανομία του άρθρου 2.2.5 της διακήρυξης. Περαιτέρω, χαρακτήρισε την εν λόγω πλημμέλεια ουσιώδη, διότι αφενός μεν, κατά τα γνωστά στο Δικαστήριο, στους διαγωνισμούς προμήθειας καυσίμων των Δήμων, αναπτύσσεται περιορισμένος ανταγωνισμός, με αποτέλεσμα ο επίμαχος όρος να θέτει μία ιδιαίτερος υψηλή και δυσανάλογη του συμβατικού αντικειμένου απαίτηση χρηματοοικονομικής επάρκειας, η οποία ευνοεί τη συμμετοχή ακόμη πιο περιορισμένου αριθμού διαγωνιζομένων και πάντως περιστελλεί τη δυνατότητα συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων που δυσχερώς δύνανται να ανταποκριθούν με ίδια μέσα στην εν λόγω ελάχιστη απαίτηση. Αφετέρου δε, διότι παρεμπόδισε εν τοις πράγμασι την ανάπτυξη του ανταγωνισμού, αφού στον ελεγχόμενο διαγωνισμό συμμετείχε μόνο ένας οικονομικός φορέας. Περαιτέρω, τον ισχυρισμό του ήδη προσφεύγοντος ότι αντίστοιχος όρος είχε περιληφθεί σε διακήρυξη άλλου

διαγωνισμού που ελέγχθηκε από το παρόν Δικαστήριο και δεν διατυπώθηκε επιφύλαξη ως προς τη νομιμότητά του, τον απέρριψε ως αλυσιτελή, με την αιτιολογία ότι το Ελεγκτικό Συνέδριο δεν δεσμεύεται να κρίνει διαφορετικά σε μεταγενέστερη υπόθεση. Στο μέτρο δε, που με αυτόν τον ισχυρισμό ο προσφεύγων Δήμος επικαλείται συνδρομή συγγνωστής πλάνης, τον απέρριψε και ως αβάσιμο, διότι η πλάνη αυτή, εν όψει του γεγονότος ότι οι σχετικές διατάξεις της κείμενης νομοθεσίας είναι σαφείς, η δε αναδειχθείσα πλημμέλεια της ελεγχόμενης διαδικασίας κρίθηκε ουσιώδης, ακόμη και αν ήθελε θεωρηθεί ότι υπάρχει, δεν είναι συγγνωστή. Τέλος, σύμφωνα με την προσβαλλόμενη και κατά παραδοχή σχετικού λόγου ανάκλησης, η κρίση του Κλιμακίου ότι η ανάδοχος εταιρεία δεν πληροί τον κριθέντα ως παράνομο όρο του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης, είναι εσφαλμένη, διότι ο μέσος ειδικός ετήσιος κύκλος εργασιών της ανέρχεται σε 1.988.336.330 ευρώ και όχι σε 1.988.336,33 ευρώ, όπως υπέλαβε το τελευταίο.

16. Με την κρινόμενη προσφυγή αναθεώρησης προβάλλεται ότι, σε αντίθεση με τις κρίσεις της προσβαλλόμενης απόφασης, η επίμαχη πλημμέλεια δεν άσκησε ουσιώδη επίδραση στην ανάπτυξη του ανταγωνισμού για την ανάθεση της σύμβασης με αυτό το αντικείμενο, διότι δεν υφίσταται εντός της Ελληνικής Επικράτειας μικρομεσαία επιχείρηση που να δραστηριοποιείται στη χονδρική πώληση καυσίμων, ώστε, και ελλείποντος του παράνομου αυτού όρου, τίποτα δεν θα άλλαζε ως προς τον αριθμό των ενδιαφερόμενων οικονομικών φορέων. Εξ άλλου, η πρόσθετη απαίτηση του άρθρου 2.2.6 της διακήρυξης περί κατοχής άδειας εμπορίας – διακίνησης πετρελαιοειδών τύπου Α, για τη χορήγηση της οποίας, μεταξύ άλλων, απαιτείται ελάχιστο εταιρικό κεφάλαιο ποσού 200.000 ευρώ (βλ. άρθρο 6 παρ. 5 του ν.3054/2002, φ. 230 Α'), επιβεβαιώνει την εκ των πραγμάτων αδυναμία συμμετοχής μικρομεσαίων επιχειρήσεων στον εν λόγω διαγωνισμό. Πάντως, ακόμη και εάν ήθελε θεωρηθεί ότι μία μικρομεσαία επιχείρηση κατέχει τέτοια άδεια, η έλλειψη αποθηκευτικών χώρων επαρκούς μεγέθους θα την ανάγκαζε να ενεργεί, επί της ουσίας, ως μεσάζοντας, δηλαδή να στέλνει τα βυτιοφόρα της στα διυλιστήρια για ανεφοδιασμό και εν συνεχεία αυτά να μεταβαίνουν στην έδρα του προσφεύγοντος δήμου για ανεφοδιασμό του ιδιωτικού του πρατηρίου, με αποτέλεσμα την αύξηση του κόστους της προμήθειας και την πρόσθετη οικονομική επιβάρυνση του προσφεύγοντος. Περαιτέρω, εφόσον με τη 214/2018 πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου κρίθηκε ότι δεν κωλύεται η σύναψη προγενέστερης σύμβασης προμήθειας του προσφεύγοντος με το ίδιο αντικείμενο, μολονότι η διακήρυξη περιείχε πανομοιότυπο όρο περί ελάχιστου ετήσιου κύκλου εργασιών ύψους 2.000.000 ευρώ, προβάλλεται ότι δημιουργήθηκε σε αυτόν συγγνωστή πλάνη αναφορικά με τη νομιμότητά του. Ακόμη, συντρέχουν λόγοι δημοσίου συμφέροντος για την άμεση εκτέλεση της ελεγχόμενης προμήθειας, προκειμένου η κάλυψη των

δημοτικών αναγκών να γίνει με την έκπτωση του 0,5% που εξασφαλίστηκε με τον επίμαχο διαγωνισμό και όχι με τις υψηλότερες τιμές που προσφέρονται στις απευθείας αναθέσεις, στις οποίες αναγκάζεται να προσφεύγει ο προσφεύγων δήμος στο ενδιάμεσο χρονικό διάστημα. Τέλος, προβάλλεται ότι ο μέσος όρος της αναδόχου εταιρείας «... ABEE» ανέρχεται σε 1.988.336.330 ευρώ και όχι σε 1.988.336,33 ευρώ, όπως, κατά πλάνη περί τα πράγματα, έκρινε το Κλιμάκιο, προς απόδειξη δε αυτού του ισχυρισμού προσκομίζεται η χρηματοοικονομική κατάσταση της αναδόχου για τη χρήση 2019, από την οποία προκύπτει ότι ο κύκλος εργασιών της ανήλθε σε 2.303.659.000 ευρώ.

17. Από τα αναφερθέντα στις σκέψεις 9 έως 13 προκύπτει ότι ο προσφεύγων Δήμος, διατηρώντας πρατήριο καυσίμων κίνησης, που εξυπηρετεί τα δικά του οχήματα και μηχανήματα, καθώς και εκείνα της κοινωφελούς του επιχείρησης, προκήρυξε την προμήθεια υγρών καυσίμων απευθείας από τις εταιρείες καυσίμων σε τιμές χονδρικής, ορίζοντας ως ελάχιστες απαιτήσεις καταλληλότητας των υποψήφιων οικονομικών φορέων, ελάχιστο μέσο ετήσιο κύκλο εργασιών για τα τρία προηγούμενα έτη ύψους 2.000.000 ευρώ, καθώς και την κατοχή άδειας εμπορίας – διακίνησης πετρελαιοειδών τύπου Α. Όμως, ως προς το πετρέλαιο θέρμανσης, το οποίο δεν μπορεί να αποθηκευτεί και να διακινηθεί από τον προσφεύγοντα Δήμο, η προκήρυξη όριζε ότι η τροφοδοσία του θα γίνεται από εξωτερικό πρατήριο που κατέχει άδεια πρατηρίου υγρών καυσίμων με δικό του βυτίο και σε τιμές λιανικής πώλησης, ενώ δεν θεσπίζει, ως προς αυτό το είδος, κριτήριο για ελάχιστο κύκλο εργασιών.

18. Εν όψει των ανωτέρω και όσων έγιναν δεκτά στη σκέψη 7, το Δικαστήριο κρίνει ότι, κατά παράβαση του άρθρου 75 παρ. 3 του ν.4412/2016, το ελάχιστο όριο της οικονομικής και χρηματοοικονομικής επάρκειας, που θεσπίστηκε με το άρθρο 2.2.5 της οικείας διακήρυξης, υπερβαίνει, χωρίς ειδική αιτιολογία, το διπλάσιο της εκτιμώμενης συμβατικής αξίας τόσο κάθε επιμέρους τμήματος (1^ο Τμήμα: 50.000 ευρώ, 2^ο Τμήμα: 483.870,97 ευρώ και 5^ο Τμήμα: 3.606 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ), όσο και του αθροίσματος των ως άνω τριών τμημάτων (537.476,97 ευρώ, χωρίς ΦΠΑ).

19. Το Δικαστήριο παρατηρεί ότι, για την κάλυψη όμοιων αναγκών κατά τα προηγούμενα έτη 2018-2019, ο προσφεύγων Δήμος είχε επίσης προκηρύξει διαγωνιστική διαδικασία, θέτοντας απαιτήσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας, όμοιες με αυτές που διέπουν τον επίμαχο διαγωνισμό και εκτέθηκαν στη σκέψη 11 της παρούσας. Το ΣΤ΄ Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με τη 214/2018 πράξη του, ήλεγξε τη διαγωνιστική διαδικασία και το σχέδιο

σύμβασης εκείνης της προμήθειας και έκρινε ότι δεν συντρέχουν ουσιώδεις πλημμέλειες που να κωλύουν την υπογραφή του.

20. Το Δικαστήριο υπενθυμίζει ότι με το άρθρο 98 παρ. 1 περ. β του Συντάγματος και τις συναφείς διατάξεις τυπικών νόμων [άρθρα 15 του ν.2145/1993 (φ. 88 Α'), 8 του ν.2741/1999 (φ. 199 Α'), 2 του ν.3060/2002 (φ. 242 Α'), 35 του ν.4129/2013 (φ. 52 Α') και, ήδη, 324 του ν.4700/2020] ανατέθηκε στο Ελεγκτικό Συνέδριο, ένεκα της δικαστικής του φύσης, ο έλεγχος της νομιμότητας του συνόλου της διαδικασίας και του οικείου σχεδίου των σημαντικής αξίας συμβάσεων που πρόκειται να συναφθούν από το Δημόσιο και τα δημόσια νομικά πρόσωπα. Ο έλεγχος αυτός, που αποβλέπει στη θεραπεία της αντικειμενικής ακεραιότητας των διαγωνιστικών διαδικασιών, δεν στοχεύει στην προστασία υποκειμενικών δικαιών αλλά στη διασφάλιση του σεβασμού αξιών και αρχών, όπως η διαφάνεια, η ισότητα των μερών και ο υγιής ανταγωνισμός, επί των οποίων στηρίζεται το σύνολο της οικείας νομοθεσίας, συνακόλουθα δε και στην ασφάλεια του δικαίου, η οποία επιβάλλεται μέσω της τήρησης των νομολογουμένων υπό του Δικαστηρίου. Ως εκ τούτου, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, δεν αρκεί, για να διατυπωθεί αρνητική κρίση αυτού ως προς την υπογραφή ελεγχόμενου σχεδίου σύμβασης, να διαπιστωθεί σχετικώς η ύπαρξη παρατυπίας. Πρέπει ακόμη, με ιδιαίτερη δεόντως αιτιολογημένη σκέψη, να κριθεί ότι η πλημμέλεια που εντοπίστηκε είναι και ουσιώδης, ως πλήττουσα αξίες και αρχές ως αυτές στις οποίες έγινε ήδη αναφορά.

21. Με βάση όσα εκτέθηκαν στην προηγούμενη σκέψη, αναφορικά με τον χαρακτήρα των πλημμελειών που μπορεί να στοιχειοθετήσουν διακωλυτικό λόγο υπογραφής σύμβασης, το Δικαστήριο κρίνει ότι, εν προκειμένω, η θέσπιση του επίμαχου όρου της διακήρυξης δεν συνιστά ουσιώδη πλημμέλεια, όπως εσφαλμένα κρίθηκε με την προσβαλλόμενη. Σύμφωνα με τη διακήρυξη, η προμήθεια των κατακυρωθέντων ειδών απευθυνόταν σε μεγάλες εταιρείες εμπορίας καυσίμων που μπορούν, λόγω της οικονομικής τους αντοχής, να εφοδιάζουν διαρκώς το δημοτικό πρατήριο με μεγάλες ποσότητες σε σταθερές τιμές χονδρικής. Στις διαδοχικές διαγωνιστικές διαδικασίες που προκήρυττε ο προσφεύγων Δήμος, δεν προκύπτει ότι ασκήθηκε ένσταση κατά της νομιμότητας του όρου αυτού και ούτε ότι κάποιος εκ των συμμετεχόντων στη διαγωνιστική διαδικασία αποκλείστηκε κατ' εφαρμογή του, ενώ το ΣΤ' Κλιμάκιο του Ελεγκτικού Συνεδρίου, με τη 214/2018 πράξη του, δεν ανέδειξε τη σχετική πλημμέλεια, δημιουργώντας εύλογη πεποίθηση ως προς τη νομιμότητά του, με αποτέλεσμα ο προσφεύγων Δήμος να τον επανεισαγάγει στον υπό κρίση διαγωνισμό. Εν όψει τούτων, το Δικαστήριο, αν και διαπιστώνει όντως πλημμέλεια στην υπό κρίση διαδικασία, καθόσον δεν αιτιολογείται δεόντως

το ύψος του ποσού που τέθηκε προς απόδειξη της οικονομικής επάρκειας των συμμετεχόντων φορέων, εντούτοις δεν δύναται να θεωρήσει την πλημμέλεια αυτή ως ουσιώδη, καθόσον δεν αναδεικνύεται δι' αυτής, ως εκ του λόγου που την εξηγεί, πλήγμα στην αντικειμενική ακεραιότητα της διαγωνιστικής διαδικασίας.

22. Η Σύμβουλος Ασημίνα Σακελλαρίου διατύπωσε την ακόλουθη ειδικότερη συγκλίνουσα γνώμη: Ο επίμαχος όρος 2.2.5 της διακήρυξης τέθηκε κατά παράβαση του άρθρου 75 παρ. 3 του ν. 4412/2016, συνεπώς, η απορρέουσα εκ του όρου αυτού πλημμέλεια είναι ουσιώδης, όπως ορθώς και με νόμιμη αιτιολογία δέχθηκε η πληττόμενη απόφαση. Περαιτέρω, ορθώς το δικάσαν Τμήμα έκρινε ότι το Ελεγκτικό Συνέδριο, στο πλαίσιο της άσκησης του συνταγματικά κατοχυρωμένου στο άρθρο 98 παρ. 1 περ. β' προσυμβατικού ελέγχου, δεν δεσμεύεται σε μεταγενέστερη υπόθεση να κρίνει διαφορετικά. Πλην όμως, πρέπει να συνεκτιμηθεί ότι το ΣΤ' Κλιμάκιο του Δικαστηρίου τούτου, με τη 214/2018 πράξη του, είχε σε προγενέστερο χρόνο ελέγξει τη διαγωνιστική διαδικασία για την κάλυψη όμοιων αναγκών των προηγούμενων ετών 2018-2019 του ίδιου Δήμου, με τις ίδιες απαιτήσεις χρηματοοικονομικής επάρκειας και τεχνικής/επαγγελματικής ικανότητας με αυτές που διέπουν τον επίμαχο διαγωνισμό και είχε κρίνει ότι δεν συνέτρεχαν ουσιώδεις πλημμέλειες που να κωλύουν την υπογραφή του οικείου σχεδίου σύμβασης. Η προηγηθείσα, όμως, αυτή κρίση του Κλιμακίου, είχε δημιουργήσει στην αναθέτουσα αρχή την εύλογη και δικαιολογημένη πεποίθηση ότι όλοι οι όροι της ελεγχθείσας διακήρυξης ήταν σύννομοι και για τον λόγο αυτό, τους επανέλαβε στην πανομοιότυπη διακήρυξη της επίμαχης προμήθειας. Ενόψει των ανωτέρω και για λόγους ασφάλειας δικαίου πρέπει, στη συγκεκριμένη και μόνο περίπτωση, η προσφυγή να γίνει δεκτή, η προσβαλλόμενη απόφαση να αναθεωρηθεί και να επιτραπεί η σύναψη των σχεδίων σύμβασης (πρβλ. ΣτΕ 1091/2020 σκ. 7). Εκ τούτων, παρέπεται ότι η αναθέτουσα αρχή δεν δύναται εφεξής να συμπεριλάβει τον ως άνω παράνομο όρο σε επόμενη διαγωνιστική διαδικασία.

23. Κατ' ακολουθίαν των ανωτέρω, πρέπει να γίνει δεκτή η κρινόμενη προσφυγή αναθεώρησης, να αναθεωρηθεί η προσβαλλόμενη 1634/2020 απόφαση του VI Τμήματος και, κατά παραδοχή της αίτησης ανάκλησης, να ανακληθεί η 194/2020 πράξη του ΣΤ' Κλιμακίου, μετά δε την ανάκληση αυτής, το Δικαστήριο αποφαινεται ότι δεν κωλύεται η υπογραφή των υποβληθέντων δύο (2) σχεδίων σύμβασης μεταξύ του Δήμου ... καθώς και της «Κοινοφελούς Δημοτικής Επιχείρησης Δήμου ...» αφενός και της εταιρείας «... ΑΒΕΕ» αφετέρου, για την προμήθεια βενζίνης αμόλυβδης και πετρελαίου κίνησης.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται την προσφυγή.

Αναθεωρεί την 1634/2020 απόφαση του VI Τμήματος του Ελεγκτικού Συνεδρίου.

Δέχεται την αίτηση ανάκλησης και ανακαλεί την 194/2020 πράξη του ΣΤ΄ Κλιμακίου του Ελεγκτικού Συνεδρίου. Και

Αποφαίνεται ότι δεν κωλύεται η υπογραφή δύο (2) σχεδίων σύμβασης μεταξύ του Δήμου ... καθώς και της «Κοινοφελούς Δημοτικής Επιχείρησης Δήμου» αφενός και της εταιρείας «... ΑΒΕΕ» αφετέρου, για την προμήθεια βενζίνης αμόλυβδης και πετρελαίου κίνησης.

Κρίθηκε και αποφασίσθηκε στην Αθήνα, στις 30 Σεπτεμβρίου 2020.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΕΙΣΗΓΗΤΡΙΑ ΣΥΜΒΟΥΛΟΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΣΑΡΜΑΣ

ΘΕΟΛΟΓΙΑ ΓΝΑΡΔΕΛΛΗ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΑΥΓΟΥΣΤΟΓΛΟΥ

Δημοσιεύθηκε σε δημόσια συνεδρίαση, στις 4 Νοεμβρίου 2020.

Ο ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Η ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΙΩΑΝΝΗΣ ΣΑΡΜΑΣ

ΕΛΕΝΗ ΑΥΓΟΥΣΤΟΓΛΟΥ