

Η

ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ (Α.Ε.Π.Π.)

1ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

Συνήλθε στην έδρα της στις 27 Δεκεμβρίου 2018 με την εξής σύνθεση: Πουλοπούλου Αγγελική, Πρόεδρος, Διαθεσόπουλος Μιχαήλ, Εισηγητής και Τσουλούφα Αργυρώ, Μέλος.

Για να εξετάσει την από 10-12-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1307/11-12-2018 του οικονομικού φορέα (εφεξής, πρώτος προσφεύγων) με την επωνυμία «», νομίμως εκπροσωπούμενου (Πρώτη Προσφυγή, εφεξής).

Την από 10-12-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1305/10-12-2018 του οικονομικού φορέα (εφεξής, δεύτερος προσφεύγων) με την επωνυμία «», νομίμως εκπροσωπούμενου (Δεύτερη Προσφυγή, εφεξής)

Την από 10-12-2018 Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ)/1306/11-12-2018 του οικονομικού φορέα (εφεξής, τρίτος προσφεύγων) με την επωνυμία «», νομίμως εκπροσωπούμενου (Τρίτη Προσφυγή, εφεξής)

Κατά της αναθέτουσας αρχής «», νομίμως εκπροσωπούμενης.

Με τις ως άνω Προσφυγές, όλοι οι προσφεύγοντες αιτούνται την ακύρωση της διακήρυξης της αναθέτουσας, για ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΑΝΟΙΚΤΟ ΚΑΤΩ ΤΩΝ ΟΡΙΩΝ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ για την «ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΥΛΙΚΩΝ ΑΘΛΗΤΙΚΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ Τ.Κ.», με εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία 141.532,26 ευρώ και κριτήριο ανάθεσης την πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει τιμής, που δημοσιεύθηκε στο ΚΗΜΔΗΣ την

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

15-11-2018 και με Μοναδικό ΑΔΑΜκαι στο ΕΣΗΔΗΣ την 15-11-2018 με συστημικό α/α

Η συζήτηση άρχισε αφού το Κλιμάκιο άκουσε τον Εισηγητή.

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα
Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

1. Επειδή, για την άσκηση της πρώτης Προσφυγής κατεβλήθη το κατ'άρ. 5 ΠΔ 39/2017 και άρ. 363 Ν. 4412/2016 παράβολο από το σύνολο των προσφευγόντων, αφού ο πρώτος προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία και ποσού ευρώ 707,67 φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», ομοίως δε ισχύει για την άσκηση της δεύτερης Προσφυγής, αφού ο δεύτερος προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία και ποσού ευρώ 707,66 φέρει δε την ένδειξη «ΔΕΣΜΕΥΜΕΝΟ», ομοίως και για την τρίτη προσφυγή, αφού ο τρίτος προσφεύγων επισύναψε στο έντυπο της παράβολο με στοιχεία και ποσού ευρώ 707,67.

2. Επειδή, οι ως άνω, όλες από 10-12-2018 Προσφυγές, στρέφονται κατά διακήρυξης ανοικτού διαγωνισμού ανάθεσης σύμβασης προμήθειας αγαθών, κάτω των ορίων. Ειδικότερα, η πρώτη Προσφυγή με τον μόνο λόγο της στρέφεται κατά της εξαρχής επιλογής του νομικού καθεστώτος της προμήθειας αγαθών, ως αυτού που διέπει την προκείμενη διαδικασία και ως εκ τούτου κατά της εν όλω διακηρύξεως και διαδικασίας, η οποία διακηρύχθηκε, διενεργείται και εν γένει διέπεται από τους διαδικαστικούς και ουσιαστικούς όρους που διέπουν τις διαδικασίες ανάθεσης προμήθειας (άνω των ορίων), αντί αυτών του έργου (κάτω των ορίων), όπως επικαλείται ο πρώτος προσφεύγων, περαιτέρω δε στρέφεται και κατά του κριτηρίου καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, ως αναγκαίο επόμενο του επιλεγέντος νομικού καθεστώτος, αιτείται δε την ακύρωση της διακήρυξης λόγω του χαρακτήρα της ως έργου ή μικτής σύμβασης με προεξέχον το στοιχείο του έργου ή την ακύρωση και αναπομπή της στην αναθέτουσα, επί τη βάσει ότι εφόσον κριθεί ως μικτή

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

σύμβαση προμήθειας και έργου, έπρεπε να προηγηθεί για την επιλογή νομικού καθεστώτος η οικεία γνώμη Τεχνικού Συμβουλίου της αναθέτουσας. Ο δεύτερος προσφεύγων επικαλείται με τον πρώτο λόγο του ασάφεια της διακήρυξης ως προς τα κριτήρια επιλογής και το περιεχόμενο του φακέλου τεχνικής προσφοράς, με τον δεύτερο λόγο του θέσπιση παράνομη απαίτησης για πιστοποιητικό εταιρικής κοινωνικής ευθύνης, με τον τρίτο λόγο του παράβαση του άρ. 78 Ν. 4412/2016 λόγω μη πρόβλεψης δυνατότητας στήριξης σε ικανότητες τρίτων επί συγκεκριμένου κριτηρίου επιλογής και παρανομία της απαίτησης για υποβολή με την προσφορά τιμολογίου αγοράς σωλήνα, με τον τέταρτο δε λόγο του ασάφεια του άρ. 2 Παραρτήματος Β της διακήρυξης. Ο τρίτος προσφεύγων επικαλείται με τον πρώτο λόγο του παράνομη απαίτηση αδικαιολόγητου ανώτατου ορίου σε τιμή προδιαγραφής, με τον δεύτερο λόγο του παράνομη απαίτηση εκ των προτέρων και πριν την υποβολή προσφοράς, αγοράς του συνόλου της ζητούμενης ποσότητας από τη διακήρυξη για σωλήνες, με τον τρίτο λόγο του παράνομη απαίτηση για ιδιότητα κατασκευαστή υποδεέστερη αυτής του δικού του, με τον τέταρτο λόγο του παράνομη απαίτηση και μάλιστα χωρίς πρόβλεψη για ισοδύναμο, προτύπου εργαστηριακού ελέγχου άσχετου με το αντικείμενο της προμήθειας και επικαλυπτόμενου από άλλα σωρευτικά ζητούμενα πρότυπα, με τον πέμπτο λόγο του παράνομη απαίτηση για πρότυπο εργαστηριακού ελέγχου χωρίς πρόβλεψη για ισοδύναμο, με τον έκτο λόγο του αντιφατική απαίτηση της διακήρυξης για το ίδιο ζήτημα, με τον έβδομο λόγο του αοριστία της διακήρυξης περί απαιτήσεων της τεχνικής προσφοράς και με τον όγδοο λόγο του μη συμβατή με το νομικό καθεστώς της διαδικασίας, αόριστη και ανεπίδεκτη εφαρμογής απαίτηση της διακήρυξης για προσκόμιση πρότασης για την κατασκευή αρδευτικού δικτύου, η οποία κατά τον τρίτο προσφεύγοντα συνιστά ουσιαστικά σύνταξη υδραυλικής μελέτης. Σημειωτέον, ότι η αναθέτουσα την 18-12-2018 απέστειλε στην ΑΕΠΠ τον φάκελο της υπόθεσης μετά των εγγράφων της διαδικασίας.

3. Επειδή, οι Προσφυγές υπάγονται βάσει της κατά τα ως άνω εκτιμώμενης αξίας της Διακήρυξης, κάτω των ορίων περί προμήθειας αγαθού, και του χρόνου δημοσίευσης στο ΚΗΜΔΗΣ στο πεδίο εφαρμογής των οικείων διατάξεων του Βιβλίου IV Ν. 4412/2016 και συνεπώς στη δικαιοδοσία της

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

Α.Ε.Π.Π., ως και την καθ' ύλην αρμοδιότητά της κατ' αρ. 345 παρ. 1 Ν. 4412/2016. Επιπλέον, οι Προσφυγές ασκήθηκαν εμπρόθεσμα κατά το αρ. 361 παρ. 1 Ν. 4412/2016 και δη την περίπτωση (γ) (εν προκειμένω, επικαλούμενος χρόνος γνώσης από έκαστο των προσφευγόντων την 30-11-2018, δηλαδή την δέκατη πέμπτη από την από 15-11-2018 δημοσίευση της διακήρυξης στο ΚΗΜΔΗΣ και άσκηση έκαστης προσφυγής την δέκατη ημέρα από τον κατά τα ως άνω χρόνο γνώσης, ήτοι την 10-12-2018), ενώ οι προσφεύγοντες χρησιμοποίησαν το κατ' αρ. 8 παρ. 2 ΠΔ 39/2017 τυποποιημένο έντυπο, το οποίο νομίμως υπογράφηκε από έκαστο εξ αυτών ως ατομικές επιχειρήσεις/εργολάβοι. Όλοι δε οι Προσφεύγοντες έχουν άμεσο, προσωπικό και ενεστώδες έννομο συμφέρον για την καταρχήν άσκηση της Προσφυγής τους. Ο πρώτος μεν (βλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 910-911/2018, σκ. 6) ως εργοληπτική επιχείρηση εγγεγραμμένη στο θα είχε τη δυνατότητα τελεσφόρας συμμετοχής στη διαδικασία αν είχε προκηρυχθεί υπό το νομικό καθεστώς του έργου, ενώ κατά την πρώτη αυτοτελή βάση του εννόμου συμφέροντός του αποκλείεται ακριβώς λόγω της προκήρυξης της ως προμήθεια και του συνεπαγόμενου εξ αυτού του καθεστώτος όρου των άρθρων 3 και 11ΣΤ της διακήρυξης περί κριτηρίου επιλογής καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας, που θέτουν ως τέτοιο κριτήριο την εγγραφήμε δραστηριότητα συναφή με το αντικείμενο της σύμβασης, ήτοι τη δραστηριότητα του προμηθευτή-εμπόρου των υπό προμήθεια αγαθών. Εξάλλου, ο ως άνω όρος που τον αποκλείει εκ των προτέρων από τη συμμετοχή του στη διαδικασία είναι αναγκαία απόρροια της διενέργειας της προκείμενης διαδικασίας υπό το νομικό καθεστώς της ανάθεσης σύμβασης προμήθειας, αντί έργου και συνιστά σύμφυτο μετά της επιλογής του νομικού καθεστώτος, στοιχείο της διακήρυξης, ο έλεγχος επί του οποίου ταυτίζεται με αυτόν επί του ίδιου του εξαρχής νομικού καθεστώτος και της όλης διαδικασίας ανάθεσης της προκείμενης σύμβασης (εξάλλου οι κανόνες ανάθεσης, οι προϋποθέσεις συμμετοχής, ο τρόπος υποβολής προσφορών, τα στάδια της διαδικασίας, η ροή τους, το αντικείμενο των ζητούμενων των προσφορών, ο τρόπος υποβολής της οικονομικής προσφοράς, οι περί την εκτέλεση απαιτήσεις, οι όροι περί δημοσιεύσεων και τα οικεία όρια, η χρήση του

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

ΕΣΗΔΗΣ ή του ειδικού ΕΣΗΔΗΣ έργων, ο τρόπος σύνταξης της εκτιμώμενης αξίας της διακήρυξης και πλήθος περαιτέρω νομικών όρων της όλης διαδικασίας ανάθεσης, αλλά και της εκτέλεσης, εξαρτώνται από την επιλογή του νομικού καθεστώτος της διαδικασίας ανάθεσης, η οποία καθορίζει και τον χαρακτήρα της υπό ανάθεση σύμβασης και δη υφίστανται μείζονες διαφορές μεταξύ συμβάσεων έργου, την υπαγωγή στις οποίες επικαλείται ο πρώτος προσφεύγων για την προκείμενη διαδικασία και συμβάσεων προμηθειών/γενικών υπηρεσιών, στις οποίες υπήχθη η διαδικασία από την αναθέτουσα). Εξάλλου, κατά το Παράρτημα XI του Προσαρτήματος Α Ν. 4412/2016, όσον αφορά την εγγραφή σε μητρώα που απαιτείται για την απόδειξη της καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας κατά τα άρ. 75 παρ. 2 και 80 παρ. 3 Ν. 4412/2016, τα οικεία μητρώα είναι «στην Ελλάδα, το «-» τουκαθώς και τα νομαρχιακά μητρώα στην περίπτωση των δημόσιων συμβάσεων έργων, σύμφωνα με τις απαιτήσεις της παρ. 1 του άρθρου 76, το «» και το «» στην περίπτωση των συμβάσεων προμηθειών...». Συγχρόνως δε και κατ' αποδοχή και της δεύτερης σωρευτικής βάσης ως προς το έννομο συμφέρον του, το ως άνω νομικό καθεστώς επιτρέπει τη συμμετοχή στον διαγωνισμό οικονομικών φορέων χωρίς τα νόμιμα προσόντα, δηλαδή την ιδιότητα εργοληπτικής επιχείρησης εγγεγραμμένης στο, με αποτέλεσμα, αυτοτελώς από την πρώτη βάση του εννόμου συμφέροντός του και ακόμη και αν δεν αποκλειόταν εξ αρχής, να τίθεται σε άνιση θέση, εξομοιούμενος με οικονομικούς φορείς που δεν θα μετείχαν, αν η διαδικασία είχε προκηρυχθεί ως έργο. Εξάλλου και κατ' αποδοχή και της τρίτης αυτοτελούς βάσης του εννόμου συμφέροντος, ανεξαρτήτως των ανωτέρω, η διενέργεια της διαδικασίας ως ανάθεση προμήθειας αντί έργου, αν τελικά προκύψει ότι εσφαλμένα επελέγη, θα καταλήξει σε ανυπέρβλητες δυσχέρειες και διακινδύνευση των συμφερόντων του (όπως και κάθε άλλου μετέχοντος) κατά το στάδιο της εκτέλεσης και της πληρωμής του, αν καταστεί τελικά ανάδοχος, ως και σε δημοσιολογιστικούς κινδύνους, θίγοντας έτσι την έννομη θέση του υπό την ιδιότητά του ως αναδόχου, εφόσον ανακηρυχθεί αυτός (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 910-911/2018 και Απόφαση ΑΕΠΠ 7μελούς 3/2018). Ο δε δεύτερος και

τρίτος προσφεύγων, ομοίως μετ' εννόμου συμφέροντος προσβάλλουν τη διακήρυξη, αφού επικαλούνται ότι οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, ανά περίπτωση τους αποκλείουν, καθιστούν ιδιαίτερα δυσχερή την υποβολή προσφοράς τους, θέτουν αυτούς σε άνιση μεταχείριση κατά την αξιολόγηση και εν γένει διακινδυνεύουν τη διαφάνεια εντός αυτής ή θίγουν τα δικαιώματά τους ως τυχόν αναδόχων (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 7μελούς 3/2018, σκ. 11). Επομένως, και οι τρεις Προσφυγές πρέπει να γίνουν τυπικά δεκτές και να εξεταστούν περαιτέρω κατ' ουσία.

4. Επειδή, όσον αφορά την πρώτη προσφυγή προκύπτουν τα εξής (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 173/2017, 910-911, 914-915/2018). Σύμφωνα με πάγια νομολογία του ΔΕΕ, ομοίως και ΣΤΕ (βλ. ενδεικτικά ΣΤΕ 2387/2009 παρ. 8 και 3932/2012 παρ. 3) προβλέπεται ότι *‘ο ορισμός μιας δημόσιας συμβάσεως ως συμβάσεως έργου, προμηθειών και υπηρεσιών ανάγεται στο κοινοτικό δίκαιο και δεν εξαρτάται από το χαρακτηρισμό της ίδιας συμβάσεως με βάση την εθνική νομοθεσία (βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 18.7.2007, C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 30). [...] όταν η σύμβαση περιλαμβάνει τόσο στοιχεία συμβάσεως δημοσίου έργου όσο και στοιχεία άλλου τύπου δημόσιας συμβάσεως, εκείνο που καθορίζει τις εφαρμοστέες περί δημοσίων συμβάσεων διατάξεις είναι το στοιχείο της συμβάσεως που είναι κύριο. Ειδικότερα, η σύμβαση έχει, προεχόντως, χαρακτήρα συμβάσεως δημοσίου έργου μόνον εφόσον η μελέτη και εκτέλεση του έργου αποτελούν, σε σχέση με τα λοιπά καθήκοντα του αναδόχου, το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως. Στο πλαίσιο δε της εκτιμήσεως του κυρίου αυτού αντικειμένου, η αξία των παροχών που συμφωνήθηκαν αποτελεί, εφόσον έχει οριστεί χωριστή τιμή για τις επί μέρους παροχές, στοιχείο εκτιμήσεως. Σε κάθε όμως περίπτωση, πρέπει να χωρήσει αντικειμενική θεώρηση της συμβάσεως στο σύνολό της, αφού μόνο με τον τρόπο αυτό μπορεί να κριθεί κατά πόσον η εκτέλεση του έργου αποτελεί, όχι μόνο ποσοτικά αλλά και ποιοτικά, το κύριο αντικείμενο της συμβάσεως (βλ. ΔΕΚ, απόφαση της 19.4.1994, C-331/92, Gestion Hotelera Internacional Sa κλπ, σκ. 23-29, απόφαση της 18.1.2007, C-220/05, Jean Haugroux κλπ, σκ. 37-41, απόφαση της 21.2.2008, C-412/04, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκ. 47-52 κ.ά.)’*. Το δε άρθρ. 4 Ν. 4412/2016 περί μικτών συμβάσεων προβλέπει ότι : *«1. Η παράγραφος 2 εφαρμόζεται σε μεικτές*

συμβάσεις οι οποίες έχουν ως αντικείμενο διαφορετικά είδη συμβάσεων, το σύνολο των οποίων εμπίπτει στο παρόν Βιβλίο (άρθρα 3 έως 221).... 2. Οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο δύο ή περισσότερα είδη συμβάσεων (έργα, υπηρεσίες ή προμήθειες) ανατίθενται, σύμφωνα με τις διατάξεις που εφαρμόζονται στο είδος της σύμβασης που χαρακτηρίζει το κύριο αντικείμενο της σχετικής σύμβασης. Στην περίπτωση ... μεικτών συμβάσεων που αποτελούνται εν μέρει από υπηρεσίες και εν μέρει από προμήθειες, το κύριο αντικείμενο καθορίζεται, σύμφωνα με το ποια από τις εκτιμώμενες αξίες των αντίστοιχων υπηρεσιών ή προμηθειών είναι η υψηλότερη. 6. Όταν τα διάφορα μέρη συγκεκριμένης σύμβασης δεν μπορούν να χωρισθούν αντικειμενικά, το ισχύον νομικό καθεστώς καθορίζεται με βάση το κύριο αντικείμενο της εν λόγω σύμβασης. 7. Αν η σύμβαση αυτή περιλαμβάνει στοιχεία και από δημόσια σύμβαση έργων, το ισχύον νομικό καθεστώς, κατά την προηγούμενη παράγραφο, καθορίζεται για μεν δημόσιες συμβάσεις έργων άνω των ορίων μετά από σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της της περίπτωσης α' της παρ. 1 του άρθρου 41, για δε δημόσιες συμβάσεις έργων κάτω των ορίων μετά από σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου της αναθέτουσας αρχής, η οποία κοινοποιείται υποχρεωτικά στην». Κατά το δε άρ. 2 παρ. 1 περ. 6-9 Ν. 4412/2016, που αντικατέστησε, κατ' άρ. 377 Ν. 4412/2016 και δη την παρ. 4 αυτού, κάθε αντίστοιχη προϋφιστάμενη διάταξη, που ρυθμίζει τα αντίστοιχα ζητήματα με διαφορετικό τρόπο, ορίζεται ότι: «6) ως «δημόσιες συμβάσεις έργων» και ως «συμβάσεις έργων» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο, ένα από τα κάτωθι: α) την εκτέλεση ή συγχρόνως τη μελέτη και την εκτέλεση εργασιών που αφορούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο Παράρτημα ΙΙ του Προσαρτήματος Α' και στο Παράρτημα Ι του Προσαρτήματος Β', β) την εκτέλεση ή συγχρόνως τη μελέτη και την εκτέλεση έργου, γ) την υλοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, έργου ανταποκρινόμενου στις απαιτήσεις που ορίζει η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας που ασκεί αποφασιστική επιρροή στο είδος ή στη μελέτη του έργου, 7) ως «έργο» νοείται το αποτέλεσμα ενός συνόλου οικοδομικών εργασιών ή εργασιών μηχανικού το οποίο επαρκεί αυτό καθαυτό για την εκπλήρωση μίας οικονομικής ή τεχνικής λειτουργίας. Η εκτέλεση των εργασιών του προηγούμενου εδαφίου απαιτεί ιδίως

την εφαρμογή μελέτης κατά την έννοια του παρόντος, με τη χρήση τεχνικών γνώσεων και μεθόδων και αφορά νέες κατασκευές, επεκτάσεις, ανακαινίσεις, επισκευές - συντηρήσεις κατά τη λειτουργία, κατεδαφίσεις υποδομών, ιδίως στις κατηγορίες οδοποιίας, οικοδομικών, υδραυλικών, ηλεκτρομηχανολογικών, λιμενικών, βιομηχανικών - ενεργειακών, δικτύων, πρασίνου, καθαρισμού και επεξεργασίας νερού, υγρών, στερεών και αερίων αποβλήτων, γεωτρήσεων, ειδικών μονώσεων, ανελκυστήρων, ηλεκτρονικού εξοπλισμού, πλωτών έργων και εγκαταστάσεων, ναυπηγείων, αποκαλύψεις μεταλλείων ή όπως οι κατηγορίες αυτές διαμορφώνονται από τις κείμενες διατάξεις και των υποδομών εκ του συνδυασμού των ανωτέρω κατηγοριών, 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. Μια σύμβαση προμηθειών μπορεί να περιλαμβάνει, παρεμπιπτόντως, εργασίες τοποθέτησης και εγκατάστασης. 9) ως «δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών» και ως «συμβάσεις υπηρεσιών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, πλην των αναφερομένων στην περίπτωση 6. (α) ως «δημόσιες συμβάσεις εκπόνησης μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών» νοούνται αυτές με αντικείμενο την εκπόνηση μελετών και την παροχή τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κατά την έννοια των στοιχείων α' και β', αντίστοιχα, της περίπτωσης 6 της παραγράφου 3, σύμφωνα με το Παράρτημα Ι του Προσαρτήματος Γ', όταν οι μελέτες δεν εκπονούνται και οι υπηρεσίες δεν παρέχονται από το προσωπικό της αναθέτουσας αρχής, (β) ως «δημόσιες συμβάσεις γενικών υπηρεσιών» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών, πλην των αναφερομένων στην υποπερίπτωση α' της παρούσας περίπτωσης, συμπεριλαμβανομένων των συμβουλευτικών υπηρεσιών, που ως τέτοιες νοούνται εκείνες που, έχουν ως αντικείμενο το σχεδιασμό, προγραμματισμό, οργάνωση, διαχείριση, παρακολούθηση, έλεγχο και αξιολόγηση επιχειρησιακών και αναπτυξιακών προγραμμάτων και δράσεων σε όλους τους τομείς της οικονομίας, καθώς και σε οριζόντιου χαρακτήρα παρεμβάσεις, την υποστήριξη της υλοποίησης τους με τη μεταφορά της απαραίτητης σχετικής τεχνογνωσίας,

καθώς και την παροχή εξωγενών υπηρεσιών (outsourcing) υλοποίησης των ανωτέρω προγραμμάτων και δράσεων. Στις συμβουλευτικές υπηρεσίες υπάγονται ιδίως οι οικονομικές μελέτες, οι κοινωνικές μελέτες, οι μελέτες οργάνωσης και επιχειρησιακής έρευνας, οι περιβαλλοντικές μελέτες, καθώς και οι μελέτες συστημάτων πληροφορικής, εκτός εάν σχετίζονται με έργο κατά την έννοια της περίπτωσης 7 ή με εκπόνηση μελετών και παροχή τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών κατά την έννοια της υποπερίπτωσης α' της παρούσας περίπτωσης.". Από το συνδυασμό των ανωτέρω διατάξεων, μαζί με την αποκρυστάλλωση της πάγιας νομολογίας, όσον αφορά στη διάκριση συνάγονται τα ακόλουθα. Ως δημόσιο τεχνικό έργο νοείται κάθε νέα κατασκευή, επέκταση, ανακαίνιση, επισκευή, συντήρηση ή ερευνητική εργασία, που απαιτεί τεχνική γνώση και επέμβαση και το αποτέλεσμα της οποίας συνδέεται άμεσα με το έδαφος ή το υπέδαφος κατά τρόπο διαρκή και σταθερό, ώστε να μπορεί να θεωρηθεί ότι αποτελεί συστατικό του κατά την έννοια του άρθρου 953 Α.Κ. και να μην μπορεί να αποχωρισθεί από αυτό χωρίς βλάβη ή αλλοίωση της ουσίας ή του προορισμού τους (ΕΛΣυν VII Τμ. Πράξη 232/2012). Αντίθετα, πρόκειται για εκτέλεση εργασιών και όχι για δημόσιο τεχνικό έργο, όταν το αποτέλεσμα των εργασιών δεν καθίσταται συστατικό του εδάφους, καθώς και όταν για την επίτευξη του αποτελέσματος δεν απαιτείται η χρήση ειδικών τεχνικών γνώσεων και μεθόδων και η χρησιμοποίηση εξειδικευμένου επιστημονικού ή τεχνικού προσωπικού και ανάλογων τεχνικών μέσων και εγκαταστάσεων (βλ. ΕΛΣυν Πράξεις VII Τμ. 271/2011, 118/2010, 101/2008, 15, 145, 141, 151/2007, 2, 76/2005, IV Τμ. 130/2004, 5, 14, 76, 156/2003 κ.ά.). Ως προμήθεια νοείται εκτός από την απόκτηση κινητών πραγμάτων, αναλωσίμων ή μη, που προορίζονται, είτε αυτούσια είτε κατόπιν επεξεργασίας, να χρησιμεύσουν για την κάλυψη αναγκών και την εκπλήρωση των σκοπών των φορέων του δημόσιου τομέα, και οι συμβάσεις ανάθεσης εκτέλεσης εργασιών, μεταξύ άλλων, συντήρησης και επισκευής που σχετίζονται με την προμήθεια των ανωτέρω αγαθών, εφόσον η αξία των τελευταίων υπερβαίνει την αντίστοιχη των εργασιών, το δε αποτέλεσμα των εν λόγω εργασιών δεν καθίσταται συστατικό του εδάφους, ενώ για την εκτέλεσή τους δεν απαιτούνται ειδικές τεχνικές γνώσεις και εξειδικευμένο

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

επιστημονικό τεχνικό προσωπικό (βλ. ΕΛΣυν Πράξεις VII Τμ. 340/2006, 15/2007, I Τμ. 62/1993, IV Τμ. 59/1997, 86/1999, 156/2003, 98/2004). Περαιτέρω, το στοιχείο ιδίως της σύνδεσης των εργασιών με την εκπόνηση ως προϋπόθεσής τους ή έστω και εφαρμογής μιας μελέτης επί του ειδικότερου αντικειμένου που αφορά η σύμβαση, παράγοντας που παραπέμπει σε εξατομίκευση, παραμετροποίηση και προσαρμογή του συμβατικού αντικειμένου στις προκείμενες ανάγκες του αναδόχου συνιστά σοβαρή ένδειξη ότι το αντικείμενο της δημόσιας σύμβασης συνέχεται εντονότερα με έργο παρά με προμήθεια ή υπηρεσία. Υπό τις ως άνω έννοιες και διακρίσεις θα πρέπει να ληφθεί υπόψη και το παραπάνω αναφερθέν κριτήριο του κύριου και πρωτεύοντος αντικειμένου στις περιπτώσεις συμβάσεων μικτού αντικειμένου. Στην περίπτωση δε που το αντικείμενο αφορά ένα ολοκληρωμένο τεχνικό σύστημα ενιαίου σκοπού, με σταθερή πρόσδεση στο έδαφος και ανάμιξη με το υπέδαφος, τότε έχει μικτό χαρακτήρα, έργου, προμηθειών και υπηρεσιών. Σε αυτήν την περίπτωση, προέχων χαρακτήρας είναι αυτός του έργου, ακόμη και όταν η αξία των εργασιών που περιλαμβάνονται στην σύμβαση, υπολείπονται ουσιωδώς της αξίας των μηχανημάτων και εν γένει προϊόντων που συνθέτουν το σύστημα (τα οποία πάντως δεν μπορούν να λειτουργήσουν αυτόνομα, χωρίς δηλαδή να γίνουν ειδικές εργασίες τοποθέτησης), βλ. και κατωτέρω εντός παρούσας σκέψης. Έτσι, όταν ο προέχων χαρακτήρας της σύμβασης αυτής δεν είναι η προμήθεια επιμέρους υλικών ούτε η παροχή των συναφών υπηρεσιών, οι οποίες έχουν παρεπόμενο χαρακτήρα, αλλά η κατασκευή ενός πλήρους λειτουργικού έργου, το οποίο επιτελεί μία, ενιαία και αποκλειστική τεχνική λειτουργία ως προϊόν των εργασιών που θα εκτελεσθούν και οι οποίες θα συνθέσουν ένα ολοκληρωμένο σύστημα επεξεργασίας, που όταν εκτελεσθεί η σύμβαση, και τεθεί σε παραγωγική λειτουργία, θα μπορεί να παράγει ένα συγκεκριμένο τελικό αποτέλεσμα, ήτοι την ολοκληρωμένη επεξεργασία των λυμάτων. Τα πλέον προσδιοριστικά δε στοιχεία για την κρίση περί του ποιο επιμέρους αντικείμενο προέχει εντός του μικτού αντικειμένου ανάγονται: α) στην κρισιμότητα της συνέργειας των τεχνικών εργασιών μετά των επιμέρους προμηθευόμενων προϊόντων ως προς την επίτευξη του τελικού αποτελέσματος, β) στον τυχόν εκτεταμένο χαρακτήρα των τεχνικών εργασιών, όπως προκύπτει

όχι μόνο από την ανάλυση επιμέρους στοιχείων του προϋπολογισμού, αλλά πρωτίστως από την περιγραφή του συμβατικού αντικειμένου εντός της διακήρυξης, με ειδικότερη έμφαση στη διαστρωμάτωση των εργασιών αυτών σε τυχόν πολλαπλά, διαδοχικά, αλληλοσυνδεόμενα μεταξύ τους επιμέρους στάδια, η οποία δεν συνάδει με τον κατά κανόνα άμεσο ή έστω βραχυχρόνιο χαρακτήρα μιας εργασίας απλής εγκατάστασης και θέσης σε λειτουργία ενός προϊόντος, γ) το τυχόν εκτεταμένο εύρος των προπαρασκευαστικών εργασιών και εργασιών εγκατάστασης και διασύνδεσης που απαιτούνται προ της θέσης του προμηθευμένου προϊόντος σε λειτουργία, δ) το χρονικό εύρος που απαιτείται από την έναρξη έως την ολοκλήρωση της εκτέλεσης του συμβατικού αντικειμένου, δεδομένου ότι οι προμήθειες, ακόμη και όταν εντάσσονται σε ένα πλαίσιο επιμέρους τμηματικών παραδόσεων, σε κάθε περίπτωση έχουν εκ φύσεως τους στιγμιαίο χαρακτήρα, σε αντίθεση με την εκτέλεση ενός τεχνικού έργου και ε) στη τυχόν σύνθεση του τελικού παραδοτέου αντικειμένου από τυχόν περισσότερα διαφορετικής φύσης και επιμέρους λειτουργίας προϊόντα, και μάλιστα αρκετών μεταξύ τους διαφορετικών ειδών με καθαρά μεταξύ τους διακριτό ρόλο (και ακόμη περισσότερο όταν έκαστο εκ των οποίων προϋποθέτει με τη σειρά του επιμέρους τεχνικές εργασίες αυτοτελούς εγκατάστασης και συντίθεται από περαιτέρω επιμέρους μέρη και διαφορετικά εξαρτήματα, προϊόντα και υποσυστήματα που πρέπει με τη σειρά τους να διασυνδεθούν), τα οποία μόνο με τη μεταξύ τους διασύνδεση και δη δια τεχνικής φύσης εργασιών, οι οποίες τα τρέπουν από μεμονωμένα προϊόντα σε ένα, ενιαίο και αυτοτελούς σκοπού ολοκληρωμένο σύστημα, δύνανται να επιτελέσουν τον τελικό συμβατικό τους σκοπό, ο οποίος είναι αντίστοιχα ενιαίος, ολοκληρωμένος και αυτοτελής σε σχέση με την επιμέρους λειτουργία του κάθε μέρους του συστήματος και αναφέρεται στη λειτουργικότητα και τον τεχνικοοικονομικό σκοπό του ίδιου του συστήματος και όχι των επιμέρους μερών από τα οποία αυτό συντίθεται. Πάντως, όταν το τελικό αποτέλεσμα που αναμένεται να προκύψει κατά την ολοκλήρωση της σύμβασης συνίσταται σε ένα σύνολο σταθερών εμπειρηγμένων και εγκατεστημένων με σταθερό τρόπο και χωρίς ευχερή δυνατότητα αποξήλωσης, περισσότερων αυτοτελών κατασκευών, οι οποίες τοποθετήθηκαν μετά από εκτεταμένη διαμόρφωση εδάφους, νέες συνδέσεις και

δίκτυα και εκτεταμένες επεμβάσεις στο υπέδαφος, δεν δύναται παρά το κύριο αντικείμενο να είναι αυτό του έργου και όχι της προμήθειας των υλικών κατασκευής. Εξάλλου, κάθε τεχνικό έργο, εκ της ίδιας της έννοιας του, κατασκευάζεται ως ένα ολοκληρωμένο σύνολο συντιθέμενων μεταξύ τους με συνδυετικές και εγκαταστατικές εργασίες και όλων ομού με επέμβαση επί του εδάφους και υπεδάφους, επιμέρους πραγμάτων, τα οποία προ της κατασκευαστικής διαδικασίας ήταν κινητά και αρκετά από αυτά εισάγονται και ενσωματώνονται στο οικοδόμημα έτοιμα και προκατασκευασμένα με προηγούμενες εργασίες άσχετες με αυτή καθαυτή την κατασκευαστική διαδικασία και δραστηριότητα. Περαιτέρω, όσον αφορά το άρ. 4 παρ. 7 Ν. 4412/2016 περί μικτών συμβάσεων με στοιχεία έργου, αυτό δεν ορίζει διαφορετικά κριτήρια και μεθοδολογία εκτίμησης του κύριου αντικειμένου, σε σχέση με όσα αναφέρθηκαν ανωτέρω, ως προς την ιεράρχηση του στοιχείου του έργου ως προς την προμήθεια ή την υπηρεσία, αλλά απλώς καθιερώνει μια ειδική προπαρασκευαστική της οικείας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης, επιμέρους διαδικασία με ειδική αρμοδιότητα του οριζόμενου από τη διάταξη ανά περίπτωση οργάνου, το οποίο οφείλει να κρίνει το κύριο αντικείμενο με βάση τις εν γένει διέπουσες το ζήτημα διατάξεις και τα σχετικά νομολογιακά πορίσματα. Και αυτό διότι η διάταξη αυτή, του άρ. 4 παρ. 7, του Ν. 4412/2016 και μεν αναφέρει ότι το νομοθετικό καθεστώς «καθορίζεται» από το παραπάνω όργανο, πλην όμως ρητά παραπέμπει στην προηγούμενη αυτού παράγραφο 6 του άρ. 4, η οποία αναφέρεται στο κύριο αντικείμενο της σύμβασης ως κριτήριο καθορισμού του ισχύοντος νομικού καθεστώτος, ενώ συγχρόνως και η παρ. 2 του άρ. 4 που ομοίως προβλέπει ανάθεση των μικτών συμβάσεων με βάση τις διατάξεις που διέπουν το είδος σύμβασης που χαρακτηρίζει το κύριο αντικείμενο, αναφέρεται χωρίς καμία διάκριση και μάλιστα με ρητή αναφορά σε «περισσότερα είδη συμβάσεων (έργα, υπηρεσίες ή προμήθειες)». Εξάλλου δεν θα υφίστατο λόγος για την, κατ' άρ. 4 παρ. 7 Ν. 4412/2016, παραπομπή της οικείας κρίσης σε Τεχνικό Συμβούλιο, αν το κύριο αντικείμενο μπορούσε να εξαχθεί αυτόματα με μόνη τη σύγκριση των επιμέρους κονδυλίων που συνθέτουν την εκτιμώμενη αξία μικτής σύμβασης έργου και προμήθειας/υπηρεσίας. Έτσι, το Τεχνικό Συμβούλιο δεν διαθέτει ούτε κάποια

ελευθερία κρίσης περί του κυρίου αντικειμένου κατά το δοκούν ούτε κάποια ευχέρεια κρίσης επί έτερων και δικής του εμπνεύσεως κριτηρίων, αλλά απλώς ο νομοθέτης επαφίει σε αυτό, και δη ως ουσιώδη τύπο της διαδικασίας έκδοσης της κανονιστικής πράξης με την οποία εκκινεί η διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης, ειδικώς δε λόγω της συχνής εμφάνισης περίπλοκων ζητημάτων ως προς τη διάκριση των τεχνικών εργασιών από τις υπηρεσίες ή τη συσχέτιση μεταξύ έργου και προμήθειας και της εξειδικευμένης γνώσης (σε καμία όμως περίπτωση ανέλεγκτης αυθεντίας) του παραπάνω οργάνου, την εκτέλεση της αξιολογικής εκτίμησης που προπεριγράφηκε παραπάνω, ως προϋπόθεση για την εκ της αναθέτουσας τελική κρίση επί του νομικού πλαισίου (είτε έργου από τη μια πλευρά είτε προμήθειας ή υπηρεσίας από την άλλη) που θα διέπει την οικεία διαδικασία ανάθεσης σύμβασης. Τούτο προκύπτει και από την Αιτιολογική Έκθεση του Ν. 4412/2016, σελ. 5, κατά την οποία η παρ. 7 του άρ. 4 τέθηκε «ως αυξημένη θεσμική εγγύηση, τη σύμφωνη γνώμη τεχνικών γνωμοδοτικών οργάνων είτε του, είτε της αναθέτουσας αρχής, αναφορικά με το εφαρμοστέο νομικό καθεστώς, τα οποία θα κρίνουν, κατά περίπτωση, ακολουθώντας τα οριζόμενα στις διατάξεις του Βιβλίου Ι». Εξάλλου, κατά παγία νομολογία, ως σύμφωνη γνωμοδότηση ή απλώς γνώμη ορίζεται αυτή που δεσμεύει το αποφασίζον όργανο με την έννοια ότι το τελευταίο δεν μπορεί να ενεργήσει κατά τρόπο διαφορετικό από αυτόν που του υποδεικνύεται με τη γνωμοδότηση (ΣτΕ 460/2001, 2271/1998). Ειδικότερα, μπορεί είτε να εκδώσει πράξη σύμφωνα με τη γνωμοδότηση είτε να απέχει από την έκδοση της πράξης εφόσον έχει διακριτική ευχέρεια που του το επιτρέπει και εφόσον αιτιολογεί ειδικά αυτήν του την επιλογή (ΣτΕ 3898/1986). Στην περίπτωση της σύμφωνης γνώμης, όπως στην περίπτωση του άρ. 4 παρ. 7, το όργανο που έχει την αποφασιστική αρμοδιότητα δεν έχει τη δυνατότητα να εκδώσει πράξη με διαφορετικό περιεχόμενο από τη γνωμοδότηση που του έχει δοθεί. Επομένως, η αναθέτουσα οφείλει είτε να προκηρύξει και εν γένει εκκινήσει τη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης κατά το νομικό καθεστώς που αφορά το κύριο αντικείμενο της μικτής με στοιχεία έργου σύμβασης, όπως αυτό εκρίθη κατά την παραπάνω σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου είτε να απέχει από την εκκίνηση της ως άνω διαδικασίας. Σε περίπτωση δε που η αναθέτουσα

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

προχωρήσει στην εκκίνηση της διαδικασίας, φυσικά ακολουθώντας το νομικό καθεστώς που όρισε η ως άνω σύμφωνη γνώμη, πρόκειται για θετική σύμφωνη γνώμη. Η τελευταία δεν είναι εκτελεστή, διότι δεν εμποδίζει το αρμόδιο όργανο να απόσχει από κάθε ενέργεια, οπότε μόνη εκτελεστή διοικητική πράξη είναι η απόφαση (εν προκειμένω διακήρυξη) του αρμοδίου οργάνου (εν προκειμένω αναθέτουσα), με την οποία αυτό ασκεί την αποφασιστική του αρμοδιότητα (ΣΤΕ 4628/1984, 1719/1988, 3915/1989). Επομένως, στην περίπτωση προσβολής διακήρυξης μικτής σύμβασης με στοιχεία έργου, η ως άνω σύμφωνη γνώμη έχει ήδη ενσωματωθεί στην προσβαλλομένη και μάλιστα ως αιτιολογία της τελευταίας όσον αφορά την επιλογή νομικού καθεστώτος της διαδικασίας ανάθεσης, με αποτέλεσμα τα αυτοτελή ελαττώματά της γνώμης, ως ενσωματούμενα στη διακήρυξη, να συνιστούν ελαττώματα και αυτής. Εξάλλου, η διακήρυξη ως εκτελεστή κανονιστική πράξη ελέγχεται, και εν προκειμένω κατ'άρ. 360 και 367 Ν. 4412/2016 δια προδικαστικής προσφυγής ως προστάδιο και προϋπόθεση της περαιτέρω αιτήσεως προσωρινής δικαστικής προστασίας κατ'αυτής και στη συνέχεια (σύμφωνα με το άρ. 346 παρ. 1 και 2 Ν. 4412/2016 κατά το οποίο η προσβαλλόμενη δικαστικά πράξη κατά την ανάθεση δημοσίων συμβάσεων που υπάγονται στο Βιβλίο IV, είναι η Απόφαση της ΑΕΠΠ επί προδικαστικής προσφυγής) ακυρωτικής προσβολής της κατ'άρ. 372 παρ. 1 και 4 Ν. 4412/2016, και κατά την αιτιολογία της, άρα ελέγχεται αντίστοιχα και η ενσωματωθείσα σε αυτήν σύμφωνη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου που καθόρισε το νομικό καθεστώς, άρα ως προϋπόθεση αυτού και το κύριο αντικείμενο της εν λόγω μικτής με στοιχεία έργου σύμβασης. Επίσης, παρότι η γνώμη αυτή εκφέρεται επί τεχνικών κρίσεων, η ορθότητα του συμπεράσματός της δεν εξαιρείται από τον έλεγχο της ΑΕΠΠ, καθώς η τελευταία συνιστά όργανο της διοίκησης (και όχι της δικαστικής εξουσίας), που έχει μάλιστα συσταθεί ως όργανο *“ανεξάρτητο και εξειδικευμένο, με αποκλειστική αρμοδιότητά του τον διοικητικό έλεγχο των δημοσίων συμβάσεων και την παροχή ταχείας και αποτελεσματικής προστασίας”* και με ειδικό νομοθετικό σκοπό της να λειτουργήσει ως *“ένα κεντρικό όργανο η συνεπής «νομολογία» του οποίου αναμένεται να αποτελέσει γνώμονα για τις αναθέτουσες αρχές για τη διασφάλιση της νομιμότητας και την επαύξηση της αποτελεσματικότητας των διαδικασιών*

ανάθεσης, μέσω της αποφυγής πλημμυρειών. Επί πλέον, αναμένεται να διευκολύνει τη συμμετοχή των επιχειρήσεων στις διαγωνιστικές διαδικασίες, μέσω της προαγωγής της ασφάλειας δικαίου επί ζητημάτων που αφορούν τις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, αλλά και της εμπιστοσύνης που θα καλλιεργηθεί στους φορείς του ιδιωτικού τομέα αναφορικά με την αντικειμενική και αδιάβλητη ανάθεση δημοσίων συμβάσεων μέσω των εχεγγύων αντικειμενικής κρίσης των προσφυγών τους από το εν λόγω σώμα.... Με τον τρόπο αυτό εξασφαλίζονται τα εχέγγυα μιας αντικειμενικής κρίσης και ταυτόχρονα επιτυγχάνεται ο εξορθολογισμός της διαδικασίας παροχής έννομης προστασίας. Η παροχή έννομης προστασίας κατά το προσυμβατικό στάδιο από ένα ανεξάρτητο όργανο με υψηλά εχέγγυα θεσμικής και λειτουργικής ανεξαρτησίας και στελέχωση από καταρτισμένους εμπειρογνώμονες, αντί της αναθέτουσας αρχής, εκτιμάται ότι θα συμβάλει στην επιτάχυνση της διαδικασίας επίλυσης διαφορών που αναφύονται κατά το στάδιο της ανάθεσης, στη βελτίωση της αποτελεσματικότητας του συστήματος έννομης προστασίας, θα περιβάλλει με εμπιστοσύνη τον θεσμό και θα ελαφρύνει το φόρτο των δικαστηρίων που κατακλύζονται με πλήθος σχετικών υποθέσεων. " (βλ. Αιτιολογική Έκθεση Ν. 4412/2016, σελ. 70-71). Επομένως, δεδομένου εξάλλου ότι ούτε το άρ. 4 παρ. 7 Ν. 4412/2016 ούτε άλλη διάταξη του νόμου αυτού καθιερώνουν το τυχόν ανέλεγκτο της οικείας κρίσης και συμπεράσματος της γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, η εξαίρεση του ελέγχου αυτής από την αρμοδιότητα της Α.Ε.Π.Π. θα αντιστρατευόταν τον ως άνω αναφερθέντα νομοθετικό σκοπό, αφού θα αφαιρούσε το κρίσιμο, αλλά και ευρύτερης σημασίας και δη επί διαδικασιών ανάθεσης με συχνά σοβαρή κοινωνικοοικονομική σημασία, ζήτημα του καθορισμού του κυρίου αντικειμένου επί μικτών με στοιχεία έργου συμβάσεων από την ως άνω προστατευτική, καθοδηγητική και ενοποιητική λειτουργία που επιτελεί η κρίση της Α.Ε.Π.Π. επί προδικαστικών προσφυγών.

5. Επειδή όμως, τα ανωτέρω έχουν την έννοια ότι η ΑΕΠΠ ναι μεν δύναται να ελέγξει ακυρωτικώς και συγκεκριμένα όσον αφορά την πληρότητα και ορθότητα της οικείας αιτιολογίας της παραπάνω τεχνικής κρίσης, σε σχέση πάντα με την υπαγωγή των κρινομένων στα γενικώς ισχύοντα περί καθορισμού νομικού καθεστώτος της διαδικασίας βάσει του κυρίου αντικειμένου της υπό

δημοπράτηση συμβάσεως. Δεν μπορεί όμως ούτε να την υποκαταστήσει ούτε να την επιτελέσει το πρώτον η ίδια ούτε να την αναπληρώσει εάν ελλείπει, με δική της εξυπαρχής κρίση περί του αν το κύριο στοιχείο μικτής σύμβασης με στοιχεία έργου είναι αυτό του έργου ή της προμήθειας/υπηρεσίας. Αλλά, εφόσον κατά τον έλεγχο διακήρυξης κατόπιν προδικαστικής προσφυγής με αντικείμενο ακριβώς την παράνομη τυχόν προκήρυξη διαδικασίας ως έργου ή αντίστροφα ως προμήθειας/υπηρεσίας, προκύψει ότι πρώτον, υφίστανται τουλάχιστον στοιχεία έργου και δεύτερον, ότι δεν έχει προηγηθεί η οικεία τεχνική κρίση του αρμοδίου Τεχνικού Συμβουλίου και συνεπώς η διακήρυξη έχει εκδοθεί κατά παράβαση ουσιώδους τύπου, η ΑΕΠΠ οφείλει, αντί να κρίνει η ίδια το προεξέχον στοιχείο εντός της μικτής σύμβασης, να ακυρώσει και να αναπέμψει προκειμένου να επαναληφθεί η προπαρασκευή της διαδικασίας δια της κίνησης της έκδοσης της οικείας γνώμης, ως προαπαιτούμενο της επιλογής του τύπου της σύμβασης.

6. Επειδή, η προκείμενη διαδικασία ανάθεσης της προκείμενης σύμβασης διακηρύχθηκε υπό το νομικό καθεστώς της σύμβασης προμήθειας αγαθών. Περαιτέρω στο Παράρτημα Β ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΦΥΣΙΚΟΥ ΚΑΙ ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟΥ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟΥ ΜΕΡΟΣ Α ΤΕΧΝΙΚΗ ΠΕΡΙΓΡΑΦΗ ΚΑΙ ΠΡΟΔΙΑΓΡΑΦΕΣ αναφέρονται μεταξύ άλλων τα ακόλουθα «**ΑΡΘΡΟ 4. ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΥΠΟΒΑΣΗΣ:** Προβλέπεται η έντεχνη διάστρωση με τις προβλεπόμενες κλίσεις των υλικών υπόβασης σύμφωνα με την τεχνική περιγραφή. Προβλέπεται η προμήθεια αδρανών υλικών λατομείου αν αυτό απαιτηθεί. Η διάστρωση θα γίνει με ειδικό εξοπλισμό καθοδηγούμενο από laser για να δοθεί η μεγαλύτερη δυνατή ακρίβεια. Επίσης περιλαμβάνεται και η αποξήλωση του υπάρχοντος χλοοτάπητα. **ΑΡΘΡΟ 5. ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ ΔΙΚΤΥΟΥ ΑΡΔΕΥΣΗΣ:** Τιμολογούνται οι εργασίες για την εγκατάσταση του δικτύου άρδευσης σύμφωνα με τις τεχνικές προδιαγραφές της μελέτης, τα σχέδια κλπ. Επίσης τιμολογείται η εκσκαφή και η επαναπλήρωση της τάφρου του δικτύου άρδευσης καθώς και η κατάθεση μετά της εκτέλεση της εργασίας των σχεδίων εφαρμογής και των υδραυλικών υπολογισμών του δικτύου. **ΑΡΘΡΟ 6. ΑΠΟΣΤΡΑΓΓΙΣΗ ΓΗΠΕΔΟΥ – ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ:** Για την κατασκευή με διάτρητους αυλακωτούς σωλήνες με μέθοδο τέτοια ώστε

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

να δίνεται με ακρίβεια στους αγωγούς η κατάλληλη κλίση που είναι απαραίτητη για την αποστράγγιση του γηπέδου. Η κατασκευή θα γίνει ως εξής: 1. Διάνοιξη χάνδακα διαστάσεων 80mm x μεταβλητό βάθος, με κλίση τουλάχιστον 2mm/m, με μηχανήμα κοπής (ΟΧΙ μηχανικό εκσκαφέα), που θα εξασφαλίζει κάθετη τομή και σταθερότητα παρειών σκάμματος χωρίς μικροκατεδαφίσεις, με χρήση αισθητήρων Laser στον διαμήκη άξονα ή άλλης παρόμοιας αυτοματοποιημένης τεχνικής με χρήση ειδικών αισθητήρων, ώστε να εξασφαλίζει η ακρίβεια του βάθους σε όλο το μήκος του χάνδακα. Κατά τη διάρκεια της διάνοιξης θα πρέπει οι αισθητήρες (οποιουδήποτε τύπου ανάλογα με το μηχανήμα) να επικοινωνούν με τη μονάδα ελέγχου (τύπου PLC ή αντίστοιχης διάταξης ελεγχόμενης από microcontroller), η οποία αφού επεξεργαστεί όλα τα δεδομένα θα ρυθμίζει το βάθος και την κλίση του χάνδακα ελέγχοντας τα αντίστοιχα συστήματα του μηχανήματος κοπής. 2. Διάνοιξη χάνδακα για τον συλλεκτήριο αγωγό, με ειδικό μηχανήμα κοπής ή καδένα ή μηχανικό εκσκαφέα με κατάλληλο βάθος και κλίση ώστε να εξασφαλίζεται η συλλογή και η αποστράγγιση του νερού, πλάτους τουλάχιστον 160mm στην μια πλευρά του γηπέδου. 3. ΑΜΕΣΗ απομάκρυνση εκτός των σκαμμάτων των προϊόντων εκσκαφής με ταινιόδρομο, ώστε να εξασφαλιστεί η πλήρης καθαριότητα του χάνδακος. 4. ΑΜΕΣΗ τοποθέτηση του αγωγού αποστράγγισης από σωληνώσεις αποστράγγισης Φ50 αυλακωτές από PVC-U, που θα διαθέτει οπές περιμετρικά σε κουλούρες των 100μέτρων, ώστε να υπάρχουν όσο το δυνατόν λιγότερες συνδέσεις. Οι σωληνώσεις θα συνδέονται με κεντρικό συλλεκτήριο αγωγό κατασκευασμένο από πολυαιθυλένιο υψηλής πυκνότητας HDPE, διπλού δομημένου τοιχώματος με λεία εσωτερική επιφάνεια, κατά ΕΛΟΤ EN -13476-1:2007 με τυποποίηση ονομαστικής διαμέτρου DN κατά την εξωτερική διάμετρο [DN/OD] κατά EN 50086 που οπές περιμετρικά σε κουλούρες των 100 μέτρων ώστε να υπάρχουν όσο το δυνατόν λιγότερες συνδέσεις. Σύμφωνα με το πρότυπο EN13746-1:2007, ως ονομαστική διάμετρος λαμβάνεται είτε η εξωτερική [DN/OD] είτε η εσωτερική [DN/ID]. 5. ΑΜΕΣΗ και ΣΤΟΝ ΙΔΙΟ ΧΡΟΝΟ με την τοποθέτηση του αγωγού επαναπλήρωση της τάφρου με γαρμπίλι κοκκομετρικής διαβάθμισης 3-7 cm.». Περαιτέρω, κατά το ίδιο Μέρος Α του ως άνω Παραρτήματος Β στα ΛΟΙΠΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ τέθηκε ως απαραίτητο επί ποινή αποκλεισμού στοιχείο της τεχνικής

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

προσφοράς «9. Τεχνικά Στοιχεία, δηλαδή τεχνική περιγραφή των προσφερόμενων ειδών και εργασιών σύμφωνα με τις απαιτήσεις της μελέτης, την υποδομή-εξοπλισμό που διαθέτουν και οτιδήποτε άλλο κρίνεται απαραίτητο για την απόδειξη της ικανότητας εκτέλεσης της εν λόγω προμήθειας με την παρουσίαση τιμολογίων απόκτησης. Οι συμμετέχοντες θα πρέπει να διαθέτουν κατ' ελάχιστο τον παρακάτω μηχανολογικό εξοπλισμό: Διαμορφωτήρα (grader) τύπου *Monetefiori 300 It* ή αντίστοιχου που φέρει *laser* προκειμένου για την εξομάλυνση των κλίσεων πριν την εργασία τοποθέτησης του νέου προπαρασκευασμένου χλοοτάπητα, Γεωργικό ελκυστήρα τουλάχιστον 120 hp, Φορητό ανατρεπόμενο τουλάχιστον 1tn, Χωματοουργικά μηχανήματα τύπου *Dumper* ή παρόμοια, κατάλληλα για εργασίες εντός γηπέδου που πρέπει να αποφευχθεί η συμπίεση του εδαφικού υποστρώματος και οι ζημιές σε υπόγειες υποδομές, Παρελκόμενο μηχάνημα τύπου *drainlaser* ή εφάμιλλο για την κατασκευή του αποστραγγιστικού δικτύου». Περαιτέρω, η αναθέτουσα ανήρτησε στο ΕΣΗΔΗΣ προ της λήξης χρόνου υποβολής προσφορών τις από 6-12-2018 και με αρ. πρωτ. 71580 διευκρινίσεις της προς απάντηση οικείων ερωτημάτων του νυν δεύτερου προσφεύγοντος, αναφέροντας τα εξής «1. Σας αποστέλλουμε σκαρίφημα διάταξης αρδευτικού δικτύου... 3. Δεν πρόκειται για νέα υπόβαση. Πρόκειται για αποκατάσταση τοπικών ανωμαλιών και προϋπάρχοντων κλίσεων του γηπέδου. Η ποσότητα του νταμαροχώματος (λατομικά αδρανή κατά τη μελέτη) έχει υπολογιστεί βάσει της επιφάνειας του γηπέδου. 4. Ο σωλήνας αποστράγγισης υπάρχει σε πληθώρα μελετών δημοσίων έργων που έχουν εκτελεστεί στον Ελλαδικό χώρο... 5. Η μελέτη προμήθειας έχει σκοπό να βελτιώσει την λειτουργικότητα του γηπέδου μέσω της τοποθέτησης γραμμικών στραγγιστηρίων από σωληνώσεις Φ50 και σύμφωνα με την περιγραφή του άρθρου 6, τα οποία θα λειτουργούν επικουρικά στην υπάρχουσα κατασκευή. 6. Η χρήση μηχανημάτων οδοποιίας με αυτόματη όδευση είναι αποδεκτή, αρκεί να μπορούν αποδεδειγμένα να επιτύχουν με ακρίβεια στις επιφανειακές κλίσεις που απαιτούνται προκειμένου να επιτυγχάνεται η επιφανειακή απορροή των ομβρίων υδάτων.». Κατά τα ανωτέρω είναι σαφές ότι το ως άνω περιγραφόμενο φυσικό αντικείμενο περιλαμβάνει εργασίες που συνιστούν χωματοουργικά έργα ως προς την υπόβαση, με αποκατάσταση κλίσης εδάφους, ισοπεδώσεις γης με χρήσεις

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

ειδικών μηχανημάτων, εκσκαφές και διαστρώσεις αδρανών λατομικών υλικών, με στόχο τη διαμόρφωση νέας κλίσης του γηπέδου προς τον σκοπό ομαλής απορροής ομβρίων υδάτων. Περαιτέρω, περιλαμβάνει δύο υδραυλικά έργα, εκ των οποίων το πρώτο συνίσταται στην κατασκευή νέου συμπληρωματικού δικτύου απορροής ομβρίων υδάτων με εκσκαφές, ανοίγματα τάφρων και χανδάκων, χαράξεις μεταβλήτου βάθους, στεγανοποιητικές εργασίες, μονώσεις με ειδικό χαλίκι, σύνδεση των σωλήνων μεταξύ τους προς τον σκοπό ολοκληρωμένου δικτύου με κατάληξη σε κεντρικό αποδέκτη που θα εγκαταστήσει ως μέρος του συστήματος ο ανάδοχος, το δε δεύτερο συνίσταται σε νέο δίκτυο άρδευσης που περιλαμβάνει διανοίξεις, εκσκαφές, τοποθετήσεις και συνδέσεις του συνόλου των σωληνώσεων του συστήματος και επαναπληρώσεις τάφρου, και εν γένει κατασκευή ολοκληρωμένου δικτύου, με σχέδια εφαρμογής και μελέτη επί της υδραυλικής απόδοσης του δικτύου. Οι ως άνω εργασίες θα λάβουν χώρα με ειδικά σκαριφήματα, χρήση εξειδικευμένων μηχανημάτων και προφανώς προσωπικού που θα τα χειριστεί.

7. Επειδή, κατ' άρ. 2 παρ. 1 εδ. 6 Ν. 4412/2016, "ως «δημόσιες συμβάσεις έργων» και ως «συμβάσεις έργων» νοούνται οι συμβάσεις που έχουν ως αντικείμενο, ένα από τα κάτωθι: α) την εκτέλεση ή συγχρόνως τη μελέτη και την εκτέλεση εργασιών που αφορούν μία από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στο [Παράρτημα ΙΙ του Προσαρτήματος Α'](#) και στο [Παράρτημα Ι του Προσαρτήματος Β'](#), β) την εκτέλεση ή συγχρόνως τη μελέτη και την εκτέλεση έργου, γ) την υλοποίηση, με οποιαδήποτε μέσα, έργου ανταποκρινόμενου στις απαιτήσεις που ορίζει η αναθέτουσα αρχή/αναθέτων φορέας που ασκεί αποφασιστική επιρροή στο είδος ή στη μελέτη του έργου", προκύπτει ότι ο νομοθέτης ορίζει τρεις εναλλακτικές περιπτώσεις για την κατάγνωση ιδιότητας δημόσιας σύμβασης έργου στις εν γένει ή τυχόν επιμέρους στο πλαίσιο μικτής σύμβασης, εργασίες. Η περίπτωση α' αναφέρεται στην εκτέλεση με έτοιμη μελέτη από την αναθέτουσα ή τη μελέτη και εκτέλεση από τον ανάδοχο ενός συγκεκριμένου και προσδιοριζόμενου κύκλου εργασιών που ορίζονται από τα παραπάνω Παραρτήματα. Η περίπτωση β' αφορά την εκτέλεση με μελέτη της υπηρεσίας ή μελέτη και εκτέλεση από τον ανάδοχο "έργου", κατά τον ορισμό που σε αυτό δίνεται από το εδ. 7 της ίδιας παραγράφου και η περίπτωση γ' την

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

εκτέλεση έργου, πάλι υπό την έννοια του εδ. 7, με την αναθέτουσα να κατευθύνει την εκτέλεση ή τη μελέτη του. Άρα, οι μεν εργασίες που περιλαμβάνονται στο Παράρτημα ΙΙ του Προσαρτήματος Α και στο Παράρτημα Ι του Προσαρτήματος Β αυτοδικαίως και άνευ ετέρου εμπίπτουν εκ του νόμου στην έννοια του έργου, ενώ οι μη εμπίπτουσες στην ως άνω περίπτωση λοιπές εργασίες κρίνονται ως προς τον νομικό χαρακτήρα τους ως έργου με βάση τον ορισμό του έργου κατά το εδ. 7. Στο δε ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ ΙΙ “ΚΑΤΑΛΟΓΟΣ ΤΩΝ ΔΡΑΣΤΗΡΙΟΤΗΤΩΝ ΠΟΥ ΑΝΑΦΕΡΟΝΤΑΙ ΣΤΗΝ ΥΠΟΠΕΡΙΠΤΩΣΗ α) ΤΗΣ ΠΕΡΙΠΤΩΣΗΣ β) ΤΗΣ ΠΑΡΑΓΡΑΦΟΥ 1 ΤΟΥ ΑΡΘΡΟΥ 2”, ως δραστηριότητες που υπάγονται αυτοδικαίως και εκ του νόμου στην έννοια της “δημόσιας σύμβασης έργου” συγκαταλέγονται ως γενικές κατηγορίες οι “ΚΑΤΑΣΚΕΥΕΣ: νέες κατασκευές, αποκατάσταση και συνήθεις επισκευές, CPV 45000000,” η “Κατεδάφιση κτιρίων και εκτέλεση χωματοουργικών εργασιών: κατεδάφιση κτιρίων και άλλων κατασκευών, εκκαθάριση εργοταξίων και χωματοουργικά έργα: εκσκαφές, επιχωματώσεις, επιπέδωση και ισοπέδωση εργοταξίων, εκσκαφή τάφρων, αφαίρεση βράχων, ανατινάξεις κ.λπ., CPV 45110000”, οι “ΥΔΡΑΥΛΙΚΕΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΙΣ CPV 45330000”, που μεταξύ άλλων περιλαμβάνει και εγκαταστάσεις συστημάτων καταιονισμού (σπρίνκλερ), η “Εκμίσθωση Εξοπλισμού Κατασκευών ή Κατεδαφίσεων μαζί με τον Χειριστή CPV 45500000” και η “ΚΑΤΑΣΚΕΥΗ ΑΘΛΗΤΙΚΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ και κατασκευαστικά έργα σταδίων εκτός από κτίρια, CPV 45230000” και η «ΕΚΤΕΛΕΣΗ ΛΟΙΠΩΝ ΚΑΤΑΣΚΕΥΑΣΤΙΚΩΝ ΕΡΓΑΣΙΩΝ ΕΙΔΙΚΗΣ ΦΥΣΗΣ CPV 4525000-4526200, Κωδικός Τάξης 45.25», η οποία τάξη περιλαμβάνει «κατασκευή φρεατίων ύδατος, εκσκαφή φρεάτων» και «κατασκευαστικές δραστηριότητες που εξειδικεύονται σε τομέα κοινό σε διάφορα είδη κατασκευών και απαιτούν ειδικευμένο προσωπικό ή εξοπλισμό» «κατασκευή θεμελιώσεων», κατασκευή φρεατίων». Συνεπώς, υπό το νυν καθεστώς του Ν. 4412/2016, όσες εργασίες υπάγονται στις ως άνω έννοιες αυτομάτως εμπίπτουν ως προς τον νομικό χαρακτηρισμό τους σε αυτόν της δημόσιας σύμβασης έργου, χωρίς ανάγκη περαιτέρω αναγωγής του συλλογισμού περί του νομικού τους χαρακτήρα στην έννοια του “έργου” και την περ. 7 της παρ. 1 άρ. 2 Ν. 4412/2016. Ειδικότερα μάλιστα, στις παραπάνω εν γένει εργασίες

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

συμπεριλαμβάνονται κατά το ρητό γράμμα του ως άνω Παραρτήματος που αναλύει τις ως άνω γενικές κατηγορίες εργασιών, μεταξύ άλλων Κατασκευαστικές εργασίες, Εργασίες προπαρασκευής εργοταξίων, Εργασίες κατεδάφισης και αποξήλωσης εγκαταστάσεων κτιρίων και εργασίες μετακίνησης γαιών, Εργασίες κατεδάφισης, διευθέτησης και εκκαθάρισης εργοταξίου, Εργασίες απομάκρυνσης μπάζων, Εργασίες σταθεροποίησης εδάφους, Εργασίες εκσκαφών και μετακίνησης γαιών, Εργασίες Αφαίρεσης και Πλήρωσης Γαιών, Κατασκευαστικές εργασίες για κτίρια αναψυχής, αθλητισμού, πολιτιστικών εκδηλώσεων, στέγασης και εστιατορίων, Κατασκευαστικές εργασίες για αθλητικές εγκαταστάσεις, Κατασκευαστικές εργασίες για συγκεκριμένα αθλήματα, Κατασκευαστικές εργασίες κατασκευών για γήπεδο αθλοπαιδιών, Κατασκευαστικές εργασίες για στάδια, Εργασίες θεμελιώσεων, Ενοικίαση κατασκευαστικών μηχανημάτων και εξοπλισμού για έργα πολιτικού μηχανικού με χειριστή, Ενοικίαση γερανών με χειριστή, Ενοικίαση εξοπλισμού χωματουργικών εργασιών με χειριστή, Κατασκευαστικές εργασίες για σωληνώσεις ομβρίων υδάτων, Διάνοιξη φρεάτων ύδατος, Εργασίες Θεμελιώσεων και διάνοιξης φρεάτων ύδατος, Κατασκευαστικές εργασίες για υδραυλικά έργα, Αρδευτικά Έργα, Κατασκευαστικές Εργασίες για σωληνώσεις διανομής νερού άρδευσης, Επικουρικά έργα για αγωγούς άρδευσης, Εργασίες Κατασκευής δικτύου αποστράγγισης, Εργασίες αποστράγγισης, Εργασίες σε δίκτυο αποστράγγισης και έργα επιφανείας, Διάνοιξη φρεάτων ύδατος, ως και Εργασίες Θεμελιώσεων και διάνοιξης φρεάτων ύδατος. Εφόσον δε μια εργασία εμπίπτει στις ανωτέρω κατηγορίες, προφανώς πληροί και τις γενικές προϋποθέσεις του εδ. 7 περί έννοιας του “έργου”, πλην όμως δεν χρειάζεται καν αναφορά και υπαγωγή στο τελευταίο και τους όρους του. Περαιτέρω, είναι προφανές ότι η αναφορά του παραπάνω Παραρτήματος στους οικείους κωδικούς δεν έχει την έννοια ότι η αναθέτουσα έχει ευχέρεια εργασίες που εντάσσονται με προφανή μάλιστα τρόπο (όπως εν προκειμένω) σε μία ή περισσότερες από τις παραπάνω κατηγορίες, να τις εντάσσει εκουσίως ή ακούσια εσφαλμένα σε άλλα CPV προκειμένου να παρακαμφθεί η εφαρμογή των παραπάνω, τα οποία συναρτώνται αποκλειστικά και μόνο από το αληθές αντικείμενο των ανά περίπτωση εργασιών και την υπαγωγή αυτών στις

παραπάνω κατηγορίες και όχι στο τυπικό ζήτημα της αναγραφής CPV, ζήτημα εξάλλου χωρίς αυτοτελείς έννομες συνέπειες, για τον προσδιορισμό τους στη διακήρυξη (και τούτο πέραν του ότι η αντίθετη ερμηνεία θα επέτρεπε όλως καταστρατηγικές πρακτικές).

8. Επειδή, κατά τον συνδυασμό των ανωτέρω προκύπτει ότι στο πλαίσιο του εξεταζόμενου συμβατικού αντικειμένου εμπίπτει μια σειρά από υδραυλικών, κατασκευαστικών, χωματοουργικών και εκσκαφικών εργασιών, εργασίες κατασκευής δικτύων αποστράγγισης και άρδευσης, κατασκευής θεμελιώσεων στο υπέδαφος, μετακίνησης γαιών, αναδιαμόρφωσης εδάφους και υπεδάδους, δημιουργίας θεμελίων και βάσεων εντός του εδάφους και σταθεροποίησης αυτού με μετακινήσεις, προσχώσεις, αφαιρέσεις και πληρώσεις γαιών με χρήση μηχανημάτων και εξοπλισμού με χειριστή για τις παραπάνω εργασίες, διανοίξεις φρεατίων, στεγανώσεις, και όλα αυτά εν τέλει με διαδοχική σειρά και αλληλουχία εκτελούμενη από τον ανάδοχο, κατατείνουν δε στο τελικό αποτέλεσμα της εξαρχής ανασκαφής, δημιουργίας νέου υδραυλικού δικτύου, αναθεμελίωσης και εν τέλει ανακατασκευής, δηλαδή εκ νέου κατασκευής με νέο ορθό θεμέλιο και κλίση εδάφους, ως και νέα υδραυλικά συστήματα, στη θέση του παλαιού γηπέδου, νέου ποδοσφαιρικού γηπέδου στο οποίο θα τοποθετηθεί και ο αγοραζόμενος χλοοτάπητας, ο οποίος όμως θα αποτελέσει απλώς ένα δομικό μέρος από τα περισσότερα στάδια τεχνικών εργασιών που θα προηγηθούν και θα συνδυασθούν για την επίτευξη του σκοπούμενου αποτελέσματος, ήτοι του νέου αναβαθμισμένου γηπέδου. Άρα, δεν πρόκειται απλώς για εισφορά και εγκατάσταση νέου εξοπλισμού χλοοτάπητα σε ένα υφιστάμενο γήπεδο που κατά τα λοιπά θα μείνει ως έχει, αλλά για την εγκατάσταση του συστήματος χλοοτάπητα σε ένα γήπεδο που θα ανασκαφεί, θα επαναθεμελιωθεί, θα κατασκευαστεί και θα ολοκληρωθεί με πλήρη υδραυλικά συστήματα και με σύνολο εργασιών επί του εδάφους και του υπεδάφους εξαρχής. Όλες οι παραπάνω εργασίες που θα προηγηθούν της εγκατάστασης του χλοοτάπητα δεν συνιστούν «υπηρεσίες» ούτε «εγκατάσταση προμηθευόμενων προϊόντων», αλλά εργασίες που εμπίπτουν στην έννοια του τεχνικού έργου και στο πλαίσιο των οποίων απλώς θα χρησιμοποιηθούν ως υλικά κατασκευής τα «υπό προμήθεια αγαθά» των αδρανών υλικών και των

κάθε είδους σωλήνων και υδραυλικού υλικού και τούτο τόσο εκ του νόμου και αυτοδικαίως κατά την έννοια της περ. α' του ως άνω εδ. 6 της παρ. 1 του άρ. 2 Ν. 4412/2016 και του Παραρτήματος ΙΙ Προσαρτήματος Α Ν. 4412/2016, όσο και κατά τον γενικό ορισμό του έργου κατά το εδ. 7 και επομένως και τις περ. β' και γ' του του εδ. 6 που εν προκειμένω συντρέχουν σωρευτικά με την εκ του νόμου παραγόμενη υπαγωγή στο νομικό καθεστώς του έργου της ως άνω περ. α'. Τούτο δεν μεταβάλλεται από το γεγονός ότι η αναθέτουσα προσδιόρισε τις ως άνω τεχνικές εργασίες ως προμήθειες και εγκαταστάσεις των επιμέρους υλικών κατασκευής και κατ' αποτέλεσμα αυτού προκήρυξε τη διαδικασία ως προμήθεια. Εξάλλου, κάθε είδους τεχνικό έργο, ακόμη και κάθε κατασκευή, προφανώς προϋποθέτει τη χρήση και εισφορά κάποιων υλικών, χωρίς τα οποία το έργο δεν μπορεί να εκτελεστεί (επί παραδείγματι μια οικοδομή εμπλέκει τη χρήση αδρανών υλικών, σκυροδέματος, τούβλων, μετάλλων, γυαλιού, κουφωμάτων, μονωτικών, βαφών, καλωδίων, σωλήνων και πολλών άλλων υλικών). Υπό τη λογική της αναθέτουσας κάθε τεχνικό έργο και κάθε κατασκευή θα ήταν προμήθειες των κατασκευαστικών υλικών και «εγκατάστασή» τους. Πλην όμως, το διαχωριστικό ακριβώς στοιχείο μεταξύ αληθούς προμήθειας υλικών και τεχνικού έργου όπου θα χρησιμοποιηθούν τα υλικά είναι ότι στην πρώτη περίπτωση ο σκοπός της σύμβασης κατατείνει ακριβώς στο να αποκτήσει η αναθέτουσα και να συσσωρεύσει μια συγκεκριμένη ποσότητα υλικών προς κάθε εκ μέρους της περαιτέρω χρήση, δηλαδή η σύμβαση αποβλέπει σε αυτή καθαυτή τη συγκέντρωση των υλικών χωρίς κάποιον περαιτέρω σκοπό που εντάσσεται στην προκείμενη σύμβαση. Αντίθετα, στη δεύτερη περίπτωση, ο σκοπός της σύμβασης είναι η επίτευξη ενός ολοκληρωμένου τεχνικού αποτελέσματος με ειδικό τεχνικοοικονομικό σκοπό (που αναμφίβολα έχει κάθε αθλητική εγκατάσταση, ως και κάθε εν γένει εγκατάσταση) με τεχνικές διαδικασίες και εργασίες που μάλιστα θα εκτελέσει ο ίδιος ο εισφέρων τα υλικά ανάδοχος, δηλαδή εργολάβος, εντός των οποίων απλώς θα χρησιμοποιηθεί και μια σειρά από διάφορα υλικά, τα οποία όμως δεν έχουν κάποια αυτοτελή αξία, αλλά μόνο στο πλαίσιο της χρήσης τους εντός του τεχνικού έργου και των επιμέρους διαδοχικών του σταδίων. Είναι πρόδηλο δε από όλα τα ανωτέρω ότι στην προκείμενη περίπτωση η αναθέτουσα δεν

αποβλέπει στη συγκέντρωση ποσοτήτων αδρανών υλικών και σωλήνων, αλλά στην αναβάθμιση των αθλητικών της κέντρων, όπως εξάλλου ρητά προκύπτει από τη διακήρυξη, εντός της οποίας διαδικασίας αναβάθμισης θα λάβουν χώρα πολλές σύνθετες τεχνικές εργασίες, για την εκτέλεση των οποίων θα χρειαστούν συγκεκριμένα υλικά, εξάλλου δε, κατά τα ανωτέρω να μεν οι παραπάνω ποσότητες που θα χρειαστούν προμετρώνται (όπως όμως και σε κάθε έργο, ως παράμετρος του εργολαβικού κόστους), πλην όμως ενδέχεται (ακριβώς λόγω του ότι στο πλαίσιο ενός έργου δεν είναι δυνατόν εκ των προτέρων να προϋπολογισθούν όλα τα υλικά που θα χρειαστούν με ακρίβεια και τούτο λόγω της ίδιας της φύσης της έννοιας του έργου), πράγμα που προκύπτει από την ίδια τη διευκρίνιση που ανήρτησε η αναθέτουσα, όπου προκύπτει η έλλειψη οιασδήποτε βέβαιης εκτίμησης περί του όγκου υλικών που θα χρησιμοποιηθούν, ακόμα και για την εξαρχής ανάγκη τους. Περαιτέρω, κατά το άρθρο 5 ο ανάδοχος ο ίδιος θα καταρτίσει σχέδια εφαρμογής και υδραυλικούς υπολογισμούς του δικτύου, κατά το δε άρθρο 4 ζητείται «έντεχνη» εκτέλεση για τις εργασίες υπόβασης και κατά τα λοιπά επαφίεται στην πρωτοβουλία του αναδόχου ο τρόπος εκτέλεσης. Συγχρόνως, τα μηχανήματα και τεχνικά μέσα που απαιτούνται είναι όλως εξειδικευμένα και προφανώς συνδέονται με εκτέλεση έργου, όπως μηχανήματα οδοποιίας, διαμορφωτήρες γης, χωματοουργικά μηχανήματα και ειδικά παρελκόμενα με laser για διάνοιξη χανδάκων, είναι δε σαφές ότι οι ως άνω εργασίες θα επιβλέπονται από εξειδικευμένο πρόσωπο τόσο επί των χωματοουργικών και γεωτεχνικών εργασιών, αφού θα πρέπει να αναδιαμορφωθούν κλίσεις εδάφους με εκτιμήσεις του αναδόχου, όσο και επί της κατασκευής υδραυλικών δικτύων, με επίβλεψη του εξειδικευμένου τεχνικού προσωπικού που θα χειριστεί τα ως άνω μέσα. Τα ανωτέρω συνδυάζονται με το κατ' άρθ. 9 παρ. 1 ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Γ-ΥΠΟΔΕΙΓΜΑ ΣΥΜΒΑΣΗΣ μεγάλο χρονικό διάστημα 3 μηνών για την εκτέλεση των οικείων εργασιών, που ουδόλως συνάδει με την απλή εγκατάσταση ενός πωλούμενου αγαθού, ακόμη δε και τη δυνατότητα εισφοράς νέων μη προβλεπόμενων στη διακήρυξη υλικών, κατά την εκτέλεση της σύμβασης και δη κατά τη δημιουργία της νέας βάσης του γηπέδου, αλλά και το γεγονός ότι στη διακήρυξη παρέχονται οδηγίες και δη όλως γενικές, ως προς το τελικό

αποτέλεσμα που ο ανάδοχος θα αναλάβει να επιτύχει με τις δικές του τεχνικές διεργασίες, δηλαδή στοιχεία που προδήλως παραπέμπουν σε εκτέλεση τεχνικού έργου (καίτοι πάντως εν τέλει και ασαφώς ως προς τούτο, βλ. και παρακάτω περί τρίτης προσφυγής) και όχι προμήθειας συγκεκριμένου αγαθού, όπου το συμβατικό αντικείμενο περικλείεται απολύτως στις προδιαγραφές του αγαθού και η εγκατάστασή του έχει σαφείς οδηγίες που προέρχονται από το ίδιο το προϊόν και συγκεκριμένα βήματα και ο μόνος στόχος είναι απλώς η λειτουργία του κατά τον προορισμό του. Εξάλλου, ουδόλως νοείται «εγκατάσταση» σε ένα αγαθό όπως τα αδρανή κατασκευαστικά υλικά (χαλίκι, γαρμπίλι, λοιπά αδρανή) ή στους σωλήνες ή τα φρεάτια (όπως αναλόγως δεν νοείται εγκατάσταση σε βαφές, μονωτικά και στεγανωτικά υλικά, τούβλα, καλώδια, αλλά απλή χρήση ως υλικών σε εργασίες ελαιοχρωματισμού, μονωτικών εργασιών ή τοιχοποιίας ή ηλεκτρολογικής φύσης), καθώς εκ φύσεώς τους όλα τα ανωτέρω συνιστούν υλικά που χρησιμοποιούνται σε κατασκευαστικά και υδραυλικά, ως και εν γένει έργα ούτε είναι δυνατή η «εγκατάστασή» τους, όρος που αφορά σύνθετα αγαθά πρωτίστως τεχνολογικής φύσης ή που η κατασκευή του εμπλέκει διάφορα τεχνικά μέρη και η λειτουργία του προϋποθέτει συγκεκριμένες συνδέσεις με συστήματα που υφίστανται σε μια εγκατάσταση όπως επί παραδείγματι για ένα ψυγείο, έναν υπολογιστή, ένα έτοιμο θερμαντικό σώμα). Αντίθετα, τα παραπάνω υλικά δεν «εγκαθίστανται» εντός του έργου για την εκτέλεση του οποίου χρησιμοποιούνται, αλλά απλώς αποτελούν τα υλικά της εκτέλεσής του. Περαιτέρω, εν προκειμένω, όλες οι εργασίες θα πρέπει να λάβουν χώρα σε ειδική μεταξύ τους αλληλουχία, ώστε να εκτελεστεί ορθώς το έργο και να εξασφαλιστεί ο σκοπός του, ήτοι οι χρωματουργικές εργασίες διαμόρφωσης κλίσης συνδέονται άρρηκτα με το δίκτυο αποστράγγισης, καθώς οι μεν θα διασφαλίσουν την ορθή λειτουργία του άλλου, βλ. άρθρο 6 σε συνδυασμό με άρθρο 4 Παραρτήματος Β, διαδικασία που υπογραμμίζει το ενιαίο του σκοπού και το ότι το σύνολο των οικείων υλικών και εργασιών τελούν μεταξύ τους σε άρρηκτη τεχνική σύνδεση ως προς την ολοκλήρωση του ενός ενιαίου τεχνικού έργου ανακατασκευής εκ βάθρων του γηπέδου με εκτεταμένη επισκευή και ανακατασκευή υπεδάφους, θεμελίωσης και αποστραγγιστικού και αρδευτικού συστήματος. Το δε ζήτημα της σύνθεσης

της συνολικής εκτιμώμενης αξίας δεν αλλάζει τα ανωτέρω, δεδομένου ότι κατά τα ανωτέρω το κύριο αντικείμενο μικτής σύμβασης με στοιχεία έργου και προμήθειας δεν κρίνεται αυτομάτως βάσει μόνης της αξίας των επιμέρους στοιχείων, αλλά βάσει συνόλου παραμέτρων που οδηγούν σε οικεία κρίση περί του προέχοντος σκοπού της διαδικασίας (στο πλαίσιο της οποίας κρίσης δύνανται να ληφθούν υπόψη και οι αξίες των επιμέρους στοιχείων, πλην όμως όχι ως μόνο επαρκές κριτήριο). Εξάλλου, δεδομένου ότι η προκειμένη σύμβαση φέρει στοιχεία έργου, η ΑΕΠΠ δεν έχει ούτως ή άλλως αρμοδιότητα να κρίνει το πρώτον το προέχον και κύριο αντικείμενο, αφού εξάλλου δεν μεσολάβησε καν γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου περί τούτου. Πάντως, ναι μεν κατά τα ανωτέρω, η τιμή που αναφέρεται στη διακήρυξη ανά υλικό αφορά και την «εγκατάστασή» του, πλην όμως εν τέλει και δεδομένου ότι το παρόν συμβατικό αντικείμενο εμπεριέχει μείζον τεχνικό έργο ανά γήπεδο, δεν είναι βέβαιο ότι ο ως άνω προϋπολογισμός ανά υλικό, καλύπτει τις όποιες τυχόν απρόβλεπτες δαπάνες και λοιπά έξοδα που εμπεριέχονται σε ένα έργο κατά διαφοροποίηση από την απλή προμήθεια ενός αγαθού, με αποτέλεσμα η λήψη υπόψη του αληθούς χαρακτήρα τους ως έργων αντί προμηθειών να ενδέχεται σοβαρά να οδηγήσει σε αύξηση της συνολικής εκτιμώμενης αξίας ή ανακατανομή μεταξύ των επιμέρους κωδικών της. Πάντως, ούτε το κόστος της σύμβασης αναφέρεται σε κόστος τοποθέτησης υλικών, αφού αυτό που αναφέρεται επί της ουσίας ως τοποθέτηση αφορά κατά τα ανωτέρω μια σύνθετη αλληλουχία εργασιών προς δημιουργία θεμελίωσης του γηπέδου με στρωματοποιήσεις, ισοπεδώσεις και χρήσεις μηχανημάτων (ασχέτως δε ότι ουδόλως προϋπολογίζονται τα έξοδα προεργασίας και προετοιμασίας εργοταξίου). Περαιτέρω, τα επιμέρους στοιχεία της σύμβασης δεν μπορούν να διαχωριστούν ευχερώς, αφού αφενός κάθε υλικό θα τύχει χρήσης εντός μιας συγκεκριμένης αλληλουχίας σύνθετων τεχνικών ενεργειών και σε σχέση με άλλα υλικά και στοιχεία, ως και εργασίες που θα λάβουν χώρα για την ολοκλήρωση κάθε επιμέρους τεχνικού βήματος που συγκροτεί την όλη σύμβαση, αφετέρου κάθε τέτοιο τεχνικό βήμα τελεί σε αναγκαία αλληλουχία με το επόμενο και όλα ομού αδιαχώριστα συνθέτουν το όλο συμβατικό αντικείμενο που ανάγεται στην ανακατασκευή και αναβάθμιση του γηπέδου (επί παραδείγματι, μόνη της η δημιουργία εδαφικής βάσης και

θεμελίου για το γήπεδο δεν έχει οποιαδήποτε τεχνική και πρακτική σημασία χωρίς τα επόμενα βήματα ούτε προφανώς υπάρχει κανένα νόημα στη δημιουργία υδραυλικού δικτύου απορροής ομβρίων, αν δεν δημιουργηθεί νέα βάση και διορθωθούν οι κλίσεις του εδάφους που θα επιτρέψουν την απορροή των υδάτων μέσω του δικτύου αυτού, αλλά περαιτέρω και αν δεν τοποθετηθεί νέα επιφάνεια στο γήπεδο).

9. Επειδή συνεπεία των ανωτέρω, βασίμως ο πρώτος προσφεύγων ισχυρίζεται ότι η αναθέτουσα κατήρτισε παρανόμως τη διακήρυξη, προβάλλοντας τις εργασίες των άρ. 4, 5 και 6, οι οποίες συνέχονται αναγκαίως με τα χρησιμοποιούμενα για την εκτέλεση τους, μετά των υλικών των άρθρων 2 και 3 του Παραρτήματος Β, δηλαδή στοιχεία που εμπίπτουν σαφώς τόσο αυτοδικαίως όσο και καθ' ουσία στην έννοια του τεχνικού έργου, ως προμήθειες των δομικών και εν γένει υλικών που θα χρησιμοποιηθούν και αυτές καθαυτές τις τεχνικές εργασίες ως εγκατάσταση των ως άνω υλικών. Άρα, αν μη τι άλλο η προκείμενη διαδικασία φέρει στοιχεία δημόσιας σύμβασης τεχνικού έργου. Περαιτέρω, η εν τέλει η συσχέτιση των αξιών μεταξύ διαφόρων υλικών που θα χρησιμοποιηθούν στα πλαίσια στοιχείων έργου με αυτή αγαθού που τυχόν θα τύχει προμήθειας στο πλαίσιο μικτής σύμβασης, δεν αρκεί για την κρίση επί του κυρίου αντικειμένου της σύμβασης, αφού αυτό συνέχεται με τον ολικό σκοπό στον οποίο αποβλέπουν (εξάλλου, όπως προαναφέρθηκε κάθε κατασκευαστική ή εν γένει εργασία τεχνικού έργου αυτονόητα προϋποθέτει τη χρήση υλικών που θα αγοραστούν και συγκεκριμένες εργασίες σε επιμέρους σημεία που θα εκτελεστούν και ούτως υπό αντίθετη ερμηνεία δεν θα υφίσταντο «έργα», αλλά συνονθυλεύματα προμηθειών και υπηρεσιών). Εξάλλου, εν προκειμένω, δεδομένου του σκοπού της όλης συμβάσεως, του γεγονότος ότι κατατείνει σε ένα συγκεκριμένο αποτέλεσμα και σε μία ολοκληρωμένη τεχνική παρέμβαση επί του γηπέδου, συνιστώμενη στην ανακατασκευή και δομική και υδραυλική αναβάθμισή του, όπως και του γεγονότος ότι η εγκατάσταση του νέου χλοοτάπητα, δεν θα λάβει χώρα αποσυνδεδεμένα από τις λοιπές εργασίες, αλλά ως το στοιχείο εκείνο που θα ολοκληρώσει τον στόχο της αναβάθμισης στο πλαίσιο νέου γηπέδου, με νέα διορθωμένη βάση, κλίσεις, επιφάνεια και νέο υδραυλικό σύστημα, εν τέλει ουδόλως αποκλείεται η όλη σύμβαση να συνιστά

όχι μικτή σύμβαση, αλλά απλώς και αμιγώς έργο και τούτο καίτοι η προμήθεια και εγκατάσταση του χλοοτάπητα αν λάμβανε χώρα μόνη της επί ενός γηπέδου όπου δεν θα λάμβαναν χώρα οι εκτεταμένες εδαφικές και υπεδαφικές εργασίες, ως και η δημιουργία ολοκληρωμένης νέας υπόβασης και θεμελίου και νέου υδραυλικού συστήματος άρδευσης και αποστράγγισης, θα είχε η ίδια αμιγή χαρακτήρα προμήθειας (πράγμα που δεν θα δύνατο να συμβεί όμως τουλάχιστον όσον αφορά το σύνολο των τεχνικών εργασιών που αναφέρονται στα άρ. 4, 5 και 6 και συνδέονται και αφορούν τη χρήση των υλικών των άρ. 2 και 3 του Παραρτήματος Β). Δηλαδή, ναι μεν αυτή καθαυτή η αφαίρεση του παλαιού χλοοτάπητα και η τοποθέτηση νέου θα συνιστούσε μόνη της προμήθεια και θεωρούμενη αφ' εαυτής αποτελεί στοιχείο προμήθειας, εντός μιας πάντως σύμβασης που φέρει σαφέστατα και στοιχεία έργου, η εν τέλει όμως κρίση επί του νομικού καθεστώτος της όλης διαδικασίας θα πρέπει να κριθεί σε απόκριση με τον συνολικό σκοπό, φύση και αντικείμενο της όλης σύμβασης. Όμως, σύμφωνα και με όσα αναφέρθηκαν στη σκ. 5, η ΑΕΠΠ δεν δύναται να κρίνει εξ αρχής και το πρώτον η ίδια το κύριο αντικείμενο σύμβασης που φέρει στοιχεία από περισσότερες συμβάσεις, αν μεταξύ αυτών ευρίσκονται και στοιχεία τεχνικού έργου, αλλά η οικεία αρμοδιότητα ανήκει καταρχήν στην αναθέτουσα, η οποία οφείλει να τηρήσει ως αναγκαία προεργασία πριν τη δημοσίευση σχετικής διακήρυξης και ως ουσιώδη τύπο της όλης διαδικασίας ανάθεσης της οικείας σύμβασης, τη σύμφωνη γνωμοδότηση του αρμοδίου Τεχνικού Συμβουλίου, πράττοντας περαιτέρω όσα ορίζονται στο άρ. 4 παρ. 7 Ν. 4412/2016 και εκτέθηκαν στη σκ. 4 (μεταξύ άλλων και περαιτέρω κοινοποίηση της εν τέλει απόφασης της αναθέτουσας στην), σε δεύτερο δε επίπεδο η διακήρυξη και η επιλογή εν τέλει του νομικού καθεστώτος και άρα του κυρίου αντικειμένου της σύμβασης κατόπιν πάντως της ορθής διαδικασίας και του ουσιώδη τύπου της, υπόκειται σε προσφυγή προς έλεγχο σχετικά με όσα αναφέρθηκαν στη σκ. 4 (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 173/2017). Η αρμοδιότητα όμως αυτή της ΑΕΠΠ δεν δύναται να ασκηθεί εφόσον δεν έχει προηγηθεί η τήρηση του ως άνω ουσιώδους τύπου (ούτε η ΑΕΠΠ δύναται να τον αναπληρώσει, υπεισερχόμενη η ίδια στην οικεία κρίση, αναπληρώνοντας ούτως την έλλειψη της απαραίτητης προηγούμενης γνώμης), ζήτημα που αναγκαία

εννόμως προηγείται της αυτής καθαυτής κρίσης περί κυρίου αντικειμένου και νομικού καθεστώτος, η οποία όμως εν προκειμένω δεν έλαβε καν χώρα όσον αφορά τη γνώμη του Τεχνικού Συμβουλίου και τη λήψη υπόψη αυτής από την αναθέτουσα, ως και την περαιτέρω υποχρεωτική κοινοποίηση στην και ούτως η εκ μέρους της αναθέτουσας απόφαση περί νομικού καθεστώτος της διαδικασίας ουδόλως παρήχθη κατά την ορθή διαδικασία και τύπο. Αυτή είναι και η προκείμενη περίπτωση και επομένως, κατόπιν όσων εκτέθηκαν στη σκ. 4, η προσβαλλόμενη διακήρυξη εκδόθηκε κατά παράβαση ουσιώδους τύπου, που συνίσταται ακριβώς στην παράλειψη όλων των ανωτέρω υποχρεωτικών προηγούμενων ενεργειών, οι οποίες ουδόλως προκύπτει ότι τηρήθηκαν και έλαβαν χώρα (ούτε η αναθέτουσα επικαλείται αυτό), παρά την ύπαρξη στοιχείων δημόσιας σύμβασης έργου εντός του συμβατικού αντικειμένου που η ως άνω διαδικασία αφορά και ορίζει. Για την ταυτότητα όμως της νομικής αιτίας (και δη κατά μείζονα λόγο) ως προς τα ανωτέρω και αυτή η κρίση περί του αν εν τέλει η σύμβαση έχει όχι απλώς ως κύριο αντικείμενο αυτό του έργου ή της προμήθειας, αλλά και αν συνιστά τέτοια μικτή σύμβαση (πράγμα που αν μη τι άλλο προκύπτει κατ' ελάχιστο σύμφωνα με τα ανωτέρω) ή ακόμη και αμιγή σύμβαση έργου, θα πρέπει να κριθεί με βάση την ίδια ως άνω διαδικασία που παραλείφθηκε, αφού η κατάγνωση στοιχείων έργου στις ως άνω τεχνικές εργασίες, όπως αναλύθηκε ανωτέρω, επιδρά όχι μόνο στο κύριο αντικείμενο, αλλά και τον εξαρχής χαρακτήρα της σύμβασης, αφού επηρεάζει το όλο αντικείμενο της ως τυχόν αλληλουχίας βημάτων που κατατείνουν σε ολοκληρωμένο ενιαίο σκοπό. Και τούτο, διότι εν προκειμένω, όχι απλά δεν έλαβε χώρα η κατά νόμο αναγκαία διαδικασία, διότι τυχόν κρίθηκε από την αναθέτουσα ότι προέχει το στοιχείο του έργου στο πλαίσιο μικτής σύμβασης έργου/προμήθειας, ενώ απλώς παρέλειψε τον κατά νόμο τύπο της σύμφωνης γνώμης του Τεχνικού Συμβουλίου, αλλά διότι όπως προκύπτει από τη διακήρυξη και το φάκελο της υπόθεσης που απέστειλε η αναθέτουσα, δεν έλαβε καν υπόψη ότι υφίστανται στοιχεία έργου, αλλά υπέλαβε και κατήρτισε τη σύμβαση ως αμιγή προμήθεια. Συνεπώς, ουδόλως το αντικείμενο της όλης σύμβασης κρίθηκε υπό το φως της παραπάνω παραμέτρου της υπάρξεως στοιχείων έργου και της σύνδεσής μεταξύ αυτών προς παραγωγή

συγκεκριμένου σκοπού αναγόμενου στην αναβάθμιση του γηπέδου. Επομένως, πλέον όχι μόνο θα πρέπει να επανακριθεί εξ αρχής το νομικό καθεστώς της σύμβασης, επί τη βάσει της υπάρξεως στοιχείων τεχνικού έργου, αλλά και αυτά ακριβώς τα στοιχεία που αναμφίβολα υπάρχουν, ενδέχεται να επηρεάσουν τον όλο χαρακτήρα του συμβατικού αντικειμένου (δηλαδή αν πρόκειται για απλώς μικτή σύμβαση με στοιχεία προμήθειας και έργου ή για αμιγές έργο), καθώς τα στοιχεία έργου (που ουδόλως έως τώρα ελήφθησαν από την αναθέτουσα ως τέτοια, όπως προκύπτει από τη διακήρυξη και τον φάκελο της υπόθεσης, των εγγράφων της διαδικασίας και των προπαρασκευαστικών αυτής πράξεων) θεωρούμενα στο πλαίσιο της όλης σύμβασης, του σκοπού της και της διάρθρωσής της σε αλληλουχία αλληλένδετων τεχνικών βημάτων προς την παραγωγή ενός μόνου ολοκληρωμένου αποτελέσματος, επιδρούν ακόμη και στο επιμέρους στοιχείο του χλοοτάπητα και της εγκατάστασής του, το οποίο αν και από μόνο του θα υπαγόταν στην έννοια της προμήθειας (και συνεπώς υπό αυτή την έννοια θα συνιστούσε αυτοτελώς στοιχείο προμήθειας αναμειγμένο με αυτοτελή στοιχεία έργου), εν προκειμένω δεν αποκλείεται υπό την εξ αρχής και συνολική εκ νέου θεώρηση της όλης σύμβασης και δη τη λήψη υπόψη των προηγούμενων σταδίων της ως στοιχείων έργου και συνδεδόμενων με τον εν γένει τεχνικοοικονομικό σκοπό της αναβάθμισης και ορθής επανεδραίωσης του γηπέδου, ότι αποτελεί και αυτό απλώς μια ακόμη τεχνική εργασία με τη χρήση του χλοοτάπητα ως υλικού (και επομένως απορροφάται η αυτοτέλειά του εντός του συνολικού τυχόν τεχνικού έργου με αποτέλεσμα να απολέσει και την αυτοτελή του ιδιότητα ως στοιχείο έργου), πράγμα που θα κριθεί από το αν η εγκατάστασή του εντάσσεται στην εκπλήρωση της όλης τεχνικοοικονομικής λειτουργίας του, αδιαχώριστα τεχνικά και κατά σκοπό με τα λοιπά στοιχεία και βήματα της σύμβασης ή όχι. Ακριβώς δε για τους ως άνω λόγους και την περιπλοκή που δημιουργεί στο όλο ζήτημα χαρακτηρισμού συμβάσεων που φέρουν και στοιχεία έργου (η οποία ανάγεται στο ότι κάθε υλικό έργο μεμονωμένο θα συνιστούσε προμήθεια και κάθε επιμέρους εργασία μεμονωμένα θα ενδέχεται να συνιστά υπηρεσία με την επιφύλαξη του Παραρτήματος II του Προσαρτήματος Α), το άρ. 4 παρ. 7 Ν. 4412/2016 αναφέρεται σε ανάγκη κρίσης επί του νομικού καθεστώτος επί συμβάσεων που

φέρουν και στοιχεία έργου με βάση και σύμφωνη γνώμη οργάνου με εξειδικευμένη προς τούτο γνώση, καθώς το εν τέλει ζήτημα του αν μια διαδικασία πρέπει να υπαχθεί στις περί έργου ή προμήθειας/υπηρεσιών διατάξεις, μπορεί να κριθεί μόνο επί τη βάση της συνολικής θεώρησης του όλου αντικείμενου, της διασύνδεσης των μερών του και του σκοπού στον οποίο κατατείνει. Σε κάθε πάντως, περίπτωση, και δεδομένου ότι η σύμβαση περιλαμβάνει στοιχεία δημοσίου τεχνικού έργου, μη νομίμως εκδόθηκε και δημοσιεύτηκε η ως άνω διακήρυξη και επελέγη το νυν νομικό καθεστώς της ως σύμβασης προμήθειας, άνευ, πρώτον, κατά τήρηση του κατά νόμο ουσιώδους τύπου, τήρησης της διαδικασίας που περιγράφει το άρ. 4 παρ. 7 ως προς τον καθορισμό νομικού καθεστώτος, δεύτερον και επιπλέον τούτου, χωρίς να ληφθούν υπόψη τα στοιχεία τεχνικού έργου που ενσωματώνονται στη σύμβαση αυτή και διασυνδέονται με το όλο της αντικείμενο. Ούτε προφανώς, η έγκριση των όρων της διαδικασίας από την Οικονομική Επιτροπή και το Περιφερειακό Συμβούλιο της αναθέτουσας (η οποία θα λάμβανε χώρα ανεξαρτήτως νομικού καθεστώτος, εξάλλου), αναπληρώνουν την ως άνω αυστηρά εκ του νόμου προβλεπόμενη διαδικασία ούτε το γεγονός ότι ο προϋπολογισμός και οι τεχνικές προδιαγραφές διαμορφώθηκαν από τη Διεύθυνση Τεχνικών Έργων της Περιφερειακής Ενότητας, αναπληρώνει, πολλώ δε μάλλον συνιστά την κατά νόμο σύμφωνη γνώμη του αρμοδίου Τεχνικού Συμβουλίου Δημοσίων Έργων της Περιφέρειας ή της Περιφερειακής Ενότητας (αν συγκροτήθηκε, κατ' άρ. 159 παρ. 1 περ. ιε' Ν. 3852/2010) και τούτο όχι μόνο διότι η Διεύθυνση Τεχνικών Έργων, ήτοι η κατ' άρ. 2 παρ. 2 περ. 3 και παρ. 3 περ. 3 Ν. 4412/2016 ως και κατ' άρ. 3 παρ. 1 περ. β' ΠΔ 7/2013, Προϊσταμένη Αρχή για την εποπτεία κατασκευής τεχνικού έργου, δεν συνιστά και δεν ταυτίζεται με το ως άνω Τεχνικό Συμβούλιο που συνιστά όλως αυτοτελές και διάφορο αυτής, μετά άλλου τρόπου συγκροτήσεως και συνθέσεως γνωμοδοτικό συλλογικό όργανο, με αρμοδιότητα και υπόσταση οριζόμενη από το άρ. 2 παρ. 2 περ. 5 και παρ. 3 περ. 5 Ν. 4412/2016 και τις εντός του νόμου αυτού ειδικότερες διατάξεις, σε συνδυασμό με αυτές του περί συγκροτήσεώς του άρ. 4 του ΠΔ 7/2013 (βλ. και Εγκύκλιο ΥΠΕΣ 6/2013 με αρ. πρωτ. 15400/17-4-2013), ως τροποποιήθηκε και ισχύει, όπως και ότι δεν έλαβε κοινοποίηση ούτως ή άλλως στην και τούτο

ουδόλως πάντως προκύπτει, αλλά και διότι η σύνταξη και έγκριση της τεχνικής περιγραφής και του προϋπολογισμού, δεν συνιστούν γνωμοδότηση περί του ισχύοντος και προέχοντος νομικού καθεστώτος, δεν περιλαμβάνουν κανένα στοιχείο ως προς τον μικτό χαρακτήρα της σύμβασης ούτε λαμβάνουν υπόψη ή σταθμίζουν τυχόν επιμέρους διαχωρίσιμα μέρη, τα τυχόν επιμέρους στοιχεία προμήθειας και έργου και τη μεταξύ τους αλληλεπίδραση και σύνδεση ή τον τεχνικό και οικονομικό σκοπό της υπό ανάθεση σύμβασης ούτε προβαίνουν σε κρίση, κατόπιν συγκρίσεως και λήψης υπόψη των ανωτέρω ως και μεταξύ τους συνδυαστικής θεώρησης και σταθμίσεως, περί του τυχόν κυρίου και επικρατούντος στοιχείου, δεδομένου του σκοπού, της φύσης και του επιμέρους περιεχομένου των εργασιών της σύμβασης αυτής. Αντίθετα, τούτο, ήτοι η ως άνω προετοιμασία της τεχνικής περιγραφής και του προϋπολογισμού από την υπηρεσία της αναθέτουσας που είναι αρμόδια για τεχνικά έργα, συνιστά και περαιτέρω ενδεικτικό στοιχείο της ισχυρής ύπαρξης στοιχείων τεχνικού έργου στη διαδικασία. Και όλα τα ανωτέρω, πέραν του ότι εν προκειμένω, το όλως αόριστο ως προς το αντικείμενο και τον τεχνικό αντικειμενικό στόχο των εργασιών υπόβασης, ενδέχεται να ενσωματώνει και στοιχεία μελέτης που πρέπει να προηγηθεί της κατασκευής αυτής κατ' άρ. 4 του Παραρτήματος Β (βλ. κατωτέρω και περί όγδου λόγου της τρίτης προσφυγής), όπως αντίστοιχα ισχύει και όσον αφορά το σύστημα άρδευσης, που αορίστως αναφέρεται σε σχέδια εφαρμογής και υδραυλικούς υπολογισμούς του δικτύου που θα πρέπει να παραδοθούν από τον ανάδοχο μετά την εκτέλεση της εργασίας, ζητήματα σε κάθε περίπτωση συνεκτιμητέα από το αρμόδιο όργανο, ως προς την κρίση επί του κυρίου νομικού καθεστώτος, λαμβανομένων υπόψη του συνόλου των πτυχών του συμβατικού αντικειμένου. Περαιτέρω, είναι προφανές ότι δεδομένων των ως άνω μη νομίμως τέθηκε και το ίδιο το κριτήριο επιλογής ως προς την καταλληλότητα άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας κατ' άρ. 3 και 11.ΣΤ της διακήρυξης, το οποίο συνέχεται με το ίδιο το νομικό καθεστώς της υπό ανάθεση σύμβασης, κατά την ως άνω σκ. 3 και η εν τέλει μορφή του θα εξαρτηθεί από το νομικό καθεστώς που κατά νόμιμη διαδικασία θα επιλεγεί.

10. Επειδή, κατ' αποτέλεσμα των παραπάνω, η πρώτη Προσφυγή πρέπει να γίνει δεκτή κατ' αποδοχή του μόνου λόγου αυτής και ειδικότερα της

τρίτης νομικής βάσης αυτής (και δεύτερης επικουρικής, ως προς παράβαση ουσιώδους τύπου και παράλειψη τήρησης όσων ορίζει το άρ. 4 παρ. 7 Ν. 4412/2016). Να ακυρωθεί δε η διακήρυξη και επομένως το σύνολο της διαδικασίας (προφανώς δε και το κριτήριο καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας των άρ. 3 και 11.ΣΤ της διακήρυξης), ως εκδοθείσα κατά παράλειψη τήρησης και επομένως παράβαση, ουσιώδους τύπου. Πλην όμως, καίτοι συνεπεία της αποδοχής της πρώτης Προσφυγής, προκύπτει ότι μη νομίμως η αναθέτουσα προκήρυξε τη διαδικασία με το επιλεγέν νομικό καθεστώς της σύμβασης προμήθεια, καθώς η επιλογή αυτή προϋπέθετε την τήρηση όσων κατά τα ανωτέρω παραλείφθηκαν, με αποτέλεσμα η ως άνω παρανομία να διέπει το σύνολο των όρων της διακήρυξης, ως και της εν γένει διαδικασίας και εν τέλει τόσο αυτή καθαυτή η προσβαλλομένη διακήρυξη να πρέπει εν όλω να ακυρωθεί, όσο και να μην υφίσταται βέβαιο πλέον νομικό καθεστώς και πλαίσιο όρων της διαδικασίας όσον αφορά την τυχόν επαναπροκήρυξή της (με αποτέλεσμα να τίθεται επ' αμφιβόλω και η μελλοντική επανάληψη των νυν επιμέρους όρων, κριτηρίων, προδιαγραφών και εν γένει απαιτήσεων της στην περίπτωση της επαναπροκήρυξής της, ως και το νομικό πλαίσιο στο οποίο αυτοί τυχόν τεθούν, δεδομένου ότι τούτο επηρεάζεται από την επιλογή νομικού καθεστώτος της όλης διαδικασίας), ενώ η δεύτερη και τρίτη Προσφυγή βάλλουν κατά επιμέρους όρων της ήδη προκηρυχθείσας προσβαλλομένης, υπό το νομικό καθεστώς κατά το οποίο αυτή προκηρύχθηκε (δηλαδή της σύμβασης προμήθειας) και λαμβάνοντας υπόψη το τελευταίο ως δεδομένο, η δεύτερη και η τρίτη Προσφυγή πρέπει να εξεταστούν ως προς τους δικούς τους επιμέρους λόγους. Και τούτο διότι καταρχάς και προεχόντως και οι τρεις Προσφυγές συνεξετάσθηκαν και συνεπώς ουδεμία έννομη προτεραιότητα δύναται να επιφυλαχθεί υπέρ οιασδήποτε εξ αυτών (ανεξαρτήτως δε του ότι ασκήθηκαν την ίδια ημέρα, συνθήκη που δεν επάγεται έννομες συνέπειες), ενώ δεδομένης της παραδεκτής καταρχήν ασκήσεώς τους, όλοι οι προσφεύγοντες δικαιούνται πλήρους προδικαστικής προστασίας και ίσης δικονομικής μεταχείρισης ενώπιον της ΑΕΠΠ. Αυτή υλοποιείται με την εξέταση έκαστης προσφυγής και δη των ειδικότερων ισχυρισμών τους, στο πλαίσιο των λόγων που προβλήθηκαν από

έκαστο προσφεύγοντα σε σχέση με την ειδικότερη πλημμέλεια που έκαστος εντόπισε (κατά τους ισχυρισμούς του) επί του κανονιστικού περιοχομένου της διακήρυξης και τους όρους αυτής ως είχε κατά τον χρόνο ασκήσεως της προσφυγής και ως έχει έως και την εξέτασή της (εν προκειμένω, ουδόλως η αναθέτουσα ανακάλεσε ή ακύρωσε τη διαδικασία και τη διακήρυξη). Αντίθετη δε ερμηνεία που θα εξαρτούσε τον τρόπο εξέτασης εκάστου προσφυγής από το συμπτωματικό γεγονός της τύχης μίας άλλης προσφυγής κατά της ίδιας προσβαλλομένης, όπως και από το όλως τυπικό ζήτημα περί του ποια προσφυγή από τις περισσότερες εξετάστηκε πρώτη και σε περίπτωση μάλιστα συνεξέτασης, προτάχθηκε κατά την αναγραφή του εν γένει αιτιολογικού στην Απόφαση της ΑΕΠΠ, θα κατέληγε σε βλάβη της αποτελεσματικής προδικαστικής προστασίας των οικονομικών φορέων, αφού αυτή θα διακινδυνευόταν από τυχαία και ανεξάρτητα με μέτρα άρας επιμέλειάς τους γεγονότα (αφού δεν μπορούν ούτε να υποθέσουν την άσκηση άλλων προσφυγών και ακόμη και αν τη γνωρίζουν λόγω χρονικής σειράς άσκησης, δεν μπορούν να υποθέσουν την τύχη τους), ως και θα επέτρεπε στην ΑΕΠΠ να αλλοιώσει το πραγματικό επί του οποίου θα κρινόταν το παραδεκτό και η λυσιτέλεια της προσφυγής και δη των επιμέρους ισχυρισμών της. Εξάλλου, εν προκειμένω η πρώτη Προσφυγή προτάχθηκε και τούτο μόνο κατά τη σειρά με την οποία συντάσσονται οι παρούσες Αποφάσεις επί των συνεκδικασθεισών υποθέσεων, απλώς για τον σκοπό της οικονομίας της διαδικασίας και για μεθοδολογικούς λόγους περί της δόμησης του αιτιολογικού και μόνο. Εξάλλου, εν προκειμένω η προδικαστική προστασία του δεύτερου και του τρίτου προσφεύγοντος θα διακινδυνευόταν ακόμη περισσότερο, εάν η αποδοχή της πρώτης προσφυγής, καθιστούσε την εξέταση της δεύτερης και της τρίτης, αντιστοίχως, προσφυγής αλυσιτελή. Αυτό αφού, η δεύτερη και η τρίτη προσφυγή περιλαμβάνουν όλως αυτοτελείς λόγους σε σχέση με την πρώτη και βάλλει κατά όλως διαφορετικών ζητημάτων, τα οποία ουδόλως αποκλείεται να επαναληφθούν και να ενσωματωθούν εκ νέου ως όροι στο πλαίσιο της νέας τυχόν επαναπροκηρυχθησομένης διαδικασίας, η οποία θα λάβει χώρα ως συμμόρφωση με τη νυν Απόφαση της ΑΕΠΠ επί (τουλάχιστον) της πρώτης προσφυγής εφόσον δεν κριθούν στο πλαίσιο της παρούσας δεύτερης

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

προσφυγής (ΣΤΕ ΕΑ 54/2018) και μάλιστα τούτο ανεξαρτήτως αν η διαδικασία εν τέλει προκηρυχθεί ως σύμβαση έργου (όπου οι προσβαλλόμενοι όροι περι τεχνικών προδιαγραφών και κριτηρίων επιλογής δύνανται καταρχήν να εμφιλοχωρήσουν) είτε (πολλώ δε μάλλον) ως προμήθεια. Σημειωτέον δε και όσον αφορά την πρώτη προσφυγή, ότι ναι μεν, κατ' άρ. 367 παρ. 2 Ν. 4412/2016 σε περίπτωση ακύρωσης παράλειψης της αναθέτουσας, η ΑΕΠΠ ακυρώνει και αναπέμπει στην αναθέτουσα προς άρση της παράλειψης και προκειμένου η τελευταία να προβεί σε όσα παρανόμως παρέλειψε. Όμως, εν προκειμένω, η επιμέρους διαταγή αναπομπής θα κριθεί από την τύχη της δεύτερης και της τρίτης Προσφυγής και δη από το αυτοτελές πόρισμα που θα προκύψει επ' αυτών. Τούτο διότι αν η δεύτερη ή η τρίτη προσφυγή γίνουν δεκτές και οδηγήσουν επιπλέον στην ακύρωση της διακήρυξης (μόνη της η κάθε μία και ασχέτως της ήδη αποδοχής της πρώτης προσφυγής), η εκ της αποδοχής της πρώτης προσφυγής αναπομπή θα καταστεί ανεπίδεκτη εφαρμογής και άνευ αντικειμένου (καθώς δεν είναι δυνατόν να αναπέμπεται η υπόθεση προς άρση της παράλειψης τήρησης συγκεκριμένου τύπου, ήτοι να καλείται η αναθέτουσα να προβεί σε συγκεκριμένη ενέργεια, ενώ συγχρόνως με άλλο κεφάλαιο του διατακτικού επί της συνεκδικαζόμενης δεύτερης και της τρίτης προσφυγής, η διακήρυξη ακυρώνεται άνευ αναπομπής, ήτοι εν όλω και κατ' αποδοχή λόγων που βάλλουν μεταξύ άλλων και κατά παράνομων κεφαλαίων της διακήρυξης που θίγουν το δικαίωμα και τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό). Η αντίθετη λύση θα προκαλούσε σύγχυση στους διαδίκους και ανασφάλεια δικαίου ως προς το αντικείμενο και τον τρόπο εφαρμογής του διατακτικού της Απόφασης της ΑΕΠΠ, ενώ ουδόλως η αναθέτουσα εμποδίζεται, αντίθετα μάλιστα κατόπιν του οικείου αιτιολογικού επί της πρώτης προσφυγής και εφόσον επαναπροκηρύξει τον διαγωνισμό κατόπιν τυχόν ακύρωσης της διακήρυξης συνεπεία αποδοχής και της δεύτερης ή και της τρίτης προσφυγής, να προβεί προ της δημοσίευσής της στις παραπάνω πράξεις και ενέργειες που παρέλειψε, τηρώντας τον οικείο ουσιώδη τύπο, ενώ συγχρόνως θα παραλείψει να συμπεριλάβει και τους τυχόν παράνομους όρους ή να προβεί και στις επιπλέον παραλείψεις που διαπιστωθούν στο πλαίσιο της δεύτερης προσφυγής (βλ. και ΣΤΕ ΕΑ πιλοτική 54/2017, και δη παρότι πάντως,

εν προκειμένω η συμπερίληψη συγκεκριμένων όρων που προσβάλλονται στο πλαίσιο της δεύτερης και της τρίτης προσφυγής στην τυχόν νέα διακήρυξη, θα εξαρτηθεί και από το εν τέλει νομικό καθεστώς που θα επιλεγεί κατά νόμο για τη διαδικασία, καθώς η θέσπιση κριτηρίων επιλογής και τεχνικών προδιαγραφών στις διαδικασίες για ανάθεση έργου υπάγονται σε διαφορετικές ρυθμίσεις, όπως εξάλλου οι διαδικασίες αυτές διέπονται και από άλλους ειδικότερους κανόνες ως προς τους όρους και τις απαιτήσεις τους, ως προς τη συμμετοχή στον διαγωνισμό, αλλά και την εκτέλεση, σε σχέση με τις διαδικασίες ανάθεσης συμβάσεων προμηθειών). Επομένως, η δεύτερη και η τρίτη Προσφυγή είναι περαιτέρω εξεταστέες ως προς την ουσία των ισχυρισμών τους, όπως αυτοί βάλλουν κατά της κατά τον χρόνο εξέτασης της προσφυγής εισέτι ισχύουσας διακήρυξης.

11. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της δεύτερης προσφυγής και τον έβδομο λόγο της τρίτης προσφυγής, που θα συνεξεταστούν λόγω συνάφειας του αντικειμένου τους, η διακήρυξη ουδέν ορίζει, όπως βάσιμα επικαλείται ο δεύτερος προσφεύγων περί κριτηρίων επιλογής, πλην κριτηρίου καταλληλότητας άσκησης επαγγελματικής δραστηριότητας. Άρα, ουδέν κριτήριο τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας προβλέπεται ούτε ορίζεται κάποιο οικείο αποδεικτικό στοιχείο που θα προσκομιστεί ως δικαιολογητικό κατακύρωσης ως προς κάποιο τέτοιο κριτήριο επιλογής ούτε στο συνημμένο στη διακήρυξη ΤΕΥΔ προβλέπεται κάποιο ερώτημα για τέτοιο κριτήριο, παρά μόνο τίθεται ερώτημα περί υπερβολαβίας. Συνεπώς, ευλόγως καταρχήν προκύπτει ότι δεν υφίσταται κανένα κριτήριο επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής επάρκειας. Ο δε όρος 2.2 της διακήρυξης περί δικαιολογητικών τεχνικής προσφοράς ορίζει ότι οι προσφέροντες οφείλουν να υποβάλουν επί ποινή αποκλεισμού, όλα τα έγγραφα και δικαιολογητικά που αναφέρονται στο Παράρτημα Β της διακήρυξης. Στο δε Παράρτημα Β και δη στο σημείο ΛΟΙΠΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ επαναλαμβάνεται ότι πρέπει επί ποινή αποκλεισμού να υποβληθούν τα εξής δικαιολογητικά *«1. Βεβαίωση εμπειρίας μιας τουλάχιστον ανάλογης εργασίας είτε από ιδιωτικό είτε από δημόσι φορέα που θα αποδεικνύεται με βεβαίωση περαίωσης εργασιών ή ιδιωτικό συμφωνητικό θεωρημένο από την αρμόδια ΔΟΥ και αντίστοιχο τιμολόγιο την τελευταία τριετία. 2. Υπεύθυνη*

Δήλωση, ότι θα χρησιμοποιήσει τον απαιτούμενο μηχανολογικό εξοπλισμό για την εκτέλεση των εργασιών προετοιμασίας του γηπέδου. 3. Πιστοποιητικό OHSAS 18001:2007 Συστήματος διαχείρισης υγείας και ασφάλειας για τη δραστηριότητα της εγκατάστασης συνθετικού χλοοτάπητα και αποστράγγισης γηπέδων του συμμετέχοντα, 4. Πιστοποιητικό ISO 14001:2015 Συστήματος Περιβαλλοντικής Διαχείρισης για τη δραστηριότητα της εγκατάστασης συνθετικού χλοοτάπητα και αποστράγγισης γηπέδων του συμμετέχοντα, 5. ISO 9001:2015 Συστήματος διαχείρισης Ποιότητας για τη δραστηριότητα της εγκατάστασης συνθετικού χλοοτάπητα και αποστράγγισης γηπέδων του συμμετέχοντα, 6. SA 8000:2008 Κοινωνικής Υπευθυνότητας για τη δραστηριότητα της εγκατάστασης συνθετικού χλοοτάπητα και αποστράγγισης γηπέδων του συμμετέχοντα, ... 8. Κατάσταση προσωπικού του υποψηφίου αναδόχου με την οποία βεβαιώνεται η διαθεσιμότητα του απαραίτητου προσωπικού (6 άτομα κατ' ελάχιστο), 9. Τεχνικά Στοιχεία, δηλαδή τεχνική περιγραφή των προσφερόμενων ειδών και εργασιών σύμφωνα με τις απαιτήσεις της μελέτης, την υποδομή-εξοπλισμό που διαθέτουν και οτιδήποτε άλλο κρίνεται απαραίτητο για την απόδειξη της ικανότητας εκτέλεσης της εν λόγω προμήθειας με την παρουσίαση τιμολογίων απόκτησης. Οι συμμετέχοντες θα πρέπει να διαθέτουν κατ' ελάχιστο τον παρακάτω μηχανολογικό εξοπλισμό: Διαμορφωτήρα (grader) τύπου Monetefiori 300 lt ή αντίστοιχου που φέρει laser προκειμένου για την εξομάλυνση των κλίσεων πριν την εργασία τοποθέτησης του νέου προπαρασκευασμένου χλοοτάπητα, Γεωργικό ελκυστήρα τουλάχιστον 120 hp, Φορητό ανατρεπόμενο τουλάχιστον 1η, Χωματουργικά μηχανήματα τύπου Dumper ή παρόμοια, κατάλληλα για εργασίες εντός γηπέδου που πρέπει να αποφευχθεί η συμπίεση του εδαφικού υποστρώματος και οι ζημιές σε υπόγειες υποδομές, Παρελκόμενο μηχάνημα τύπου drainlaser ή εφάμιλλο για την κατασκευή του αποστραγγιστικού δικτύου.». Είναι σαφές, ότι όλα τα ανωτέρω στοιχεία, πιστοποιήσεις προτύπων περιβαλλοντικής διαχείρισης και διαχείρισης ποιότητας, τεχνικά και μηχανολογικά μέσα, κατάσταση προσωπικού και βεβαίωση εμπειρίας συνιστούν κατά το περιεχόμενό τους αντικείμενο κριτηρίων επιλογής τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας κατά το άρ. 75 παρ. 4 Ν. 4412/2016, αφού συνιστούν «απαιτήσεις που εξασφαλίζουν ότι οι οικονομικοί φορείς διαθέτουν

τους αναγκαίους ανθρώπινους και τεχνικούς πόρους και την εμπειρία για να εκτελέσουν τη σύμβαση σε κατάλληλο επίπεδο ποιότητας.» και υπάγονται ακριβώς στις περιπτώσεις τέτοιων κριτηρίων, όπως περιλαμβάνονται στο Παράρτημα XII ΑΠΟΔΕΙΚΤΙΚΑ ΜΕΣΑ ΓΙΑ ΤΑ ΚΡΙΤΗΡΙΑ ΕΠΙΛΟΓΗΣ του Προσαρτήματος Α και δη στο Μέρος ΙΙ ΤΕΧΝΙΚΗ ΙΚΑΝΟΤΗΤΑ Ν. 4412/2016 και Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αντίστοιχα και συγκεκριμένα σε αυτές των περ. α', β', γ', ζ' και θ' αυτού, ως και τα κατ' άρ. 80 και 82 Ν. 4412/2016 δικαιολογητικά κατακύρωσης που κατ' άρ. 103 Ν. 4412/2016 προσκομίζονται μόλις πριν την κατακύρωση και μόνο από τον προσωρινό ανάδοχο, προς οριστική απόδειξη των κατ' άρ. 79 Ν. 4412/2016 και ως επαρκή περί των οικείων κριτηρίων επιλογής προκαταρκτική απόδειξη, δηλώσεων στο ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ του που προσκομίζεται με την προσφορά. Ουδεμία δε σχέση έχουν τα ανωτέρω με τεχνικές προδιαγραφές, η απόδειξη των οποίων συνιστά και το αντικείμενο της τεχνικής προσφοράς και των υποβαλλόμενων με αυτήν στοιχείων, κατ' άρ. 94 Ν. 4412/2016 (η παρ. 4 του οποίου αναφέρεται στην τεχνική επάρκεια της προσφοράς, ήτοι των προσφερόμενων αγαθών και όχι την τεχνική και επαγγελματική ικανότητα του προσφέροντος) και οι οποίες κατ' άρ. 54 παρ. 1 συνίστανται στα *«απαιτούμενα χαρακτηριστικά των έργων, των υπηρεσιών ή των αγαθών. Τα χαρακτηριστικά αυτά μπορεί επίσης να αναφέρονται στη συγκεκριμένη διαδικασία ή μέθοδο παραγωγής ή παροχής των ζητούμενων έργων, αγαθών ή υπηρεσιών ή σε ειδική διαδικασία άλλου σταδίου του κύκλου ζωής τους...»*, ενώ κατά το Παράρτημα VII Προσαρτήματος Α Ν. 4412/2016 ως τεχνική προδιαγραφή ορίζεται *«α) όταν πρόκειται για συμβάσεις δημοσίων έργων: όλες οι τεχνικές απαιτήσεις που περιέχονται ιδίως στα έγγραφα της σύμβασης και καθορίζουν τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά υλικού, προϊόντος ή αγαθού, ώστε να ανταποκρίνονται στη χρήση για την οποία προορίζονται από την αναθέτουσα αρχή· τα χαρακτηριστικά αυτά περιλαμβάνουν τα επίπεδα περιβαλλοντικής και κλιματικής επίδοσης, τον σχεδιασμό για όλες τις απαιτήσεις (συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας πρόσβασης των ατόμων με αναπηρία) και την αξιολόγηση της συμμόρφωσης, την επίδοση, την ασφάλεια ή τις διαστάσεις, συμπεριλαμβανομένων των διαδικασιών σχετικά με τη διασφάλιση της ποιότητας, την ορολογία, τα σύμβολα, τις δοκιμές και τις μεθόδους δοκιμών,*

τη συσκευασία, τη σήμανση και την επίθεση ετικετών, τις οδηγίες χρήσης καθώς και τις διαδικασίες και μεθόδους παραγωγής σε κάθε στάδιο του κύκλου ζωής των έργων τα χαρακτηριστικά αυτά περιλαμβάνουν επίσης τους κανόνες μελέτης και υπολογισμού των έργων, τους όρους δοκιμής, ελέγχου και παραλαβής των έργων καθώς και τις κατασκευαστικές τεχνικές ή μεθόδους και κάθε άλλο όρο τεχνικού χαρακτήρα που η αναθέτουσα αρχή είναι σε θέση να καθορίσει, μέσω γενικών ή ειδικών κανονιστικών διατάξεων, σχετικά με τα ολοκληρωμένα έργα καθώς και με τα υλικά ή τα στοιχεία που συνιστούν τα έργα αυτά· β) όταν πρόκειται για δημόσιες συμβάσεις προμηθειών ή υπηρεσιών: η προδιαγραφή που περιέχεται σε έγγραφο το οποίο προσδιορίζει τα απαιτούμενα χαρακτηριστικά ενός προϊόντος ή μιας υπηρεσίας, όπως τα επίπεδα ποιότητας, τα επίπεδα της περιβαλλοντικής και κλιματικής επίδοσης, ο σχεδιασμός για όλες τις απαιτήσεις (συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας πρόσβασης για τα άτομα με αναπηρία), και η αξιολόγηση της συμμόρφωσης, της καταλληλότητας, της χρήσης του προϊόντος, της ασφάλειας ή των διαστάσεών του, συμπεριλαμβανομένων των απαιτήσεων που ισχύουν για το προϊόν όσον αφορά την ονομασία πώλησης, την ορολογία, τα σύμβολα, τις δοκιμές και μεθόδους δοκιμών, τη συσκευασία, τη σήμανση και την επίθεση ετικετών, τις οδηγίες για τους χρήστες, τις διαδικασίες και μεθόδους παραγωγής σε οποιοδήποτε στάδιο του κύκλου ζωής του αγαθού ή της υπηρεσίας, καθώς και τις διαδικασίες αξιολόγησης της συμμόρφωσης». Επομένως, η τεχνική προδιαγραφή συνιστά χαρακτηριστικό του αγαθού, της υπηρεσίας ή του έργου και της μεθόδου παραγωγής ή κατασκευής αντίστοιχα, ενώ αντίθετα τα κριτήρια επιλογής, όπως αυτά περί τεχνικής και επαγγελματικής ικανότητας, συνίστανται σε ιδιότητες που πρέπει να συντρέχουν καταρχήν στο πρόσωπο του προσφέροντος, ήτοι αφορούν εν γένει την επιχείρησή του (πρβλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 120, 231/2017), άλλως δε σε τρίτο οικονομικό φορέα που του παρέχει κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 στήριξη (Απόφαση ΑΕΠΠ 237/2018). Όμως, εν προκειμένω το σύνολο των παραπάνω στοιχείων που προβλέπονται στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β ως επί ποινή αποκλεισμού προσκομιστέα με την ίδια την προσφορά και στο πλαίσιο ειδικότερα της τεχνικής προσφοράς, συνιστούν αποδεικτικά μέσα κριτηρίων επιλογής, που ούτως, καίτοι δεν προβλέπονται στη διακήρυξη, δια πλαγίου

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

θεσπίζονται και μάλιστα ως αποδεικνυόμενα στο πλαίσιο της τεχνικής προσφοράς.

12. Επειδή επομένως (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 910-911/2018, σκ. 22 και 27), τα παραπάνω αποδεικτικά στοιχεία ορίζονται ως στοιχεία της τεχνικής προσφοράς, τα οποία υποχρεούται να προσκομίσει κάθε προσφέρων και αξιολογούνται στο πλαίσιο της καταρχήν αποδοχής του διαγωνιζομένου και δη στο στάδιο τεχνικών προσφορών, αντί κατ' άρ. 75, 80 και 103 Ν. 4412/2016 ως δικαιολογητικά κατακύρωσης, προσκομιζόμενα μόνο από τον προσωρινό ανάδοχο και αξιολογούμενα στο πλαίσιο του σταδίου οριστικοποίησης της κατακύρωσης κατά τα ειδικώς οριζόμενα από το άρ. 103 και δη όσον αφορά μεταξύ άλλων, τα περί καταπτώσεως της εγγυητικής επιστολής, τα οποία είναι όλως ασαφές πώς θα εφαρμοστούν εν προκειμένω. Τα δε δικαιολογητικά κατακύρωσης έχουν όλως διάφορη έννομη έννοια από αυτά της συμμετοχής, αφού προσκομίζονται μόνο από τον προσωρινό ανάδοχο στο πλαίσιο της κρίσης περί της σε αυτόν κατακύρωσης και εξετάζονται στο πλαίσιο και υπό τις έννομες συνέπειες που ειδικώς επιφυλάσσονται για αυτά τα δικαιολογητικά κατ' άρ. 103 παρ. 3-5 Ν. 4412/2016, ακριβώς διότι αφορούν μόνο τον προσωρινό ανάδοχο, σε ένα στάδιο στο οποίο ο αυξημένος αποδεικτικός φόρτος είναι πλέον δικαιολογημένος και εύλογος. Αντίθετα, στο στάδιο δικαιολογητικών συμμετοχής το μόνο που οφείλουν οι οικονομικοί φορείς να προσκομίσουν για τα ως άνω κριτήρια επιλογής είναι η δήλωση πλήρωσής τους στα έντυπα υπευθύνων δηλώσεων ΕΕΕΣ/ΤΕΥΔ και όχι αυτά καθαυτά τα ίδια τα αποδεικτικά των δηλώσεων αυτά μέσα. Επομένως, με τους ανωτέρω όρους, αφενός παραβιάζεται η ρητά οριζόμενη σειρά σταδίων της διαδικασίας κατά άρ. 100 παρ. 2 και 103 Ν. 4412/2016, με το στάδιο των δικαιολογητικών κατακύρωσης όσον αφορά τα ως άνω κριτήρια επιλογής να μετακινείται και να ενσωματώνεται προώρως στο στάδιο των τεχνικών προσφορών, με αποτέλεσμα συγχρόνως να δημιουργείται και περαιτέρω σύγχυση μεταξύ απόδειξης κριτηρίων επιλογής και στοιχείων τεχνικής προσφοράς (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017) και ούτως η επερχόμενη σύγχυση μεταξύ των ως άνω διακριτών σταδίων της διαδικασίας (όπως μάλιστα ενσωματώνεται και στη διακήρυξη δια του όρου 3.1.2, αλλά και του όρου 3.2 αυτής) και δη αυτού των

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

τεχνικών προσφορών ως προς αυτό των δικαιολογητικών κατακύρωσης να προκύπτει ως παράνομη (πρβλ. ΣΤΕ ΕΑ Πιλοτική 353/2018, σκ. 8), αφετέρου τα κριτήρια επιλογής και η απόδειξή τους τρέπονται συγχρόνως και ως στοιχεία της τεχνικής προσφοράς. Περαιτέρω, η ως άνω σύγκυση των σταδίων, αλλά και επί της ουσίας του αν επί των ως άνω εγγράφων ισχύουν οι όροι περί κριτηρίων επιλογής ή αυτοί περί στοιχείων της τεχνικής προσφοράς, όντως αποκλείει, όπως ισχυρίζεται ο δεύτερος προσφεύγων, τον τυχόν διαγωνιζόμενο από την εκ του νόμου απονεμόμενη ευχέρεια να επικαλεστεί τυχόν στήριξη σε ικανότητες τρίτου κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 για την πλήρωση των οικείων κριτηρίων επιλογής (βλ. και Αποφάσεις ΑΕΠΠ 96, 253/2017, 30, 237/2018) , αφού επί των στοιχείων τεχνικής προσφοράς, ήτοι στοιχείων που αφορούν αυτό καθαυτό το προϊόν και όχι το πρόσωπο του προσφέροντος (Απόφαση ΑΕΠΠ 120/2017) δεν νοείται κατ' άρ. 78 Ν. 4412/2016 τέτοια στήριξη σε τρίτο (και ευλόγως, αφού στην πραγματικότητα τα στοιχεία αυτά πρέπει να αφορούν ακριβώς το προσφερόμενο αγαθό, με αποτέλεσμα να πρέπει να συντρέχουν επί του αγαθού και φυσικά, να μην είναι δυνατή λογικά η στήριξη σε τρίτο οικονομικό φορέα για την πλήρωση των προϋποθέσεων που αφορούν χαρακτηριστικά ενός προϊόντος), ενώ δεν επιτρέπεται ούτε στο πλαίσιο της προσβαλλόμενης διακήρυξης. Όλα τα ως άνω έχουν ως αποτέλεσμα αφενός να δυσχεραίνεται ουσιωδώς η συμμετοχή στον διαγωνισμό του δεύτερου προσφεύγοντος, ως και κάθε ενδιαφερομένου προς συμμετοχή, περαιτέρω ουσιωδώς περιορίζεται ο δυνητικός ανταγωνισμός, λόγω του ούτως και εκ πλαγίου, ήτοι δια θεσπίσεως κριτηρίων επιλογής και δικαιολογητικών καταύρωσης ως στοιχείων της τεχνικής προσφοράς, αποκλεισμού της εκ του νόμου και του ενωσιακού δικαίου, παρεχόμενης δυνατότητας στήριξης σε δυνατότητες τρίτων. Αφετέρου, δυσχεραίνεται ουσιωδώς η μετ' ασφαλείας σύνταξη λυσιτελούς προσφοράς, αφού η ως άνω εκτροπή από την εκ του νόμου διάρθρωση των σταδίων της διαδικασίας, θα φέρει κάθε μετέχοντα σε δυσμενή θέση ως αποτέλεσμα της ανέλεγκτης τότε ευχέρειας της αναθέτουσας να ερμηνεύσει το πρώτον τα παραπάνω, τα οποία σε κάθε περίπτωση όμως έχουν έρεισμα στη νυν προσβαλλόμενη διακήρυξη και ως εκ τούτου η τότε δυνατότητα άμυνάς τους κατά τυχόν βλαπτικής απόφασης της αναθέτουσας

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

επί τη βάσει των ως άνω αντιφάσεων θα διακινδυνεύεται. Και τούτο πέραν του γεγονότος ότι τα ως άνω κριτήρια επιλογής αφορούν όντως ιδιότητες που πρέπει να συντρέχουν στο πρόσωπο του ίδιου του οικονομικού φορέα και εξ αντικειμένου δεν σχετίζονται καταρχήν με το προκείμενο προσφερόμενο αγαθό, οπότε και μόνο εκ τούτου προκύπτει η παρανομία της ένταξης των οικείων περιόδων αποδείξεως των ως άνω ιδιοτήτων στοιχείων στην τεχνική προσφορά, ήτοι τον φάκελο εγγράφων που αφορούν τα προϊόντα και όχι τα πρόσωπα των οικονομικών φορέων. Περαιτέρω (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 910-911/2018, σκ. 22) και μεν, κατ' άρ. 79 παρ. 5 Ν. 4412/2016 η αναθέτουσα «*μπορεί να ζητεί από τους προσφέροντες και υποψηφίους, σε οποιοδήποτε χρονικό σημείο κατά τη διάρκεια της διαδικασίας, να υποβάλλουν όλα ή ορισμένα δικαιολογητικά όταν αυτό απαιτείται για την ορθή διεξαγωγή της διαδικασίας*», τούτο όμως θεσπίζεται ως μια ευχέρεια της αναθέτουσας της οποίας αυτή δύναται κατά αυτή καθαυτή την αξιολόγηση να χρησιμοποιήσει, αν προκύψει κάποιος λόγος σχετικός με την αποτελεσματικότητα της αξιολόγησης και τη διακρίβωση της ορθότητας και αλήθειας των τυχόν δηλουμένων στο πλαίσιο της καταρχήν προκαταρκτικής απόδειξης (επί παραδείγματι αν τυχόν προκύψει εν μέσω της αξιολόγησης παράβαση της ασφαλιστικής ή φορολογικής νομοθεσίας ή προηγούμενη έκπτωσησή του από άλλη δημόσια σύμβαση, οπότε η αναθέτουσα δύναται να εξετάσει το ζήτημα διεξοδικά ζητώντας το σύνολο των σχετικών στοιχείων ή ακόμη και καλώντας τον για διευκρινίσεις), προκειμένου να μην γίνονται αποδεκτές σε επόμενα στάδια προσφορές οικονομικών φορέων στο πρόσωπο των οποίων συντρέχουν λόγοι αποκλεισμού ή δεν πληρούν τα κριτήρια επιλογής (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 98/2017). Αυτή όμως η ευχέρεια που ακριβώς κατατείνει στην ανά συγκεκριμένη περίπτωση και βάσει συγκεκριμένων συνθηκών που εμφανίζονται, διασφάλιση της διαδικασίας και την αποφυγή κινδύνων όταν προκύψουν, δεν δύναται να φθάνει στο σημείο να τίθεται ως εξαρχής απαίτηση ήδη με τη διακήρυξη, καταργώντας κατ' αυτόν τον τρόπο είτε εν όλω είτε επιλεκτικά ως προς συγκεκριμένα κριτήρια επιλογής και λόγους αποκλεισμού τον καταρχήν κανόνα της προκαταρκτικής αποδείξεως που θεσπίζει το άρ. 79 παρ. 1 και 4 Ν. 4412/2016, ως και το άρ. 59 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, σε συνδυασμό με το άρ. 103 Ν. 4412/2016. Τούτο προκύπτει με

σαφήνεια και από το σημ. 84 του Προοιμίου της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ όπου παρατίθεται η σκοπιμότητα θέσπισης της παραπάνω πρόβλεψης του άρ. 79 παρ. 5 εδ. β' Ν. 4412/2016 και ορίζεται το εύρος και το περιεχόμενο της παραπάνω δυνατότητας των αναθετουσών αρχών κατά τα εξής «Οι αναθέτουσες αρχές θα πρέπει επίσης να έχουν τη δυνατότητα να ζητούν ανά πάσα στιγμή όλα ή κάποια από τα δικαιολογητικά έγγραφα, εφόσον θεωρούν ότι αυτό είναι απαραίτητο για την ομαλή διεξαγωγή της διαδικασίας. Χαρακτηριστική τέτοια περίπτωση είναι οι διαδικασίες δύο φάσεων —κλειστές διαδικασίες, ανταγωνιστικές διαδικασίες με διαπραγμάτευση, ανταγωνιστικοί διάλογοι και συμπράξεις καινοτομίας— στις οποίες οι αναθέτουσες αρχές κάνουν χρήση της δυνατότητας να περιορίζουν τον αριθμό των υποψηφίων που καλούνται να υποβάλουν προσφορές. Η απαίτηση υποβολής των συμπληρωματικών εγγράφων τη στιγμή της επιλογής των υποψηφίων που θα κληθούν μπορεί να δικαιολογηθεί με σκοπό να αποφευχθεί οι αναθέτουσες αρχές να καλέσουν υποψηφίους οι οποίοι αργότερα αποδεικνύονται ανίκανοι να υποβάλουν τα δικαιολογητικά έγγραφα στο στάδιο της ανάθεσης, εμποδίζοντας τη συμμετοχή άλλων υποψηφίων που πληρούν κατά τα λοιπά τα κριτήρια επιλογής.» Εξάλλου, ουδόλως οι παραπάνω διατάξεις θέτουν την αποδοχή του ΕΕΕΠ/ΕΕΕΣ (ως και του ΤΕΥΔ όσον αφορά το άρ. 79 παρ. 4 Ν. 4412/2016) ως μέσο πλήρωσης των απαιτήσεων υποβολής καταρχήν αποδεκτής προσφοράς και δη όσον αφορά τη μη συνδρομή λόγων αποκλεισμού και την πλήρωση των κριτηρίων επιλογής ως απλή δυνατότητα της αναθέτουσας ή ως ζήτημα επαφιόμενο στη διακριτική της ευχέρεια (η οικεία διατύπωση είναι «...οι αναθέτουσες αρχές δέχονται...» και όχι «δύνανται να δέχονται»). Περαιτέρω, ο κανόνας της προκαταρκτικής απόδειξης δια των οικείων εντύπων υπευθύνων δηλώσεων συνιστά έναν ενωσιακό κανόνα διεξαγωγής των διαδικασιών ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, ο οποίος θεσπίζει την αποδοχή των παραπάνω μέσων ως επαρκούς prima facie απόδειξης για την καταρχήν υποβολή της προσφοράς και μεταθέτει την οριστική απόδειξη των εκεί δηλουμένων μόνο στο πρόσωπο του προσωρινού αναδόχου, ως όρο της οριστικής σε αυτόν κατακύρωσης. Ο παραπάνω κανόνας υιοθετήθηκε ως μέτρο διευκόλυνσης της συμμετοχής των οικονομικών φορέων και δη των μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις παραπάνω

διαδικασίες και επομένως ως μέσο διευκόλυνσης της επιχειρηματικότητας, τόνωσης του ανταγωνισμού και μείωσης της γραφειοκρατίας, αποτελώντας έτσι σημαντικής θεσμικής αξίας εργαλείο για την επίτευξη των ευρύτερων στόχων του νέου ενωσιακού δικαίου δημοσίων συμβάσεων και μεταβάλλοντας τη διαδικαστική φιλοσοφία της ανάθεσης τέτοιων συμβάσεων στα κράτη-μέλη, μετακινώντας το κέντρο βάρους τους από την υπέρμετρη τυπικότητα και την εξαντλητική εκ των προτέρων απόδειξη κατά αυτή καθαυτή την καταρχήν υποβολή προσφοράς προς μια στάση συνδυασμού της καταρχήν εμπιστοσύνης στον οικονομικό φορέα (δεδομένων και των επιφυλασσομένων σοβαρών συνεπειών εις βάρος του ανακριβώς ή αναληθώς δηλούντος) με την αποτελεσματικότητα (στο δικαιολογούμενο όμως από τον σκοπό της κατοχύρωσης της διαδικασίας μέτρο) που επιτυγχάνεται δια της προσκόμισης όλων των πλήρων αποδεικτικών στοιχείων μόνο όμως από τον οικονομικό φορέα που εν τέλει θα αναλάβει τη σύμβαση (και επομένως είναι λίαν εύλογο να υποστεί όλο το οικείο βάρος απόδειξης και να υποβληθεί σε κάθε σχετικό κόστος και φόρτο, υπό τη βεβαιότητα όμως πλέον ότι θα καταστεί ανάδοχος, αν τα δικαιολογητικά κατακύρωσής του είναι επαρκή). Επομένως και εκ του νομοθετικού σκοπού και της σημασίας που στο παραπάνω πλαίσιο έχει το ως άνω σύστημα προκαταρκτικής απόδειξης προκύπτει ότι αποτελεί αναγκαστικού δικαίου κανόνα, του οποίου η υιοθέτηση στις ανά περίπτωση διακηρύξεις δεν ανάγεται σε απλή δυνατότητα ή ευχέρεια των αναθετουσών αρχών. Η αντίθετη δε ερμηνεία, πέραν του ότι δεν έχει έρεισμα στη διατύπωση του οικείου εθνικού και ενωσιακού κανόνα, θα κατέληγε εν τοις πράγμασι στη ματαίωση του παραπάνω νομοθετικού σκοπού και εν τέλει της ίδιας της διάταξης και του συστήματος προκαταρκτικής απόδειξης, αφού οι αναθέτουσες θα δύναντο να το παρακάμπτουν με διαφορετικές προβλέψεις στη διακήρυξη, οπότε και θα ίδρυσαν εκ νέου πλήρη και οριστική απόδειξη ήδη με την προσφορά. Ουδόλως δε τα παραπάνω παρακάμπτονται ή αναιρούνται από τη διατύπωση του άρ. 94παρ. 4 Ν. 4412/2016, περί του ότι δεν ορίζεται με αποκλειστικό και εξαντλητικό τρόπο το περιεχόμενο του φακέλου της τεχνικής προσφοράς, αλλά ορίζεται ότι περιέχει *«ιδίως τα έγγραφα και τα δικαιολογητικά που τεκμηριώνουν την τεχνική επάρκεια, χρησιμοποιούνται για την αξιολόγηση των προσφορών και*

περιγράφονται στα έγγραφα της σύμβασης», αφού πρώτον, το άρ. 94 ουδόλως προβλέπει δυνατότητα εκ των προτέρων παράκαμψης της προκαταρκτικής απόδειξης και απαίτησης οριστικής απόδειξης των κριτηρίων επιλογής ήδη με την προσφορά, δεύτερον, αφορά στοιχεία της τεχνικής καταλληλότητας του αντικειμένου της προσφοράς και όχι στοιχεία της καταλληλότητας του προσώπου του προσφέροντος, ώστε να καταστεί ανάδοχος, τρίτον, περιλαμβάνει ενδεικτική αναφορά και παραπομπή στα έγγραφα της σύμβασης, προκειμένου να επιτρέψει στην αναθέτουσα να διαμορφώσει κατά περίπτωση και αναλόγως του συμβατικού αντικειμένου και των ιδιαιτεροτήτων του, τις οικείες απαιτήσεις τεχνικής προσφοράς και όχι προκειμένου να ιδρύσει ευχέρεια παράκαμψης του συνόλου των λοιπών κανόνων περί κριτηρίων επιλογής, προκαταρκτικής απόδειξης, στήριξης σε ικανότητες τρίτων, δικαιολογητικών κατακύρωσης, νομίμου περιεχομένου των τεχνικών προδιαγραφών και ροής σταδίων της διαδικασίας ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων και τέταρτον, προφανώς πρέπει να ερμηνεύεται συστηματικά με λήψη υπόψη όλων των υπολοίπων κανόνων περί διαδικασίας ανάθεσης του Ν. 4412/2016. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος της δεύτερης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός.

13. Επειδή περαιτέρω, όσον αφορά ειδικότερα τον έβδομο λόγο της τρίτης προσφυγής, προβάλλεται, πέραν όσων επικαλείται ο δεύτερος προσφεύγων με τον ως άνω ήδη δεκτό πρώτο λόγο του, ότι ειδικώς ως προς το σημείο 9 των κατά τα ανωτέρω κριτηρίων επιλογής-δικαιολογητικών κατακύρωσης που περιλαμβάνονται στα ΛΟΙΠΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ του Παραρτήματος Β της διακήρυξης, η θεσπιζόμενη απαίτηση περί τεχνικής προδιαγραφής και επιπλέον τούτου και προσκόμισης τιμολογίων απόκτησης εξοπλισμού και τεχνικών μέσων είναι και αόριστη. Όντως, το ως άνω σημείο 9 παρότι αναφέρει έναν «κατ' ελάχιστο» απαραίτητο εξοπλισμό, περαιτέρω αναφέρει ως πεδίο κάλυψης της υποχρεωτικής απαίτησης τεχνικής περιγραφής και απόδειξης κτήσης με τιμολόγια απόκτησης και για «οτιδήποτε άλλο κρίνεται απαραίτητο για την απόδειξη της ικανότητας εκτέλεσης της εν λόγω προμήθειας», χωρίς να προσδιορίζεται ποιος θα κρίνει τι είναι απαραίτητο, αν τούτο αφορά κάποια τυχόν ελευθερία του προσφέροντος ή κάποια ευχέρεια της αναθέτουσας κατά την αξιολόγηση να κρίνει τότε το πρώτον τι θεωρεί απαραίτητο, αποκλείοντας

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

τυχόν προσφορά που δεν περιέχει περιγραφή και τιμολόγιο απόκτησης για κάποιο κατ' εκτίμηση της αναθέτουσας, που πρώτη φορά τότε θα διατυπωθεί, απαραίτητο για την απόδειξη ικανότητας εκτέλεσης μέσο. Περαιτέρω, δεδομένου ότι το Παράρτημα Β σε άλλα σημεία του αναφέρει και επιπλέον των κατά το παραπάνω σημ. 9 ελάχιστα απαιτούμενων μέσων και άλλα, όπως κατά το άρθρο 4 ειδικό εξοπλισμό laser για τις εργασίες υπόβασης και κατά το άρθρο 6 ειδικά μηχανήματα κοπής, καδένα, μηχανικός εκσκαφέας και επιπλέον στη διευκρίνιση που δημοσίευσε μετά από ερώτημα του δεύτερου προσφεύγοντος, σημείο 6 αυτής, αναφέρθηκε σε αποδεκτή συμπερίληψη στην προσφορά μηχανημάτων οδοποιίας με αυτόματη όδευση, δεν προκύπτει εν τέλει αν αυτά τα επιπλέον μηχανήματα προστίθενται στα απαριθμούμενα ως ελάχιστα στο παραπάνω σημείο 9 των ΛΟΙΠΩΝ ΣΤΟΙΧΕΙΩΝ του Παραρτήματος Β, υπό την έννοια ότι θεωρούνται απαραίτητα για την απόδειξη ικανότητας και συνεπώς πρέπει να συμπεριληφθούν στην τεχνική περιγραφή και κυρίως, να προσκομιστούν για αυτά τιμολόγια απόκτησης ή μισθωτήρια, άρα δεν προκύπτει και αν ο προσφέρων πρέπει να τα κατέχει και αυτά, πλην των 5 αναφερόμενων ως κατ' ελάχιστον απαιτούμενων, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς του, ομοίως δε, δεν προκύπτει αν τα λοιπά, αναφερόμενα σε άλλους όρους του Παραρτήματος Β πλην των ως άνω 5 ελαχίστων απαιτούμενων, μηχανήματα και μέσα, θα πρέπει τυχόν να συνίστανται σε ό,τι ακριβώς αναφέρεται στους ως άνω όρους ή θα δύναται να συμπεριληφθούν στην τεχνική περιγραφή και μετά τυχόν τιμολογίων ή μισθωτηρίων, εναλλακτικά αυτών μέσα, όπως προκύπτει για τα επαφιόμενα σε απλή ευχέρεια των προσφερόντων, μηχανήματα οδοποιίας. Συνεπώς, και για αυτόν τον λόγο και κατ' αποδοχή και του έβδομου λόγου της τρίτης προσφυγής και σε συνέχεια της κατά την αμέσως προηγούμενη σκέψη, αποδοχή του πρώτου λόγου της δεύτερης προσφυγής, πρέπει να ακυρωθούν στο σύνολό τους τα σημεία 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8 και 9 των ΛΟΙΠΩΝ ΣΤΟΙΧΕΙΩΝ του Παραρτήματος Β της διακήρυξης.

14. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο και τέταρτο λόγο της δεύτερης προσφυγής και τον δεύτερο και έκτο λόγο της τρίτης προσφυγής, οι οποίοι είναι ομού συνεξεταστέοι λόγω συνάφειας του αντικειμένου προσβολής, προκύπτει ότι το άρθρο 2 ΑΠΟΣΤΡΑΓΓΙΣΤΙΚΑ ΓΗΠΕΔΟΥ-ΥΛΙΚΑ της Ενότητας Α του

Μέρους Α του Παραρτήματος Β της διακήρυξης ορίζει ότι «Στον φάκελο της τεχνικής προσφοράς θα κατατεθούν επί ποινή αποκλεισμού, τα παρακάτω τεχνικά δικαιολογητικά: 1. Τιμολόγιο αγοράς του σωλήνα (σε ποσότητα που να καλύπτει τα απαιτούμενα της μελέτης), 2. Υπεύθυνη Δήλωση του διαγωνιζόμενου ότι διαθέτει προς ενσωμάτωση στο έργο την ποσότητα που απαιτεί η μελέτη και ότι θα το παραδώσει σε σύντομο χρονικό διάστημα ή Υπεύθυνη Δήλωση της εταιρίας κατασκευής του σωλήνα ότι διαθέτει την απαιτούμενη ποσότητα σύμφωνα με τις προδιαγραφές της μελέτης και δύναται να την διαθέσει άμεσα στον διαγωνιζόμενο για την συγκεκριμένη παροχή υπηρεσίας.». Η δε ποσότητα του υπό προμήθεια και άρα του κατά τον παραπάνω όρο απαιτούμενου να έχει αγοραστεί ήδη από τους προσφέροντες κατά την υποβολή της προσφοράς του, σωλήνα, ανέρχεται κατά το Μέρος Β ΟΙΚΟΝΟΜΙΚΟ ΑΝΤΙΚΕΙΜΕΝΟ ΤΗΣ ΣΥΜΒΑΣΗΣ του ίδιου Παραρτήματος Β, α/α 2 σε 2.565 μέτρα, με εκτιμώμενη άνευ ΦΠΑ αξία 5.566,05 ευρώ. Ασχέτως του ότι η παραπάνω απαίτηση του σημ. 1 του ως άνω άρθρου 2 περί υποβολής με την προσφορά του τιμολογία αγοράς του σωλήνα, με σαφή αναφορά ότι θα πρέπει να αφορά το σύνολο της ζητούμενης από τη διακήρυξη ποσότητας (δηλαδή 2.565 μέτρα), δεν προκύπτει ότι συνιστά ούτε κριτήριο επιλογής επί του οποίου δεν επιτρέπεται η επίκληση στήριξης σε ικανότητα τρίτου, αφού δεν συνέχεια με τα προβλεπόμενα στο άρ. 75 Ν. 4412/2016 και τα οικεία Παραρτήματα όπου αυτό παραπέμπει ούτε αποτελεί ιδιότητα που πρέπει ή δύναται να συντρέχει στο πρόσωπο μετέχοντος ούτε τυχόν τεχνικό μέσο προς εκτέλεση της σύμβασης, αλλά αντίθετα συνίσταται σε αυτό καθαυτό το υπό προμήθεια και προσφορά αγαθό, ούτε αποτελεί τεχνική προδιαγραφή, αφού δεν συνιστά κατά νόμο, βλ. και παραπάνω ως προς τον πρώτο λόγο της δεύτερης προσφυγής, τέτοιου είδους στοιχείο, αλλά ούτε εν τοις πράγμασι αφορά χαρακτηριστικό προσφερόμενου προϊόντος, είναι προδήλως παράνομη και ακυρωτέα. Και τούτο διότι δια της ως άνω απαίτησης, που αποκλείει αμφοτέρους τον δεύτερο και τρίτο προσφεύγοντα, κατά ρητή επίκλησή τους επί των προσφυγών τους, οι προσφέροντες υποχρεούνται επί ποινή αποκλεισμού να έχουν εκ των προτέρων και πριν την υποβολή της προσφοράς τους αγοράσει στο σύνολο της, όλη τη ζητούμενη ποσότητα του συγκεκριμένου

αγαθού, όρος όλως περιοριστικός του ανταγωνισμού, αφού προφανώς αποθαρρύνει κάθε εύλογο ενδιαφερόμενο προς συμμετοχή, διότι είναι παράλογη η εκ των προτέρων υποβολή σε μείζονα δαπάνη προς απόκτηση του συνόλου της ποσότητας ζητούμενου είδους, απλώς και μόνο για την υποβολή προσφοράς σε διαγωνισμό για την προμήθειά του και εν πλήρη αγνοία περί του αν ο προσφέρων θα αναδειχθεί ανάδοχος. Περαιτέρω, προφανώς και ευνοείται οιοσδήποτε οικονομικός φορέας διατηρεί τυχόν απόθεμα και μάλιστα επαρκές για να καλύψει τη ζητούμενη ποσότητα, αφού μόνο για έναν τέτοιο οικονομικό φορέα είναι ευχερής και αντικειμενικά δυνατή η πλήρωση μιας τέτοιας απαίτησης, η οποία είναι υπέρμετρα επαχθής για οιοδήποτε μη ήδη κατέχοντα το παραπάνω αγαθό και δη στη ζητούμενη ποσότητα. Επιπλέον, δεν προκύπτει ο εξ αυτής της απαίτησης επιδιωκόμενος σκοπός και είναι όλως αδικαιολόγητη και δυσανάλογη, αφού ουδόλως είναι αναγκαία για την τυχόν διασφάλιση της αναθέτουσας ότι ο ανάδοχος θα εκτελέσει τη σύμβαση. Κατά την κοινή δε πείρα, ανέκαθεν οι δημόσιες συμβάσεις προμήθειας εκτελούνταν ομαλώς χωρίς καμία απαίτηση εκ των προτέρων αγοράς από κάθε ενδιαφερόμενο προς συμμετοχή της ζητούμενης ποσότητας του υπό προμήθεια αγαθού, εν αναμονή και υπό το ενδεχόμενο ανάδειξής τους ως αναδόχων. Η ίδια όμως η λογική των δημοσίων διαγωνισμών προμηθειών συνίσταται στο ότι οι προσφέροντες υποβάλλουν τα έγγραφα και μέσα που αποδεικνύουν απλώς ότι δύνανται να εκτελέσουν επιτυχώς τη σύμβαση και να προμηθεύσουν την αναθέτουσα με κατάλληλο προϊόν, αν και εφόσον καταστούν ανάδοχοι. Εφόσον εν τέλει καταστούν ανάδοχοι και συναφθεί σύμβαση μεταξύ αυτών και της αναθέτουσας, τότε, εν γνώσει του ότι είναι πλέον αντισυμβαλλόμενοι, αγοράζουν από τον δικό τους προμηθευτή το ζητούμενο αγαθό και περαιτέρω το προμηθεύουν στην αναθέτουσα. Ούτε το αγαθό του σωλήνα αποστράγγισης παρίσταται τόσο δυσεύρετο, σπανίζον και υποκείμενο σε τυχόν υπέρμετρες δυσχέρειες και κινδύνους προμήθειας, ώστε να δικαιολογείται η ως άνω εξαιρετικά περιοριστική, ασυνήθης και επαχθής απαίτηση. Ασχέτως των ανωτέρω, το άρθρο 2 αντιφάσκει και διότι στο μεν σημείο 1 απαιτεί απαραίτητως τιμολόγιο αγοράς του σωλήνα, στο δε σημείο 2 επιβάλλει ταυτόχρονα και υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντος ότι το διαθέτει στην απαιτούμενη προς προμήθεια

ποσότητα, αλλά συγχρόνως αρκείται εναλλακτικά και σε υπεύθυνη δήλωση απλώς του κατασκευαστή του σωλήνα ότι αν ο προσφέρων καταστεί ανάδοχος, τότε θα του το διαθέσει. Και ενώ το σημείο 2 αυτό καθαυτό και μόνο του θα ήταν σαφές και επαρκές για την όποια διασφάλιση των ευλόγων συμφερόντων της αναθέτουσας, πλην προδήλως ηπιότερο από την απαίτηση του σημείου 1, αφού το σημείο 2 επιτάσσει απλώς είτε να διαθέτει την ποσότητα σωλήνα ο προσφέρων είτε έστω, αν δεν τη διαθέτει, να δύναται να δηλώσει ο κατασκευαστής του σωλήνα ότι θα του πωλήσει την απαιτούμενη για την εκτέλεση της σύμβασης ποσότητα κατά την εκτέλεση, αφενός αναιρεί πλήρως την όποια χρησιμότητα του ως άνω όλως περιοριστικού και κατ' αποτέλεσμα αδικαιολόγητου όρου του σημ. 1, που όμως καθιερώνεται ως αυτοτελής σωρευτική απαίτηση, ουδόλως δε ως εναλλακτική της απαίτησης του σημείου 2, αφετέρου αντιφάσκει με την παραπάνω απαίτηση του σημείου 1. Και τούτο διότι εν τέλει είναι αδύνατον να καταστεί κατανοητό τι απαιτεί η διακήρυξη, ήτοι αγορά εκ των προτέρων από τον προσφέροντα με υποβολή και τιμολογίου περί τούτου, απλή υπεύθυνη δήλωση του προσφέροντα περί διάθεσής του ή απλή δυνατότητα του κατασκευαστή να προμηθεύσει τον σωλήνα στον προσφέροντα. Προφανώς είναι αδύνατον συγχρόνως ο προσφέρων να διαθέτει τιμολόγιο αγοράς του σωλήνα, αλλά και να μην τον διαθέτει ο ίδιος, όμως να δηλώνει ο κατασκευαστής ότι θα του τον διαθέσει. Επίσης, ακόμη και αν τον διαθέτει ο ίδιος ο προσφέρων, δεν είναι κατανοητό ούτε γιατί πρέπει συγχρόνως να υποβάλει και τιμολόγιο και υπεύθυνη δήλωση ούτε κατά ποιον τρόπο η εναλλακτική του σημείου 2 περί δήλωσης του κατασκευαστή επιδρά επί της απαίτησης για τιμολόγιο. Κατ' αποτέλεσμα, όλων των ανωτέρω ο όρος του σημ. 1 του άρθρου 2 του Παραρτήματος Β είναι ακυρωτέος. Επιπλέον δε των ως άνω, το μέν ανωτέρω άρθρο 2 του Παραρτήματος Β ορίζει τις τεχνικές προδιαγραφές του σωλήνα αποστράγγισης ως εξής «Ο διάτρητος αγωγός αποστράγγισης Φ50 θα είναι διάτρητος, αυλακωτός από PVC και θα έχει κατ' ελάχιστο τα εξής χαρακτηριστικά: Συσκευασία: Κουλούρα των 250 μ (επιτρεπτή απόκλιση 2%).», όμως το άρθρο 6 ΑΠΟΣΤΡΑΓΓΙΣΗ ΓΗΠΕΔΟΥ-ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΗΣ του ίδιου Παραρτήματος, στο σημ. 4 αυτού, επανέρχεται επί του ζητήματος των προδιαγραφών του διατρητού, αυλακωτού

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

από PVC σωλήνα αποστράγγισης Φ50, οι οποίες κατά το παραπάνω άρθρο 2 ορίστηκαν ως προς το μέγεθος κουλούρας ήτοι συσκευασίας τεμαχίου σε 250 μέτρα με απόκλιση 2%, ήτοι από 245 έως 255 μέτρα αποδεκτό μήκος, και σε αντίθεση με αυτά προβλέπει με τη σειρά του «*ΑΜΕΣΗ τοποθέτηση του αγωγού αποστράγγισης από σωληνώσεις αποστράγγισης Φ50 αυλακωτές από PVC-U, που θα διαθέτει οπές περιμετρικά σε κουλούρες των 100μέτρων*». Επομένως, ο όρος του σημ. 4 του άρθρου 6, που ορίζει το μήκος κουλούρας του παραπάνω σωλήνα σε 100 μέτρα, αντιφάσκει προδήλως με τον όρο του άρθρου 2, που ορίζει το ίδιο μήκος σε εύρος 245-255 μέτρων. Τούτο έχει ως προφανές αποτέλεσμα την αδυναμία ορθής σύνταξης προσφοράς, συναγωγής κόστους εκτέλεσης, αλλά και υποβολής τιμολογίου, υπεύθυνης δήλωσης προσφέροντα ή υπεύθυνης δήλωσης κατασκευαστή για το ορθό προϊόν, όπως ορθού δείγματος κατά τη ρητή απαίτηση του σημ. 3 του άρθρου 2, αφού κάθε προϊόν σωλήνα διατίθεται όπως κάθε αγαθό, σε διαφορετικές συσκευασίες (εν προκειμένω κουλούρες) που προκύπτουν από την κατασκευαστική του διαδικασία (εν προκειμένω, όσον αφορά τους σωλήνες, κόβονται σε συγκεκριμένα μήκη) και ουδόλως είναι βέβαιο ή έστω πιθανό ότι κάποιο προϊόν είναι απαραίτητως δυνατόν να διακινείται σε εκδοχές κουλούρας τόσο 100 μέτρων όσο και 245-255 μέτρων. Άρα, εκ της ως άνω αντίφασης, εκτός των άλλων, είναι λίαν ενδεχόμενο οι προσφέροντες να μην γνωρίζουν αν πρέπει να προσφέρουν προϊόν που διακινείται σε κουλούρες 100 μέτρων ή άλλο προϊόν που διακινείται σε κουλούρες 245-255 μέτρων, αφού συνιστούν άλλα είδη, πιθανώς δε με διαφορετικά λοιπά χαρακτηριστικά ή και διαφορετικών κατασκευαστών, με συνέπεια συγχρόνως, να δημιουργείται και σύγχυση ως προς τον τρόπο ερμηνείας των ανωτέρω κατά την αξιολόγηση των προσφορών και πρόδηλο κίνδυνο άνισης μεταχείρισης των μετεχόντων. Περαιτέρω, όσον αφορά ειδικότερα το σημ. Β του τέταρτου λόγου της δεύτερης προσφυγής, περί του ότι δεν προκύπτει η μεθοδολογία ελέγχου και το πρότυπο με το οποίο έχουν προσδιοριστεί οι απαιτήσεις του υλικού του σωλήνα κατά το παραπάνω άρθρο 2, ναι μεν οι λοιπές τεχνικές προδιαγραφές, πλην του μήκους κουλούρας, του παραπάνω σωλήνα είναι σαφείς και τα κριτήρια πλήρωσής τους καταρχήν ορίζονται με μονοσήμαντο τρόπο και σαφείς τιμές αναφοράς ως και μονάδες

μέτρησης (αντοχή σε σύνθλιψη μετρούμενη σε ποσοστά παραμόρφωσης σε 20 και 7 ημέρες, αντοχή στην κρούση μετρούμενη σε ποσοστό θραύσης, επιμήκυνση υπό φορτίο μετρούμενη σε χιλιοστά, ευκαμψία μετρούμενη σε ποσοστό κυρτότητας, κυκλική απόκλιση μετρούμενη σε ποσοστό επί της εξωτερικής διαμέτρου και συνολική επιφάνεια διάτρησης μετρούμενη σε τετραγωνικά εκατοστά ανά μέτρο). Πλην όμως, όπως ορθά ισχυρίζεται ο δεύτερος προσφεύγων και δεδομένου ότι οι ως άνω προδιαγραφές συνίστανται εκ φύσεως τους σε στοιχεία που προκύπτουν κατόπιν κάποιου εργαστηριακού ελέγχου, διενεργούμενου με κάποια συγκεκριμένη μεθοδολογία και πρότυπο, είναι όλως ασαφές με ποιον τρόπο θα ελεγχθεί και θα διακριβωθεί αν πληρούνται οι παραπάνω προδιαγραφές. Και ναι μεν, το σημ. 4 του άρθρου 2 αναφέρει ότι μέσο απόδειξης είναι τα τεχνικά φυλλάδια, πλην όμως, δεν προκύπτει ούτε πρότυπο και μέθοδος ελέγχου βάσει των οποίων θα πρέπει να έχουν προκύψει οι αναφερόμενες στο τεχνικό φυλλάδιο τιμές ούτε εξάλλου ισοδύναμη απόδειξη. Το αυτό ισχύει και ως προς την απαίτηση για το δείγμα κατά το σημ. 3 του ίδιου άρθρου, αφού δεν προκύπτει ο τρόπος που τυχόν αυτό θα ελεγχθεί περί του αν πληρούνται οι παραπάνω προδιαγραφές. Συνεπεία όλων των ανωτέρω, πρέπει να γίνουν δεκτοί ο τρίτος και τέταρτος λόγος της δεύτερης προσφυγής και ο δεύτερος και έκτος λόγος της τρίτης προσφυγής και να ακυρωθούν το άρθρο 2 ως προς τη ζητούμενη συσκευασία και περαιτέρω ως προς το σημείο 1 αυτού περί τιμολογίου αγοράς και το σημείο 4 του άρθρου 6 του Παραρτήματος Β της διακήρυξης.

15. Επειδή, όσον αφορά τον δεύτερο λόγο της δεύτερης προσφυγής και ανεξαρτήτως της κατ' αποδοχή του πρώτου λόγου αυτής, ακύρωσης μεταξύ άλλων και του σημείου 6 των ΛΟΙΠΩΝ ΣΤΟΙΧΕΙΩΝ του Παραρτήματος Β της διακήρυξης, για όσους λόγους κρίθηκαν ως βάσιμοι στο πλαίσιο του παραπάνω πρώτου λόγου της, περαιτέρω προκύπτουν και τα ακόλουθα. Πρώτον, η απαίτηση για πιστοποιητικό SA 8000:2008 του εγκαταστάση χλοοτάπητα και αποστραγγιστή γηπέδων, ήτοι προσόντος που πρέπει να συντρέχει στο πρόσωπο του προσφέροντος και όχι επί του προϊόντος, ορίζεται καταρχήν κατ' αποκλειστικό τρόπο, ήτοι άνευ ισοδυναμίου. Επομένως, ακόμη και αν υποθεθεί ως νόμιμα θεσπιζόμενο καταρχήν κριτήριο επιλογής, ως πρότυπο διασφάλισης

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

ποιότητας, η παραπάνω απαίτηση για τέτοιου είδους πρότυπο, σαφώς αντιβαίνει τα οριζόμενα στο άρ. 82 παρ. 1 εδ. β' Ν. 4412/2016 που ορίζει την υποχρεωτική αποδοχή ισοδύναμων πιστοποιητικών, ως και το εδ. γ' της ίδιας διάταξης περί αποδοχής άλλων κατάλληλων αποδεικτικών στοιχείων για ισοδύναμα μέτρα διασφάλισης ποιότητας, υπό την όρο καταλληλότητας και επάρκειάς τους προς απόδειξη του αποδεικτικού ζητουμένου, προς το οποίο σκοπεύει επί της ουσίας η θέσπιση της απαίτησης για το συγκεκριμένο πρότυπο (βλ. Απόφαση ΑΕΠΠ 744/2018 και ιδίως κατωτέρω, ως προς την αποδοχή του τέταρτου λόγου της τρίτης προσφυγής, όπου αναλύεται το ζήτημα του περιεχομένου της ισοδυναμίας ως προς το ζήτημα των τεχνικών προδιαγραφών και στο πλαίσιο των άρ. 54 και 56 Ν. 4412/2016, ενώ η διατύπωση του άρ. 56 παρ. 2 ως προς τις προϋποθέσεις αποδοχής ισοδύναμων μέτρων, είναι αντίστοιχη με αυτή του άρ. 82 παρ. 1 Ν. 4412/2016). Επομένως, εξ αρχής και άνευ ετέρου ο ως άνω όρος είναι ακυρωτέος για τον ως άνω λόγο. Περαιτέρω, ναι μεν το πρότυπο αυτό δεν έχει καταργηθεί όπως ισχυρίζεται ο δεύτερος προσφεύγων, αλλά έχει από 1-1-2017 αντικατασταθεί με ανανεωμένο ίδιας σειράς πρότυπο του 2014, με αποτέλεσμα τα προ της ως άνω ημερομηνίας εκδοθέντα πιστοποιητικά να καθίστανται ανίσχυρα καθ' ο μέρος αφορά την αναγνώρισή τους από τον οργανισμό χορήγησής τους και ούτως όποιος κατείχε τέτοιο πρότυπο της σειράς του 2008 θα πρέπει, κατά τους κανόνες του ως άνω οργανισμού να προβεί σε έκδοση αυτού της σειράς του 2014 μετά την 1-1-2017, ενώ όποιος δεν κατείχε καθόλου τέτοιο πρότυπο πριν το 2017, τότε δύναται εξ αρχής να προβεί στην έκδοση αυτού της σειράς του 2014. Πλην όμως, ακριβώς η ως άνω αποκλειστική θέσπισή του ως «SA 8000:2008», χωρίς καμία μνεία σε νεότερο αντίστοιχο ή έστω ισοδύναμο, καθιστά όλως ασαφές τόσο πώς θα αξιολογηθεί πρότυπο εκδοθέν ούτως, ήτοι ως 8000:2008, δεδομένου ότι αυτό θα σημαίνει ότι το πιστοποιητικό δεν έχει ανανεωθεί, όσο και πώς θα αξιολογηθεί η τυχόν κατοχή του ανανεωμένου προτύπου της σειράς 2014, αφού κατά το γράμμα της διακήρυξης, δεν προβλέπεται οτιδήποτε σχετικό (αλλά αποκλειστικώς επιβάλλεται το πρότυπο της σειράς του 2008), με αποτέλεσμα να διακινδυνεύεται ακόμη και αποκλεισμός προσφοράς με βάση το ανανεωμένο πρότυπο και δη ενώ αυτό τελεί, ακόμη και από τον οργανισμό χορήγησής του,

σε κατά τον παρόντα χρόνο ισχύ. Επιπλέον όμως, όσον αφορά την ίδια την εξαρχής θέσπισή του (και ασχέτως επιπλέον, ότι παρανόμως θεσπίστηκε η προσκόμιση του πιστοποιητικού αυτού ως στοιχείου της τεχνικής προσφοράς, βλ. και παραπάνω ως προς την αποδοχή του πρώτου λόγου της δεύτερης προσφυγής), προκύπτουν επιπλέον και τα εξής. Το ως άνω πρότυπο αφορά ειδικώς τις συνθήκες εργασίας και την εφαρμογή ηθικών κανόνων συμπεριφοράς στο εργασιακό περιβάλλον της επιχείρησης, με διασφάλιση σχετικών ανθρωπίνων δικαιωμάτων, σκοπώντας σε μια παγκόσμια κοινωνικά αποδεκτή εργασιακή πρακτική κατά συμμόρφωση με τις οικείες διεθνείς συμβάσεις. Συγκεκριμένα, τα απαιτούμενα για την ως άνω πιστοποίηση, άρα και τα ληπτέα υπόψη αντικείμενα ως και τα πιστοποιούμενα ζητήματα που αφορά, αναφέρονται σε μη χρήση παιδικής εργασίας, μη χρήση αναγκαστικής και βεβιασμένης εργασίας, μη εφαρμογή πολιτικών απαγόρευσης εξόδου από τους χώρους εργασίας, χρήσης δουλεμπορίου, διακράτησης δεδουλευμένων ή περιουσιακών στοιχείων ή προσωπικών εγγράφων του εργαζομένου προς τον σκοπό εξαναγκασμού του σε συνέχιση εργασίας, λήψη μέτρων πρόληψης εργατικών ατυχημάτων, εντοπισμό, αποφυγή και απόκριση σε εργασιακούς κινδύνους και καταγραφή εργατικών ατυχημάτων, λήψη μέτρων ατομικής προστασίας και ιατρικής περίθαλψης σε εργατικά ατυχήματα, προστασία των εγκύων και των γυναικών σε περίοδο λοχείας, αποφυγή κατανάλωσης μολυσμένου φαγητού ή ύδατος, διασφάλιση ασφαλών και μη μολυσμένων κοιτώνων, δικαίωμα εργαζομένων να εγκαταλείψουν την εργασία σε περίπτωση άμεσου κινδύνου, μη απαγόρευση του δικαιώματος του συνεταιρίζεσθαι, των συλλογικών διαπραγματεύσεων και προστασία της συνδικαλιστικής ελευθερίας, αποφυγή διακρίσεων βάσει φυλής, εθνικότητας, κοινωνικής τάξης, θρησκείας, αναπηρίας, φύλου, ηλικίας, συμμετοχής σε συνδικαλιστικό σωματείο και πολιτικών πεποιθήσεων, κατά την πρόσληψη, αμοιβή, εκπαίδευση, προαγωγή, λήξη της σύμβασης και τη συνταξιοδότηση, αποφυγή απειλών, καταχρήσεων, εξαναγκασμών και πιέσεων ως προς την εκδήλωση ή μη εκδήλωση συγκεκριμένων ηθικών πεποιθήσεων που ανήκουν στην ατομική σφαίρα, απαγόρευση υποχρεωτικών ελέγχων εγκυμοσύνης ή παρθενίας, μεταχείριση του προσωπικού με αξιοπρέπεια και σεβασμό της αξίας τους κατά τον

πειθαρχικό τους έλεγχο, αποφυγή σωματικών τιμωριών για εργασιακό παράπτωμα, απάνθρωπης και σκληρής μεταχείρισης ως και πνευματικών και σωματικών βασανιστηρίων, τήρηση της νομοθεσίας και των συλλογικών συμβάσεων εργασίας ως προς τα ωράρια εργασίας, μη υπέρβαση του κανονικού ωραίου πάνω από τις 48 ώρες εβδομαδιαίως, εθελοντική και μη υποχρεωτική και τακτική υπερωρία με συγκεκριμένα όρια, με την επιφύλαξη της νομοθεσίας ή της οικείας συλλογικής σύμβασης εργασίας, δικαίωμα ημέρας ανάπαυσης μετά από συνεχείς ημέρες εργασίας μετά εξαιρέσεων κατά την οικεία νομοθεσία, σεβασμό των ελαχίστων νόμιμων αποδοχών και του δικαιώματος σε ικανό για τον στοιχειώδη βιοπορισμό τους μισθό, την αποφυγή μειώσεων μισθού λόγω πειθαρχικού κολασμού με εξαιρέσεις, την πληρωμή υπερωριών με αμοιβή μεγαλύτερη της κανονικής, την αποφυγή κατάχρησης σχημάτων εργασίας ορισμένου χρόνου, συμβάσεων ανεξάρτητων υπηρεσιών και μαθητείας προς αποφυγή εργοδοτικών υποχρεώσεων, σαφής γνώση εκ μέρους των εργαζομένων των αποδοχών τους και πληρωμή σε μετρητά ή δια τραπεζής ή εμβασμάτων. Κατόπιν των ανωτέρω, είναι σαφές ότι το ως άνω πρότυπο σκοπεί στην κάλυψη όλως στοιχειωδών εργοδοτικών υποχρεώσεων και εργατικών δικαιωμάτων σε παγκόσμιο επίπεδο, πράγμα που σημαίνει ότι εν πολλοίς, κατά το ως άνω περιεχόμενό του αφορά τη διασφάλιση ζητημάτων που ενδέχεται να απασχολούν κράτη με δυσμενείς συνθήκες και πρακτικές εργασίας, όπου τα οικεία δικαιώματα δεν είναι κατοχυρωμένα νομοθετικά ή η όποια κατοχύρωσή τους σε κάθε περίπτωση δεν είναι αποτελεσματική μέσω ενός ολοκληρωμένου συστήματος απονομής δικαιοσύνης και ελέγχου. Προδήλως δε, το σύνολο των ως άνω πεδίων που αφορά το παραπάνω πρότυπο είναι λυμένο και νομοθετικά κατοχυρωμένο, με πλήρη και αποτελεσματική παρεχόμενη προστασία προς τους εργαζομένους, στην Ελληνική Δημοκρατία, όπου μάλιστα μεγάλο μέρος των ανωτέρω είναι περαιτέρω και συνταγματικά κατοχυρωμένο, ενώ εξάλλου υφίσταται πλήρες, αναλυτικό και εξαντλητικό πλαίσιο εργατικής και συνδικαλιστικής νομοθεσίας και Συλλογικών Συμβάσεων Εργασίας, που έχουν ισχύ νόμου, το οποίο πλαίσιο μεριμνά και υπερκαλύπτει τα ανωτέρω, τόσο όσον αφορά τα παρεχόμενα δικαιώματα, όσο και ιδίως, τα μέσα προστασίας των ίδιων των εργαζομένων

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

έναντι εις βάρος τους καταχρήσεων, αλλά και ως προς τα μέσα ελέγχου και εποπτείας τήρησης των ανωτέρω δια των αρμοδίων οργάνων της Πολιτείας. Περαιτέρω, καίτοι ακόμη και σε εθνικό επίπεδο, υφίστανται παραβάσεις της οικείας νομοθεσίας, σε κάθε περίπτωση τόσο σε γενικό επίπεδο, υφίστανται δριμείες κυρώσεις κατά των επιχειρήσεων, ως και ανά περίπτωση και των ίδιων των προσώπων που διευθύνουν και διαχειρίζονται το νομικό πρόσωπο των επιχειρήσεων, ακόμη και ποινικής μορφής, σε ορισμένες δε περιπτώσεις και κακουργηματικής, όσο και σε ειδικότερο επίπεδο νομοθεσίας δημοσίων συμβάσεων, υφίστανται αντιστοίχως, εξίσου σοβαρές κυρώσεις κατά των επιχειρήσεων που παραβιάζουν τις οικείες υποχρεώσεις. Συγκεκριμένα, κατ' άρ. 18 παρ. 1 και 3 Ν. 4412/2016, κατά το αντίστοιχο άρθρο 18 της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, θεσπίζεται υποχρέωση σεβασμού των διατάξεων της κοινωνικοασφαλιστικής και εργατικής νομοθεσίας του ενωσιακού και εθνικού δικαίου και των συλλογικών συμβάσεων εργασίας, ως και των διεθνών συνθηκών κοινωνικού και εργατικού δικαίου, που απαριθμούνται στο Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α Ν. 4412/2016 και της ως άνω Οδηγίας (μεταξύ των οποίων τα διεθνή νομοθετήματα που κυρώθηκαν με τους Ν.4204/1961 (ΦΕΚ 174/Α) Κύρωση της Διεθνούς Σύμβασης Εργασίας 87 «Περί συνδικαλιστικής ελευθερίας και προστασίας του συνδικαλιστικού δικαιώματος», Ν. 4205/1961 (ΦΕΚ 164/Α) Κύρωση της Διεθνούς Σύμβασης Εργασίας 98 «Περί εφαρμογής των αρχών του δικαιώματος οργανώσεως και συλλογικής διαπραγματεύσεως», Ν. 2079/1952 (ΦΕΚ 108/Α) Κύρωση της Διεθνούς Σύμβασης Εργασίας 29 «Περί αναγκαστικής ή υποχρεωτικής εργασίας» για την εξάλειψη κάθε μορφής καταναγκαστικής ή υποχρεωτικής εργασίας, Ν.Δ. 4221/1961 (ΦΕΚ 173/Α) Περί κυρώσεως της υπ αριθ. 105 Διεθνούς Συμβάσεως «περί καταργήσεως της αναγκαστικής εργασίας», Ν.1182/1981 (ΦΕΚ 193/Α) Κύρωση της Διεθνούς Σύμβασης Εργασίας 138 «Περί του κατώτατου ορίου εισόδου εις την απασχόλησιν» για την κατάργηση της παιδικής εργασίας, Ν. 1424/1984 (ΦΕΚ 29/Α) "Για την επικύρωση της 111 Διεθνούς Συμβάσεως Εργασίας για τη διάκριση στην απασχόληση και στο επάγγελμα", Ν. 46/1975 (ΦΕΚ 105/Α} "Περί κυρώσεως της ψηφισθείσης εν Γενεύη κατά το έτος 1951 υπ αριθ. 100 Διεθνούς Συμβάσεως Εργασίας περί ισότητας της αμοιβής μεταξύ

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

αρρένων και θηλέων εργαζομένων διεργασία ίσης αξίας" και Ν. 2918/2001 (ΦΕΚ 119/Α) Κύρωση της Διεθνούς Σύμβασης Εργασίας 182 «Για την απαγόρευση των χειρότερων μορφών εργασίας των παιδιών και την άμεση δράση με σκοπό την εξάλειψή τους» σχετικά με την κατάργηση της παιδικής εργασίας»), ενώ κατ' άρ. 18 παρ. 3 Ν. 4412/2016 οι ανάδοχοι δημοσίων συμβάσεων υπάγονται κατά προτεραιότητα στους ελέγχους του ΣΕΠΕ, κατά την παρ. 4, οι παραπάνω υποχρεώσεις σεβασμού των ανωτέρω, αποτελούν αναγκαίο τμήμα των εγγράφων της σύμβασης και ειδικό όρο της υπό σύναψη σύμβασης, κατά τη δε παρ. 5, η αθέτηση τέτοιων υποχρεώσεων συνιστά και σοβαρό επαγγελματικό παράπτωμα που συγκροτεί δυνητικό λόγο αποκλεισμού. Περαιτέρω, κατ' άρ. 73 παρ. 1 περ. στ' Ν. 4412/2016 η αμετάκλητη καταδίκη για παιδική εργασία και δουλεμπόριο μέλους του διευθυντικού, διοικητικού ή εποπτικού οργάνου ή προσώπου με οιαδήποτε διαχειριστική, ελεγκτική και εκπροσωπευτική εξουσία επί επιχείρησης συνιστά λόγο άνευ ετέρου αποκλεισμού της από διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, κατά την παρ. 2 του ίδιου άρθρου, μόνη της η μη καταβολή εισφορών της κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας ή παραβάσεις της εργατικής νομοθεσίας συγκροτούν υποχρεωτικό λόγο αποκλεισμού, ενώ κατά την παρ. 3 του ίδιου άρθρου και δη της περ. α' και θ' καθιερώνεται για αντίστοιχες παραβάσεις δυνητικός λόγος αποκλεισμού, οι δε οικονομικοί φορείς για να μετέχουν οφείλουν να αποδείξουν λήψη συγκεκριμένων επανορθωτικών μέτρων που ελέγχονται κατ' αντικειμενικό τρόπο κατά τις παρ. 7-10 του ίδιου άρθρου, κατά το δε άρ. 74 Ν. 4412/2016 για τις ίδιες παραβάσεις είναι δυνατό να αποφασιστεί και γενικός αποκλεισμός του οικονομικού φορέα από διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων. Επιπλέον, κατά το άρ. 130 Ν. 4412/2016 και το άρ. 70 Οδηγίας 2014/24/ΕΕ αντιστοίχως, ο σεβασμός των υποχρεώσεων του εργατικού και κοινωνικοασφαλιστικού δικαίου διεθνούς, ενωσιακού και εθνικού, κατά τα ακριβώς αναφερθέντα περί του άρ. 18 παρ. 2 Ν. 4412/2016 συνιστούν υποχρεωτικοί όρους των δημοσίων συμβάσεων, η παράβαση των οποίων επιφέρει έκπτωση του αναδόχου κατά τα αναλυτικώς οριζόμενα στον Νόμο και με βαρείες εις βάρος του οικονομικές συνέπειες, ως και περαιτέρω διακινδύνευση λόγου εφεξής δυνητικού αποκλεισμού του από

άλλες δημόσιες συμβάσεις κατ' άρ. 73 παρ. 4 περ. στ' Ν. 4412/2016. Κατά συνδυασμό όλων των παραπάνω, είναι προφανές ότι όσον αφορά το εθνικό νομικό σύστημα, η διασφάλιση, εποπτεία, προστασία και επιβολή των ζητημάτων του πεδίου εφαρμογής του ως άνω προτύπου, υπερκαλύπτεται και δη πολύ αποτελεσματικότερα εκ του όλου πλέγματος διατάξεων και επάλληλων συστημάτων του Συντάγματος, της εργατικής, κοινωνικοασφαλιστικής και συνδικαλιστικής νομοθεσίας, συλλογικών συμβάσεων εργασίας, δικαίου δημοσίων συμβάσεων και αρμοδιοτήτων των οικείων ελεγκτικών μηχανισμών, οι οποίοι σαφέστατα απολαμβάνουν πολύ σοβαρότερης οργάνωσης και θεσμικής αναγνώρισης από ένα εθελοντικό πρότυπο, ως και συνοδεύονται, για την τυχόν παράβασή των οικείων διατάξεων, από πολύ βαρύτερες κυρώσεις, από την τυχόν μη ανανέωση του ως άνω προτύπου. Εξάλλου, ακόμη και αν η ως άνω εθνική και διεθνής νομοθεσία προβλέπει διαφορετικά από τις απαιτήσεις για τη χορήγηση του ως άνω προτύπου, είναι προφανές ότι ούτε η κατοχή τέτοιου προτύπου θα οδηγήσει σε διαφορετική συμπεριφορά των οικονομικών φορέων επί νομοθετικά προβλεπόμενων διαδικασιών και εκατέρωθεν εργοδοτικών δικαιωμάτων και υποχρεώσεων ούτε δύναται η αναθέτουσα με τη θέσπιση τυχόν τέτοιου είδους προτύπου να επιβάλει την απόκλιση ή τη μη χρήση εργοδοτικών ευχερειών που ανά περίπτωση ενδέχεται να επιτρέπει η ειδική προς τούτο νομοθεσία. Ούτως το ως άνω πρότυπο ούτε διασφαλίζει κάτι περισσότερο από τους κείμενους κανόνες ούτε η τυχόν μη τήρηση των ουσιαστικών προϋποθέσεων έκδοσής του, είναι δυνατόν να προστατευθεί με τρόπο καλύτερο, δια της απαίτησης ή ακόμη και της θέσπισής του ακόμη και ως επιθυμητού ή βαθμολογούμενου σε πλαίσιο κριτηρίου ανάθεσης βάσει σχέσης ποιότητας τιμής, του προτύπου αυτού, σε σχέση με όσα εχέγγυα παρέχει η ίδια η κείμενη νομοθεσία. Εξάλλου, είναι και παράλογο να ζητείται πρότυπο, του οποίου ισοδύναμο μέσο πλήρωσης είναι η ίδια η ισχύουσα νομοθεσία και οι ίδιοι οι λοιποί κανόνες της διακήρυξης, που ενσωματώνουν τους κανόνες της νομοθεσίας αυτής. Εν προκειμένω δε, το πραγματικό του προτύπου αυτού υπερκαλύπτεται από το άρθρο 3 της διακήρυξης περί λόγων αποκλεισμού και το άρθρο 11 περί δικαιολογητικών κατακύρωσης, του άρθρου 17 περί έκπτωσης και κυρώσεων, άρθρου 24 παρ.

3-4 περί προστασίας του προσωπικού του αναδόχου, τήρησης των διατάξεων της εργατικής νομοθεσίας, αμοιβής, ασφάλισης και σεβασμού των ενωσιακών, εθνικών και διεθνών κανόνων, ως και των συλλογικών συμβάσεων εργασίας, περί εργατικής, κοινωνικής και ασφαλιστικής νομοθεσίας με επιπλέον παραπομπή στο παραπάνω Παράρτημα Χ του Προσαρτήματος Α Ν. 4412/2016, ως και την παραπομπή κατά το σημ. 14 του προοιμίου της, αλλά και το άρθρο 26 και το άρθρο 27 της διακήρυξης στον Ν. 4412/2016 και τον Αστικό Κώδικα. Περαιτέρω, και από τα άρ. 8, 10 παρ. 2-4 και 6 ως και το άρ. 11 του Παραρτήματος Γ-ΣΧΕΔΙΟ ΣΥΜΒΑΣΗΣ και των οικείων ερωτημάτων του Μέρους ΙΙΙ του συνημμένου στη διακήρυξη ΤΕΥΔ περί ποινικής καταδίκης, παραβάσεων καταβολής εισφορών της κοινωνικοασφαλιστικής νομοθεσίας και προστίμων του ΣΕΠΕ, ως και αθετήσεως υποχρεώσεων του κοινωνικού και εργατικού δικαίου και σοβαρού επαγγελματικού παραπτώματος, μετά περαιτέρω ερωτημάτων περί λήψης μέτρων αυτοκάθαρσης σε περίπτωση θετικής απάντησης. Και τα ως άνω επιπλέον του ότι η διακήρυξη στο ΠΑΡΑΡΤΗΜΑ Β στα ΛΟΙΠΑ ΣΤΟΙΧΕΙΑ απαιτεί σωρευτικά και Πιστοποιητικό OHSAS 18001:2007 περί υγείας και ασφάλειας εργαζομένων στο προκείμενο πεδίο δραστηριότητας της υπό ανάθεση σύμβασης, το οποίο προϋποθέτει πολύ πιο συγκεκριμένες και ειδικές απαιτήσεις ως προς τα στοιχεία ενεργής προστασίας υγιεινής και ασφάλειας (αφού αφορά μεταξύ άλλων λήψη μέτρων για εκτίμηση και πρόβλεψη κινδύνου, βελτιωμένη και όχι απλά στοιχειώδη απόκριση σε ατυχήματα, συνδυασμό της με αύξηση παραγωγικότητας και μείωση της απώλειας χρόνου από τέτοια ατυχήματα, βελτίωση ηθικού του προσωπικού, επίτευξη καλύτερων όρων υγειονομικής ασφάλισης του προσωπικού στο πλαίσιο ιδιωτικών ασφαλίσεων με μειωμένα ασφάλιστρα και μείωση πιθανοτήτων και πιθανής σοβαρότητας κινδύνου ατυχημάτων και επαγγελματικών ασθενειών και όχι απλά λήψη στοιχειωδών μέτρων ελάχιστης υγιεινής, πρόληψης και φροντίδας), από τις οικείες στοιχειώδεις και καλυπτόμενες από την οικεία νομοθεσία και τις λοιπές προβλέψεις της διακήρυξης, απαιτήσεις του SA 8000:2008. Κατ' αποτέλεσμα, η θέσπιση του προκείμενου προτύπου είναι όλως περιττή στο εθνικό πλαίσιο της χώρας και ο όποιος εξ αυτού σκοπός επιτυγχάνεται με αντικειμενικά μεγαλύτερη πληρότητα

από την ίδια την εθνική, ενωσιακή και διεθνή νομοθεσία ως και τις συλλογικές συμβάσεις εργασίας που ισχύουν, με συνέπεια ο όποιος περιορισμός προκύπτει λόγω της μη κατοχής τέτοιου πιστοποιητικού από τους οικονομικούς φορείς να είναι εξαρχής και άνευ ετέρου δυσανάλογος, δεδομένου του άσκοπου της απαίτησης και αδικαιολόγητος. Επομένως, ο δεύτερος λόγος της δεύτερης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί και προς τούτο ο όρος του σημ. 4 των ΛΟΙΠΩΝ ΣΤΟΙΧΕΙΩΝ του Παραρτήματος Β.

16. Επειδή, όσον αφορά τον πρώτο λόγο της τρίτης προσφυγής, προκύπτει ότι το Παράρτημα Β της διακήρυξης στο άρθρο 1 περί προδιαγραφών του τεχνητού χλοοτάπητα ορίζει μεταξύ άλλων ως προδιαγραφές τα εξής *«Εκτός των παραπάνω ο χλοοτάπητας θα πρέπει να πληροί και τα παρακάτω τεχνικά χαρακτηριστικά:... ΓΡΑΜΜΙΚΗ ΠΥΚΝΟΤΗΤΑ ΝΗΜΑΤΟΣ: 14.000 dtex +-10%»*. Η δε διακήρυξη ουδόλως ορίζει το ως άνω στοιχείο ως τυχόν ελάχιστο απαιτούμενο, αλλά όπως προκύπτει από τη γραμματική διατύπωση του ως άνω όρου, το προσφερόμενο προϊόν θα πρέπει να εμφανίζει γραμμική πυκνότητα νήματος που κυμαίνεται μεταξύ 12.600 κατ' ελάχιστον και 15.400 κατά μέγιστο dtex. Ο δε τρίτος προσφεύγων επικαλείται και αποδεικνύει ότι διαθέτει και προτίθεται να προσφέρει προϊόν που υπερβαίνει το ως άνω ανώτατο όριο, αφού εμφανίζει 16.000 dtex γραμμική πυκνότητα νήματος. Πλην όμως είναι αφενός σαφές πως η γραμμική πυκνότητα, στοιχείο που αποτελεί μονάδα μέτρησης μάζας ανά δεδομένο μήκος του νήματος και άρα πυκνότητας αυτού, συνιστά τεχνικό χαρακτηριστικό που καταδεικνύει την ποιότητα, αντοχή στη φθορά, ευρωστία και καλή εμφάνιση του προϊόντος του συνθετικού χλοοτάπητα, το οποίο εξ αντικειμένου δεν είναι δυνατόν να μειώνει την αξία και ποιότητα του χλοοτάπητα, αν υπερβαίνει κάποιες τιμές. Αντίθετα, ευλόγως, όσο μεγαλύτερη είναι η πυκνότητα αυτή, τόσο ποιοτικότερο το προϊόν και δεν υφίσταται εκ της κοινής λογικής κάποια αρνητική συνέπεια για το προϊόν από το υψηλό τυχόν επίπεδο της πυκνότητας αυτής. Επομένως, η γραμμική πυκνότητα συνιστά χαρακτηριστικό για την οποία, εξ αντικειμένου, όσο μεγαλύτερη είναι η οικεία τιμή της, τόσο ποιοτικότερο το προϊόν του συνθετικού χλοοτάπητα και ουδενός είδους λόγος υφίσταται που να δικαιολογεί τον περιορισμό της σε οποιαδήποτε ανώτατα επιτρεπόμενα επίπεδα. Εξάλλου,

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

ακόμη και αν υποθεθεί ότι προϊόν με υψηλότερη πυκνότητα είναι πιο ακριβό, πράγμα που δεν στοιχειοθετείται αφού το κόστος του προϊόντος εξαρτάται από πλήθος συνθηκών ως προς τα χαρακτηριστικά του προϊόντος, αλλά και εμπορικά και επιχειρηματικά ζητήματα, όπως τη δυνατότητα του προσφέροντος να τα εισάγει, το κόστος κατασκευαστή, τις οικονομίες κλίμακας, την τυχόν διάθεση έτοιμου προς διάθεση εμπορεύματος, σε καμία περίπτωση τούτο δεν μπορεί να δικαιολογήσει έναν όρο που περιορίζει και συγκρατεί την ποιότητα υπό προμήθεια αγαθού σε συγκεκριμένα, χαμηλότερα όρια, αφού το όποιο κόστος προϊόντος το επωμίζεται ο ανάδοχος, ενώ δεδομένου ότι κατά το κριτήριο ανάθεσης θα επιλεγεί ως ανάδοχος ο προσφέρων με τη χαμηλότερη προσφορά, ουδείς εμποδίζει κάποιον τυχόν προσφέροντα να προσφέρει προϊόν ποιότητας άνω των ελαχίστων ορίων, αλλά συγκριτικά χαμηλότερης ποιότητας από τον προσφεύγοντα και να αναδειχθεί ανάδοχος επειδή τυχόν προσφέρει χαμηλότερο τίμημα. Αντίστοιχα όμως, δεν δύναται να εμποδίζεται εκ των προτέρων ο προσφεύγων να προσφέρει ανώτερο ποιοτικά και με μεγαλύτερη γραμμική πυκνότητα προϊόν, με οιαδήποτε τιμή ο ίδιος κρίνει ως δυνάμενη να τον αναδείξει ανάδοχο, ακόμη και δια συμπίεσως του περιθωρίου κέρδους του, αφού ούτως ή άλλως, στο ενδεχόμενο που καταλήξει ανάδοχος προσφέρων με λιγότερο ποιοτικά προϊόν, η αναθέτουσα θα έχει καλυφθεί ως προς τις ελάχιστες απαιτήσεις της μεν, με συμβατικό τίμημα αυτό του λιγότερο ποιοτικού προϊόντος, στο δε ενδεχόμενο που καταλήξει ανάδοχος προσφέρων με ποιοτικότερο προϊόν, τούτο θα έχει λάβει χώρα διότι τα λιγότερο ποιοτικά προϊόντα προσφέρθηκαν σε υψηλότερη τιμή ή διότι δεν προσφέρθηκε άλλο, έστω και λιγότερο ποιοτικό προϊόν και σε κάθε περίπτωση η αναθέτουσα θα αποκτήσει ποιοτικότερο προϊόν και πάλι με συμβατικό τίμημα, το χαμηλότερο προσφερόμενο μεταξύ περισσοτέρων ή αυτό του μόνου προσφερόμενου. Εξάλλου, η αναθέτουσα δύναται να θεσπίσει το ανώτατο κόστος του υπό εκτέλεση αντικειμένου δια της εκτιμώμενης αξίας της διακήρυξης και επομένως, ουδείς λόγος, άρα και δικαιολογία υφίσταται για θέσπιση ποιοτικών περιορισμών στα δυνάμενα να προσφερθούν προϊόντα. Άρα, κάθε θέσπιση ανώτατου ορίου σε αυτού του είδους το χαρακτηριστικό είναι όλως αδικαιολόγητη και ως εκ τούτου παράνομη και ακυρωτέα (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 39,

120, 209, 238/2017), αφού αποκλείει ποιοτικά ανώτερα προϊόντα προς όφελος ποιοτικά κατώτερων, χωρίς κανένα τεχνικό, οικονομικό και πρακτικό όφελος για τη χρήση, διάρκεια ζωής και αντοχή του προϊόντος, αλλά αντίθετα προς βλάβη τους, άρα και προς βλάβη του συμφέροντος της ίδιας της αναθέτουσας και των όποιων σκοπούμενων χρήσεων του χλοοτάπητα, περί των οποίων η προκείμενη υπό ανάθεση σύμβαση. Ούτε τίθεται ζήτημα περί τυχόν υποχρέωσης ή δυνατότητας του προσφεύγοντος να προσφέρει λιγότερο ποιοτικό προϊόν προκειμένου να μετάσχει στον διαγωνισμό, ζήτημα ως προς το οποίο ο προσφεύγων προβάλλει επικουρικό ισχυρισμό, αφού εξαρχής, η επιβολή όρων που αποκλείουν ποιοτικότερα και ανώτερα συγκεκριμένων ορίων ποιότητας, όπως είναι η γραμμική πυκνότητα, προϊόντα είναι παράνομη και αδικαιολόγητη, όπως εξαρχής είναι παράνομη και αδικαιολόγητη η επιβολή υποχρέωσης σε προσφέροντες να προσφέρουν τα τυχόν λιγότερο ποιοτικά προϊόντά τους, ακόμη και αν διαθέτουν τέτοια. Και τούτο όχι γιατί απλώς περιορίζεται η ελευθερία τους προς κατάρτιση της προσφοράς τους, αλλά διότι ο περιορισμός αυτός είναι όλως αδικαιολόγητος, αφού βαίνει εις βάρος όλων, μεταξύ των οποίων και της αναθέτουσας. Περαιτέρω, όσον αφορά τον ισχυρισμό του προσφεύγοντος περί μη δυνατότητας της αναθέτουσας να μεταβάλει τον οικείο όρο δια τυχόν επεξηγηματικής ερμηνείας της, το πρώτον μετά την άσκηση της προσφυγής του, δια της οποίας ερμηνείας τυχόν η αναθέτουσα θα επικαλείτο ότι ο όρος θέσπισε απλώς ελάχιστο όριο και πέραν του ότι η αναθέτουσα δεν προέβη σε κάτι τέτοιο, αφενός ο προσβαλλόμενος όρος είναι σαφής και δεν επιτρέπει παρερμηνεία, θεσπίζει δε δια κατώτατου και ανώτατου ορίου, αποκλειστικό διάστημα για τις αποδεκτές τιμές γραμμικής πυκνότητας, αφετέρου ουδόλως είναι δυνατόν μεταγενέστερη της προσφυγής ερμηνεία όρου της διακήρυξης ή μεταβολή του περιεχομένου της ή αποσαφήνιση επικαλούμενης δια της προσφυγής ασάφειας, να επιδράσει ως προς την αποδοχή ισχυρισμού της προσφυγής, καθώς το εξεταστέο αντικείμενο, ήτοι οι προσβαλλόμενοι όροι κρίνονται ως είχαν κατά τον χρόνο της άσκησης της προσφυγής, ενώ όποια αποσαφήνιση προσβληθείσας ασάφειας, συνιστά απλώς συνομολόγηση του αντίστοιχου ισχυρισμού της προσφυγής. Εξάλλου, και αν ακόμη η αναθέτουσα, κατόπιν ασκήσεως προσφυγής,

μεταβάλει το περιεχόμενο προσβληθέντος όρου της διακήρυξης, τροποποιήσει ή ανακαλέσει εν μέρει αυτόν και τον αντικαταστήσει με άλλον τροποποιημένο είτε εν όλω είτε κατ' επικαλούμενη αποσαφήνιση και διευκρίνιση, τότε δεν επέρχεται απώλεια εννόμου συμφέροντος του προσφεύγοντος ως προς τον οικείο ισχυρισμό του, αλλά κατάργηση της εξέτασης, λόγω εν μέρει ανάκλησης της προσβαλλομένης, κατ' αναλογία εκ του άρ. 17 ΠΔ 39/2017, ήτοι με απόδοση του παραβόλου στον προσφεύγοντα, ειδικώς λόγω της ως άνω τροποποίησης ή αποσαφήνισης, που συνιστά ανάκληση του εσφαλμένου ή ασαφούς όρου και αντικατάστασή του με νέο αντίστοιχο, ορθό, διαφορετικό ή αποσαφηνισθέντα και περαιτέρω συνέχιση της εξέτασης επί των λοιπών ισχυρισμών της προσφυγής. Αντίθετη άποψη θα οδηγούσε σε αποτελέσματα παράλογα και αντίθετα στην αρχή της ίσης μεταχείρισης των ενώπιον της ΑΕΠΠ διαδίκων, αφού η αναθέτουσα θα είχε τη δυνατότητα να οδηγήσει την προσφυγή σε απόρριψη με όποια δυσμενή συνέπεια εις βάρος του προσφεύγοντος, όπως προεχόντως η κατάπτωση του παραβόλου, με μόνη την τροποποίηση ή αποσαφήνιση του προσβαλλόμενου αντικειμένου, άρα δια μιας επί της ουσίας συνομολόγησης της προσφυγής. Ούτε η αντίθετη άποψη δύναται να δικαιολογηθεί επί τη βάση του δικαιώματος των προσφευγόντων να παραιτηθούν από την προσφυγή, καθώς αυτό είναι ακριβώς δικαίωμα, ευχέρεια και δυνατότητα που απονέμεται στους προσφεύγοντες, χωρίς να δικαιολογείται να υποχρεώνονται αυτοί προς άσκησή της, επειδή τυχόν η αναθέτουσα, διόρθωσε σφάλμα που βάσιμα κατ' αποτέλεσμα, υπέδειξαν δια της προσφυγής ή αποσαφήνισε αντιστοίχως ασάφεια που ομοίως βάσιμα προέβαλαν, ενώ εξάλλου, ουδόλως οι προσφεύγοντες δύνανται να θεωρηθούν υποχρεωμένοι επί ποινή απορρίψεως της προσφυγής τους, μετά την υποβολή της προσφυγής τους και εν αναμονή πλέον Απόφασης της ΑΕΠΠ επ' αυτής, να παρακολουθούν την αναθέτουσα περί τυχόν τέτοιας ενέργειας, αποσαφήνισης ή τροποποίησης προσβληθέντος όρου. Επιπλέον, τα παραπάνω ουδόλως επηρεάζονται από το αν ο ανακληθείς, τροποποιηθείς ή αποσαφηνισθείς όρος, συνιστά ένα εκ περισσοτέρων προσβαλλομένων σημείων της διακήρυξης και ούτως δεν θα επέλθει απόρριψη της προσφυγής δια μόνου του ως άνω λόγου. Και τούτο, διότι η ως άνω λογική, κατά την οποία δεν μπορεί να αποφασίζεται το

παραδεκτό και βάσιμο της προσφυγής από μονομερείς ενέργειες της αναθέτουσας μετά την άσκησή της, είναι κοινή είτε πρόκειται για τον μόνο ισχυρισμό της προσφυγής είτε για το σύνολο των περισσότερων ισχυρισμών είτε για κάποιους εκ περισσότερων ισχυρισμών, πέραν του ότι το ζήτημα αν ο οικείος ισχυρισμός εξαντλεί το σύνολο των ισχυρισμών της προσφυγής είναι συμπτωματικό και δεν μπορεί να επηρεάζει τη νομική αντιμετώπιση της εκ των υστέρων τροποποίησης, ανάκλησης ή αποσαφήνισης από την αναθέτουσα, ενώ σε κάθε περίπτωση, η κατ' εσφαλμένη αντίθετη κρίση, απόρριψη έστω και ενός ισχυρισμού της προσφυγής, αποδυναμώνει τη θέση του προσφεύγοντος, αυξάνει την πιθανότητα απόρριψης της προσφυγής του και σε κάθε περίπτωση συνιστά άνιση μεταχείρισή του. Περαιτέρω, ο προκείμενος όρος ακόμη και αν θεωρείτο ως θεσπίζον δια της κατ' ανώτατον αποκλίσεως 10%, ελάχιστο απλά όριο για την τιμή της γραμμικής πυκνότητας, θα ήταν σε κάθε περίπτωση όλως αντιφατικός, δυσερμήνευτος, ασαφής και διακινδυνεύων την ίδια την αξιολόγηση των προσφορών, αφού δεν δύναται να νοηθεί ελάχιστο επί μιας τιμής, ποσοτικό όριο, που τίθεται ως ανώτατη απόκλιση επί μιας τιμής αναφοράς, με αποτέλεσμα να μην γίνεται κατανοητό ποια είναι εν τέλει η ελάχιστη τιμή με την οποία προϊόν θα κριθεί αποδεκτό, αυτή της κεντρικής τιμής αναφοράς ή της προς τα άνω απόκλισης (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 91/2018). Ούτως, ακόμη και αν η αναθέτουσα ενούσε δια της ως άνω διατύπωσης ελάχιστη και όχι αποκλειστική απαίτηση και πάλι ο ως άνω όρος, εκ του οποίου εξαρτάται η τύχη των προσφορών κατά την αξιολόγηση και η τυχόν αποδοχή ή απόρριψή τους, τυγχάνει ακυρωτέος, ως ασαφής, αντιφατικός και αόριστος, αφού πάντως ουδόλως τα ως άνω μπορούν να προκύψουν και δη μετ' ευχερείας, από την παραπάνω διατύπωση. Συνεπώς και υπό πάσα εκδοχή, πρέπει να γίνει δεκτός ο πρώτος λόγος της προσφυγής και να ακυρωθεί ο ως άνω όρος του άρθρου 1, της Ενότητας Α, του Μέρους Α του Παραρτήματος Β της διακήρυξης, καθ' ο μέρος περιλαμβάνει επί της αναφοράς της τιμής της γραμμικής πυκνότητας, το στοιχείο «+10%».

17. Επειδή, όσον αφορά τον τρίτο λόγο της τρίτης προσφυγής, προκύπτει ότι το Παράρτημα Β Μέρος Α Ενότητα Α, άρθρο 1 της διακήρυξης μεταξύ άλλων ορίζει ότι *«Η κατασκευάστρια του συνθετικού χλοοτάπητα θα είναι*

στη λίστα». Εκ του ως άνω όρου, μετά σαφηνείας ως εκ της παραπάνω διατύπωσης, τίθεται ως αναγκαία τεχνική προδιαγραφή του προσφερόμενου προϊόντος, ο κατασκευαστής του να ανήκει στη συγκεκριμένη λίστα. Ουδόλως δε προκύπτει ότι δύναται παραδεκτώως να προσφερθεί προϊόν κατασκευαστή που τυχόν ανήκει σε κατάταξη/πιστοποίηση από τη, ανώτερη της παραπάνω, όπως σε αυτή των Όμως, όπως είναι γνωστό κατά την κοινή πείρα και όσα αποδεικνύει δια των προσκομιζόμενων σχετικών του ο τρίτος προσφεύγων, ο κατασκευαστής του οποίου ανήκει στους, με αποτέλεσμα ο προσφεύγων να αποκλείεται από τον ως άνω όρο, η κατάταξη στη δεύτερη αυτή λίστα, υπάγεται σε πολύ αυστηρότερες προϋποθέσεις και καταδεικνύει ανώτερες ικανότητες και εμπειρία, συνιστά δε ανώτερη πιστοποίηση από αυτή των Είναι δε προδήλως αδικαιολόγητος περιορισμός συμμετοχής που αποκλείει προϊόντα προερχόμενα από ανώτερα πιστοποιημένους κατασκευαστές υπέρ προϊόντων προερχόμενων από κατασκευαστές ανήκοντες σε κατώτερες, αντίστοιχης φύσης και συστήματος, κατατάξεις και δη ενώ ο αποκλεισμός προκύπτει ακριβώς λόγω της ανώτερης πιστοποίησης του κατασκευαστή. Πολλώ δε μάλλον, αφού εν προκειμένω η κατάταξη στους δεν είναι απλώς ανώτερη, αλλά και προϋποθέτει οι κατασκευαστές προηγουμένως να άνηκαν επί σειρά ετών στην κατώτερη βαθμίδα των και εν συνεχεία να επέδειξαν συγκεκριμένα προσόντα για την προαγωγή τους στην παραπάνω, αποκλειόμενη από τον παραπάνω όρο, ανώτερη βαθμίδα κατάταξης. Επομένως, πρέπει, κατ' αποδοχή του τρίτου λόγου της τρίτης προσφυγής, να ακυρωθεί ο παραπάνω όρος καθ' ο μέρος αποκλείει προϊόντα κατασκευαστών που κατατάσσονται στους, ενώ εξάλλου, ακόμη και αν υποτεθεί ότι η αναθέτουσα σκοπούσε στη θέσπιση της ως άνω απαίτησης ως απλώς ελάχιστης, ουδόλως τούτο προκύπτει από την παραπάνω διατύπωση και συνεπώς, ακόμη και σε αυτή την περίπτωση, ο όρος θα ήταν τουλάχιστον ασαφής ως προς τη δυνατότητα αποδοχής προϊόντων κατασκευαστών που ανήκουν στους (η οποία δυνατότητα αποδοχής, εκ του γράμματος του παραπάνω όρου, προκύπτει ότι αποκλείεται).

18. Επειδή, όσον αφορά τον τέταρτο λόγο της τρίτης προσφυγής, το ως

άνω άρθρο 1 του Παραρτήματος Β της διακήρυξης περί προδιαγραφών του συνθετικού χλοοτάπητα, ορίζει ότι “Προς απόδειξη των παραπάνω χαρακτηριστικών θα κατατεθούν επί ποινή αποκλεισμού στο φάκελο τεχνικής προσφοράς.... 8. Έκθεση Εργαστηριακών Αποτελεσμάτων σχετικά με την απουσία βαρέων μετάλλων κατά EN-71-3:2013+A1:2014”, ενώ συγχρόνως απαιτεί και «Πιστοποιητικό συμμόρφωσης της κατασκευάστριας εταιρείας του τεχνητού χλοοτάπητα με τον Ευρωπαϊκό Κανονισμό 1907/2006 (REACH) σχετικά με συστατικά ή χημικές ουσίες που απαιτούν υψηλή προσοχή-substance of very high concern (SVHC) συνοδευμένο από αντίστοιχη έκθεση εργαστηριακών αποτελεσμάτων.». Ο δε τρίτος προσφεύγων αποδεικνύει ότι διαθέτει προϊόντα που φέρουν τη δεύτερη πιστοποίηση και όχι την πρώτη. Από το δε περιεχόμενο της διακήρυξης προκύπτει πως αφενός αμφότερα τα πιστοποιητικά ζητούνται σωρευτικά και όχι εναλλακτικά, αφετέρου ότι για κανένα εκ των δύο δεν προβλέπεται ισοδύναμο μέσο απόδειξης των οικείων χαρακτηριστικών που προκύπτουν από αυτά. Όμως, κατ’ άρ. 56 Ν. 4412/2016 προβλέπεται πρώτον, στην παρ. 1 αυτού, ότι « Αν οι αναθέτουσες αρχές απαιτούν την υποβολή πιστοποιητικών εκδιδόμενων από συγκεκριμένο οργανισμό αξιολόγησης της συμμόρφωσης, οφείλουν να δέχονται επίσης πιστοποιητικά από άλλους ισοδύναμους οργανισμούς αξιολόγησης της συμμόρφωσης.» και δεύτερον, στην παρ. 2 αυτού ότι «2. Οι αναθέτουσες αρχές δέχονται και άλλα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, εκτός από αυτά που αναφέρονται στην παρ. 1, όπως τον τεχνικό φάκελο του κατασκευαστή, εφόσον ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας δεν έχει πρόσβαση στα πιστοποιητικά ή στις εκθέσεις δοκιμών που αναφέρονται στην παράγραφο 1 ή δεν έχει τη δυνατότητα να τα αποκτήσει εντός των σχετικών προθεσμιών, υπό τους όρους ότι για την αδυναμία πρόσβασης δεν ευθύνεται ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας και ότι ο ίδιος αποδεικνύει ότι τα προς παροχή έργα, αγαθά και υπηρεσίες πληρούν τις απαιτήσεις ή τα κριτήρια που ορίζονται στις τεχνικές προδιαγραφές, τα κριτήρια ανάθεσης ή τους όρους εκτέλεσης της σύμβασης.». Εκ των ως άνω διατάξεων, προκύπτει ότι ουδόλως είναι δυνατόν να τίθενται όροι τεχνικών προδιαγραφών που συνίστανται σε πιστοποιήσεις και εκθέσεις εργαστηριακών ελέγχων, συνταγμένες, εκδοθείσες και διενεργηθείσες βάσει

ενός ή περισσότερων, αποκλειστικά οριζόμενων συγκεκριμένων προτύπων. Αλλά, θα πρέπει να γίνονται ισοδυνάμως δεκτές προσφορές, εφόσον είτε συνοδεύονται από εργαστηριακούς ελέγχους συνταγμένους και αφορώντες δοκιμές διενεργηθείσες με άλλο πρότυπο, εφόσον ο έλεγχος αποκρίνεται στο αποδεικτικό ζητούμενο του οικείου όρου, ήτοι τα τεχνικά χαρακτηριστικά προς την απόδειξη των οποίων σκοπεί η διακήρυξη με την ως άνω απαίτηση ελέγχου (πρβλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 744/2018) είτε συνυποβάλλεται με την προσφορά οποιοδήποτε αποδεικτικό μέσο, το οποίο εν τέλει είναι επαρκές για την επίτευξη ισοδυνάμου αποτελέσματος, ήτοι την απόδειξη συνδρομής του ζητούμενου τεχνικού χαρακτηριστικού, προς την οποία σκοπεί η απαίτηση του οικείου εργαστηριακού ελέγχου. Κατά το δε άρ. 54 Ν. 4412/2016 περί τεχνικών προδιαγραφών, το οποίο ορίζει τα γενικώς ισχύοντα περί τεχνικών προδιαγραφών (ενώ το άρ. 56 αφορά το ειδικότερο, εντός του ζητήματος των τεχνικών προδιαγραφών, θέμα των εργαστηριακών ελέγχων προς απόδειξη των προδιαγραφών) και επομένως συμπληρώνει το άρ. 56, το οποίο πρέπει να συνερμηνεύεται μετά των γενικών κανόνων του άρ. 54, προβλέπεται ότι «2. Οι τεχνικές προδιαγραφές εξασφαλίζουν ισότιμη πρόσβαση των οικονομικών φορέων στη διαδικασία σύναψης σύμβασης και δεν έχουν ως αποτέλεσμα τη δημιουργία αδικαιολόγητων εμποδίων στο άνοιγμα των δημόσιων συμβάσεων στον ανταγωνισμό. 3. Οι τεχνικές προδιαγραφές διατυπώνονται με έναν από τους κατωτέρω τρόπους: α) ως επιδόσεις ή λειτουργικές απαιτήσεις, συμπεριλαμβανομένων των περιβαλλοντικών χαρακτηριστικών, υπό την προϋπόθεση ότι οι παράμετροι είναι επαρκώς προσδιορισμένες ώστε να επιτρέπουν στους προσφέροντες να προσδιορίζουν το αντικείμενο της σύμβασης και στις αναθέτουσες αρχές να αναθέτουν τη σύμβαση, β) με παραπομπή σε τεχνικές προδιαγραφές και, με σειρά προτεραιότητας, σε εθνικά πρότυπα που αποτελούν μεταφορά ευρωπαϊκών προτύπων, σε ευρωπαϊκές τεχνικές εγκρίσεις, σε κοινές τεχνικές προδιαγραφές, σε διεθνή πρότυπα, σε άλλα τεχνικά συστήματα αναφοράς που έχουν θεσπιστεί από ευρωπαϊκούς οργανισμούς τυποποίησης ή -όταν αυτά δεν υπάρχουν- σε εθνικά πρότυπα, σε εθνικές τεχνικές εγκρίσεις ή σε εθνικές τεχνικές προδιαγραφές στον τομέα του σχεδιασμού, του υπολογισμού και της εκτέλεσης των έργων και της

χρησιμοποίησης των αγαθών, κάθε παραπομπή συνοδεύεται από τον όρο ή «ισοδύναμο»,... 5. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα παραπομπής στις τεχνικές προδιαγραφές που αναφέρονται στην περίπτωση β΄ της παρ. 3, δεν απορρίπτει προσφορά με την αιτιολογία ότι τα προσφερόμενα έργα, αγαθά ή οι υπηρεσίες δεν πληρούν τις τεχνικές προδιαγραφές στις οποίες έχει παραπέμψει, εφόσον ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων των αποδεικτικών μέσων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι οι λύσεις που προτείνει πληρούν κατά ισοδύναμο τρόπο τις απαιτήσεις που καθορίζονται από τις τεχνικές προδιαγραφές. 6. Όταν η αναθέτουσα αρχή χρησιμοποιεί τη δυνατότητα που αναφέρεται στην περίπτωση α΄ της παρ. 3 για τη διατύπωση των τεχνικών προδιαγραφών με αναφορά στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις, δεν απορρίπτει προσφορά έργων, αγαθών ή υπηρεσιών που πληρούν ένα εθνικό πρότυπο το οποίο αποτελεί μεταφορά ευρωπαϊκού προτύπου, μία ευρωπαϊκή τεχνική έγκριση, μία κοινή τεχνική προδιαγραφή, ένα διεθνές πρότυπο ή ένα τεχνικό πλαίσιο αναφοράς που έχει εκπονηθεί από έναν ευρωπαϊκό οργανισμό τυποποίησης, εφόσον οι εν λόγω προδιαγραφές καλύπτουν τις επιδόσεις ή τις λειτουργικές απαιτήσεις που ορίζει. Ο προσφέρων αποδεικνύει στην προσφορά του, με κάθε ενδεδειγμένο μέσο, συμπεριλαμβανομένων και εκείνων που αναφέρονται στο άρθρο 56, ότι το έργο, η αγαθό ή η υπηρεσία που πληροί το πρότυπο ανταποκρίνεται στις επιδόσεις ή στις λειτουργικές απαιτήσεις τις οποίες έχει ορίσει η αναθέτουσα αρχή.». Επομένως, από τη συνδυαστική θεώρηση του άρ. 54 με το άρ. 56 Ν. 4412/2016 (βλ. και Οδηγία 2014/24/ΕΕ, Προοίμιο, σημ. 74) και δη εκ της αρχής της τεχνικής ουδετερότητας ως προς την εξέταση πλήρωσης τεχνικών προδιαγραφών, μέσα απόδειξης των οποίων είναι και οι κατ' άρ. 56 εργαστηριακοί έλεγχοι (όπου παραπέμπει το άρ. 54), η οποία αρχή ιδρύεται εκ του άρ. 54 Ν. 4412/2016 κατά τα ως άνω, προκύπτει ότι δεν μπορεί να τίθεται όρος διακήρυξης που αποκλείει τη δυνατότητα των μετεχόντων να υποβάλλουν οιαδήποτε αποδεικτικά μέσα προς απόδειξη της εκ μέρους τους πλήρωσης των τεχνικών προδιαγραφών, αρκεί τα μέσα αυτά να είναι κατάλληλα και επαρκή για την επίτευξη ισοδυνάμου με τα καταρχήν ζητούμενα προς απόδειξη των προδιαγραφών αυτών, αποτελέσματος, ήτοι να δύνανται να

αποδείξουν το αυτό με ό,τι θα αποδεικνυόταν από το καταρχήν απαιτούμενο αποδεικτικό μέσο. Εφόσον δε η πλήρωση αυτή καταρχήν ορίζεται ως απαίτηση προσκόμισης ελέγχου βάσει συγκεκριμένου προτύπου, κάθε στοιχείο που αποδεικνύει τα ίδια με όσα αποδεικνύει ο απαιτούμενος έλεγχος θα πρέπει να θεωρείται ισοδύναμο αποδεικτικό μέσο, αρκεί να προκύπτει ότι το υπό κρίση προϊόν φέρει χαρακτηριστικά που θα του επέτρεπαν την πιστοποίηση με τον ζητούμενο έλεγχο, αν τον είχε διέλθει. Βάσει δε του γράμματος του άρ. 54 και της συστηματικής ερμηνείας του άρ. 56 στο πλαίσιο των οριζομένων από την πρώτη ως άνω διάταξη, η πρόβλεψη του άρ. 56 παρ. 2 περί επιφυλάξεως της δυνατότητας προσκόμισης, όχι μόνο ισοδύναμου προτύπου (η οποία ευχέρεια θεσπίζεται στην παρ. 1 του άρ. 56 άνευ περιορισμού και περαιτέρω υποχρεώσεων), αλλά οιαδήποτε άλλου κατάλληλου αποδεικτικού μέσου, υπό τον όρι ότι ο οικονομικός φορέας *«δεν έχει πρόσβαση στα πιστοποιητικά ή στις εκθέσεις δοκιμών που αναφέρονται στην παράγραφος 1 ή δεν έχει τη δυνατότητα να τα αποκτήσει εντός των σχετικών προθεσμιών, υπό τους όρους ότι για την αδυναμία πρόσβασης δεν ευθύνεται ο ενδιαφερόμενος οικονομικός φορέας...»*, θα πρέπει να ερμηνεύεται στενά και με τρόπο που δεν παρεμποδίζει το δικαίωμα των οικονομικών φορέων να αποδεικνύουν την πλήρωση των προδιαγραφών με κάθε πρόσφορο και επαρκές μέσο, κατά τον κανόνα του άρ. 54. Επομένως, η περίπτωση της αδυναμίας πρόσβασης ή απόκτησης των οικείων πιστοποιητικών ή εκθέσεων δοκιμών θα πρέπει καταρχήν να καταγνώσκειται σε κάθε περίπτωση, όπου προκύπτει η υποβολή αντί ελέγχου βάσει του ζητούμενου ή ισοδύναμου προτύπου, έτερων αποδεικτικών μέσων ως προς την ισοδύναμη απόδειξη, χωρίς ανάγκη τυχόν πανηγυρικής δήλωσης του προσφέροντος στην προσφορά του. Σημειωτέον δε, ότι η ως άνω επιφύλαξη μη ίδιας ευθύνης του προσφέροντος τίθεται αποκλειστικά ως προς την τυχόν μη πρόσβασή του στα πιστοποιητικά και τις εκθέσεις δοκιμών, ήτοι για την περίπτωση στην οποία υπάρχουν αυτά για το προσφερόμενο προϊόν του, αλλά δεν τα προσκόμισε και όχι και για την έτερη περίπτωση της αδυναμίας απόκτησής τους, ήτοι όταν το προϊόν είτε δεν έχει εισέτι υποβληθεί στον αντίστοιχο έλεγχο είτε έχει υποβληθεί αλλά δεν έχει εκδοθεί ακόμη η οικεία έκθεση ή πιστοποιητικό. Και ναι μεν στην ως άνω πρώτη

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

περίπτωση, ευλόγως απαιτείται να μην προκύπτει ότι ο οικονομικός φορέας είτε σκοπίμως είτε εξ αμελείας δεν υποβάλλει πιστοποίηση που ήδη κατέχει το προϊόν του (και δεν προκύπτει τέτοια ευθύνη, όταν δεν είναι ο ίδιος ο κατασκευαστής και τυχόν προκύπτει ότι ο χρόνος μεταξύ γνώσης της διακήρυξης και λήξης της προθεσμίας υποβολής προσφορών δεν ήταν επαρκής για να σταλεί ο έλεγχος από τον κατασκευαστή ή το εργαστήριο), καθιστώντας περίπλοκο ούτως το έργο της αξιολόγησης της προσφοράς τους ή ακόμη και διακινδυνεύοντας τυχόν μη διάγνωση ελλείψεων του αγαθού, από την αναθέτουσα αρχή. Τονίζεται δε ότι η απαίτηση περί μη ίδιας ευθύνης αφορά τον ίδιο τον μετέχοντα στη διαδικασία ανάθεσης δημόσιας σύμβασης και όχι τον τυχόν έτερο αυτού, κατασκευαστή, οπότε η τυχόν βραδύτητα του τελευταίου να αποστείλει ή να μεριμνήσει για να αποσταλεί από το οικείο εργαστήριο, η όποια πιστοποίηση ή έκθεση ελέγχου, δεν δύναται να θεωρηθεί ως ίδια ευθύνη του προσφέροντος, κατά την έννοια του άρ. 56 παρ. 2 Ν. 4412/2016 και επομένως δεν κωλύει την παραδεκτή εκ μέρους του τελευταίου επίκληση άλλων κατάλληλων αποδεικτικών μέσων, πλην του ζητούμενου ελέγχου ή ελέγχου βάσει ισοδυνάμου προτύπου. Στη δεύτερη όμως περίπτωση περί αδυναμίας απόκτησης, καταρχήν είναι αδύνατον ή δυσχερώς δυνατόν να τεθεί ζήτημα «ευθύνης» του οικονομικού φορέα για τη μη απόκτηση τέτοιου πιστοποιητικού, αφού είναι αδύνατον ένας οικονομικός φορέας να γνωρίζει τις απαιτήσεις της διακήρυξης προ της δημοσίευσής της, ενώ εξάλλου το εκ του νόμου ελάχιστο διάστημα μεταξύ δημοσίευσης διακήρυξης και υποβολής προσφορών δεν είναι κατά κοινή πείρα επαρκές για την υποβολή προϊόντος σε εργαστηριακό έλεγχο και την έκδοση οικείου πιστοποιητικού. Συνεπώς, στην περίπτωση όπου δεν υφίσταται για το προϊόν ο ζητούμενος έλεγχος, ίδια ευθύνη του προσφέροντος που αποκλείει τη δυνατότητά του να επικαλεστεί κατ' άρ. 56 παρ. 2 Ν. 4412/2016 άλλα κατάλληλα αποδεικτικά μέσα, δύναται να προκύψει μόνο όταν μεταξύ της δημοσίευσης της διακήρυξης και του καταληκτικού χρόνου υποβολής προσφορών μεσολαβεί ευρύ χρονικό διάστημα, το οποίο είναι επαρκές κατά τη συνήθη πορεία των πραγμάτων και λαμβανομένων υπόψη των ιδιαιτεροτήτων του ανά περίπτωση ζητούμενου ελέγχου (όπως επί παραδείγματι, αν είναι δυνατόν να εκτελεστεί εντός της χώρας, αν απαιτεί

πολλαπλές δοκιμασίες, αν συνίσταται σε εκτεταμένο εύρος δοκιμασιών ή μεγάλο αριθμό επαληθεύσεων και αν, εν γένει συνιστά χρονοβόρα διαδικασία ο έλεγχος, η εξαγωγή αποτελεσμάτων και περαιτέρω η επαλήθευση, καταγραφή, αντιπαραβολή τους με τα ανά περίπτωση όρια που τίθενται βάσει του τυχόν προτύπου ή του ισοδυνάμου του και επιπλέον τη σύνταξη, έκδοση και αποστολή του ελέγχου από το εργαστήριο με καταληκτικό προορισμό τον ίδιο τον προσφέροντα και όχι τον κατασκευαστή του) για τη διέλευση του προϊόντος από τον ζητούμενο έλεγχο και την έκδοση του οικείου πιστοποιητικού, ως και την παραλαβή του από τον ίδιο τον προσφέροντα. Σημειωτέον δε, ότι τα ως άνω θα πρέπει να κρίνονται ανά περίπτωση και με βάση τυχόν την ύπαρξη ισοδυνάμων ελέγχων και των ειδικών στοιχείων αυτών (ήτοι να λαμβάνεται υπόψη για τη δυνατότητα απόκτησης εντός του ως άνω χρονικού διαστήματος προ της υποβολής προσφορών, η τυχόν αδυναμία διέλευσης από ισοδύναμο έλεγχο), όπως και από τον εύλογα αναμενόμενο χρόνο γνώσης της διακήρυξης και των απαιτήσεων της κατόπιν της δημοσιεύσεώς της, ο οποίος εξάλλου κατά νόμο και όσον αφορά την ίδια την άσκηση προδικαστικής προσφυγής, ορίζεται σε 15 ημέρες από τη δημοσίευση στο ΚΗΜΔΗΣ. Εξάλλου, εφόσον ο νομοθέτης θεωρεί αυτό το διάστημα ως εύλογο για τη λήψη γνώσης της διακήρυξης, ως προς την προσβολή της με προδικαστική προσφυγή, δεν είναι δυνατόν η τυχόν αναθέτουσα να υπολαμβάνει ότι ο χρόνος αυτός είναι συντομότερος για τον σκοπό εκκίνησης διαδικασίας ελέγχου του προϊόντος, προς απόκτηση της οικείας πιστοποίησης ή έκθεσης ελέγχου. Τα ως άνω ισχύουν βέβαια, με εξαίρεση όπου από άλλο στοιχείο προκύπτει γνώση της διακήρυξης προ του ως άνω χρόνου. Επιπλέον, έτερο κρίσιμο στοιχείο ως προς την έλλειψη ίδιας ευθύνης για τη μη απόκτηση του ζητούμενου ή ισοδυνάμου ελέγχου, είναι και το τυχόν κόστος απόκτησης, καθώς ενδέχεται και είναι σύνηθες για πολλά είδη ελέγχων, η οικεία διαδικασία να είναι ιδιαίτερα δαπανηρή. Ούτως, το ίδιο το τυχόν κόστος του συγκεκριμένου ή των εναλλακτικών ισοδύναμων ελέγχων ως προς την αξία της υπό ανάθεση σύμβασης συνιστά στοιχείο που δύναται να δικαιολογήσει την άνευ ίδιας ευθύνης αδυναμία απόκτησης του ελέγχου, ανεξαρτήτως χρονικών περιθωρίων, καθώς δεν είναι δυνατόν να συναχθεί ότι οι προσφέροντες απαιτείται να δαπανήσουν και να επενδύσουν εκ των προτέρων

ένα σοβαρό ποσό για τον μόνο λόγο της κάλυψης των προδιαγραφών της διακήρυξης, παρότι το προϊόν που προσφέρουν διαθέτει τα ζητούμενα χαρακτηριστικά, αλλά δεν διαθέτουν τον ζητούμενο έλεγχο ή ισοδύναμό του. Αντίθετη ερμηνεία εξάλλου, θα δυσχέραινε και τη συμμετοχή μικρομεσαίων επιχειρήσεων στις διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, παρότι η προώθηση της συμμετοχής τους συνιστά θεσμικό στόχο του οικείου πλαισίου (βλ. και Απόφαση ΑΕΠΠ 39/2017) και δη ασυνδέτως ως προς την καταλληλότητα των προσφερόμενων εξ αυτών αγαθών. Περαιτέρω, δεν είναι δυνατόν να συγκροτηθεί ή υποτεθεί ίδια ευθύνη για τη μη απόκτηση των ως άνω ελέγχων κατά την έννοια του άρ. 56 παρ. 2 Ν. 4412/2016, επί τη βάσει της τυχόν συχνότητας απαίτησης του οικείου προτύπου ελέγχου σε αντίστοιχες διαδικασίες ανάθεσης δημοσίων συμβάσεων, την τυχόν εμπειρία του προσφέροντος σε τέτοιες συμβάσεις και την εξοικείωσή του με τις διαδικασίες ανάθεσής τους, καθώς αυτά συνιστούν όλως υποκειμενικά, υποθετικά και συμπτωματικά στοιχεία, ενώ μάλιστα, δεν είναι δυνατόν να αναμένεται από τους ενδιαφερομένους για συμμετοχή να εικάζουν εκ των προτέρων τους όρους των διαδικασιών και να συλλέγουν εκ των προτέρων ελέγχους, πιστοποιήσεις και πρότυπα, δαπανώντας σημαντικό κεφάλαιο, εν αναμονή συγκεκριμένης απαίτησής τους από κάποια μελλοντική διακήρυξη. Αντίθετη άποψη πάντως, επιτρέπει τον αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού σε οικονομικούς φορείς, η επιλογή των οποίων προσδιορίζεται εξ αρχής από τυχόν όρους της ανά περίπτωση διακήρυξης (και δη όχι αμέσως, λόγω αυτών καθαυτών φωτογραφικών προδιαγραφών, αλλά εμμέσως πλην επαρκώς, λόγω απαίτησης για συγκεκριμένους ελέγχους απόδειξης προδιαγραφών, η απόκτηση των οποίων ή ισοδυνάμων αυτών δεν είναι δυνατή εντός του ευλόγου χρόνου προετοιμασίας της προσφοράς από κάθε εύλογο ενδιαφερόμενο προς συμμετοχής) ή για οιονδήποτε λόγο, γνώριζαν εκ των προτέρων τους όρους αυτής και ούτως, είχαν τη δυνατότητα να προετοιμαστούν. Όλες οι ως άνω κατ' άρ. 54 και 56 Ν. 4412/2016 ευχέρειες εναλλακτικής ισοδύναμης απόδειξης, αρκεί να προκύπτουν από τη διακήρυξη με τη μνεία περί επιτρεπτής προσκόμισης ισοδυνάμου ως προς τις ζητούμενες προδιαγραφές, εργαστηριακούς ελέγχους, δοκιμές και πιστοποιήσεις, πρόβλεψη που εξάλλου

καλύπτει παραδεκτώως κατ' εύλογη κρίση, την υποβολή τόσο ισοδύναμων προτύπων κατ' άρ. 56 παρ. 1, όσο και άλλων κατάλληλων αποδεικτικών μέσων κατά το άρ. 56 παρ. 2 Ν. 4412/2016. Η συνθήκη όμως αυτή δεν συντρέχει εν προκειμένω και ούτως, ο προσβαλλόμενος όρος πάσχει, προσκρούει στα άρ. 54 και 56 Ν. 4412/2016 και κατ' αποτέλεσμα περιορίζει αδικαιολόγητα τον ανταγωνισμό. Επιπλέον των ανωτέρω, η ταυτόχρονη υποχρέωση υποβολής περισσότερων σωρευτικά ζητούμενων αποδεικτικών μέσων (εκ των οποίων ο προσφεύγων τυχόν διαθέτει μόνο κάποιον και όχι άλλα), για το αυτό αποδεικτικό αντικείμενο, όπως προκύπτει εν προκειμένω, ήτοι και ελέγχου βάσει του EN 71-3 και ελέγχου βάσει του REACH, αφενός καταργεί την όποια δυνατότητα υποβολής ισοδύναμου, αφού το ισοδύναμο ζητείται αυτοτελώς και επομένως δεν μπορεί να χρησιμοποιηθεί προς πλήρωση και των δύο αυτοτελών απαιτήσεων, αφετέρου συνιστά και προς τούτο αδικαιολόγητο περιορισμό του ανταγωνισμού, αφού επιβαρύνονται οι προσφέροντες με απαιτήσεις κατοχής περισσότερων ελέγχων για το ίδιο ζήτημα, με αποτέλεσμα να αποκλείονται καθ' όλα κατάλληλα και πληρούντα το προς απόδειξη ζητούμενο, προϊόντα και δη ενώ έχουν πιστοποιηθεί με εργαστηριακό έλεγχο που απαιτεί η ίδια η διακήρυξη, για τον μόνο λόγο ότι δεν διαθέτουν και έτερο σωρευτικό έλεγχο για το ίδιο ζήτημα. Επομένως, η διακήρυξη αποκλείουσα εν προκειμένω τις ως άνω ευχέρειες, είναι παράνομη και αντίκειται στα άρ. 54 και 56 Ν. 4412/2016, ενώ περαιτέρω περιορίζει δια της θεσπίσεως της ως άνω απαίτησης για συγκεκριμένο έλεγχο, κατ' αποκλειστικό τρόπο, τον ανταγωνισμό αδικαιολογήτως, αφού ούτως αποκλείει καθ' όλα κατάλληλα και πληρούντα τυχόν το αποδεικτικό ζητούμενο, ήτοι τις αποδεικνυόμενες εξ αυτού του προτύπου προδιαγραφές και χαρακτηριστικά, για τον μόνο λόγο ότι το προϊόν δεν έχει διέλθει του συγκεκριμένου είδους ελέγχου με βάση το συγκεκριμένο πρότυπο.

19. Επειδή περαιτέρω, ο ως άνω όρος και δη η απαίτηση για έλεγχο με βάση το πρότυπο EN 71-3 προς απόδειξη απουσίας βαρέων μετάλλων, είναι παράνομος για τον πρόσθετο λόγο, ότι επικαλύπτεται από σωρευτική απαίτηση για έτερο πιστοποιητικό ελέγχου με βάση το πρότυπο REACH. Το πρότυπο REACH απορρέει από τον ομώνυμο Κανονισμό 1907/2006 και θεσπίστηκε με

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

σκοπό την προστασία της ανθρώπινης υγείας και του περιβάλλοντος από τους κινδύνους που μπορεί να ενέχουν τα χημικά προϊόντα και, παράλληλα, την ενίσχυση της ανταγωνιστικότητας της βιομηχανίας χημικών προϊόντων της ΕΕ. Ο Κανονισμός REACH ισχύει για όλες τις χημικές ουσίες, δηλαδή όχι μόνο αυτές που χρησιμοποιούνται σε βιομηχανικές διεργασίες αλλά και αυτές που χρησιμοποιούνται στην καθημερινή ζωή. Η δήλωση τέτοιων ουσιών κατά REACH, κατά το άρθρο 57 Κανονισμού 1907/2006, αποτελεί προϋπόθεση για την εισαγωγή κάθε προϊόντος από χημικές ουσίες στην ΕΕ. Το πρότυπο REACH εκδίδεται βάσει ελέγχου που εξετάζει την ίδια σύσταση του προϊόντος με ειδικές εξετάσεις χρωματογραφίας, φασματογραφίας, φασματοφωτομέτρησης και εξειδικευμένες εξετάσεις επί της ίδιας της χημικής σύστασης του προϊόντος, βάσει απαιτήσεων που θέτει ο ως άνω ενωσιακός Κανονισμός ως προς 181 δυνητικά επικίνδυνες ουσίες, μέταλλα, χημικά, καρκινογενή, βιοσυσσωρευμένα τοξικά, μαζί με την εν γένει τοξικότητα και άλλα στοιχεία επικίνδυνα για την υγεία, μεταξύ άλλων εξετάζει κάδμιο, μόλυβδο, πυριτικό οξύ, τιτάνιο, αρσενικό, στρόντιο χρώμιο, κοβάλτιο, ποτάσσιο, αμμώνιο, νάτριο, βορικό οξύ, πίσσα, μολυβδένιο, όλα αυτά σε διάφορες ενώσεις με άλλα επικίνδυνα μέταλλα, οργανικές και ανόργανες. Επομένως, το πρότυπο REACH που σωρευτικά απαιτεί η διακήρυξη καλύπτει ακριβώς το ίδιο αντικείμενο και υπερκαλύπτει δε, τα αποδεικνυόμενα από το EN 71-3, όσον αφορά την προστασία από βαρέα μέταλλα. Κατ' αποτέλεσμα, στον βαθμό που το σκοπούμενο δια της προσβαλλόμενης απαίτησης περί EN 71-3 συνίσταται στην απόδειξη απουσίας βαρέων μετάλλων, το σωρευτικά ζητούμενο πρότυπο REACH καλύπτει πλήρως το αποδεικτικό ζητούμενο και επομένως, η απαίτηση για EN 71-3 είναι εκτός των άλλων και περιττή και άρα όλως αδικαιολόγητη ως αυτοτελής περιορισμός του ανταγωνισμού και λόγος αποκλεισμού προϊόντων που καλύπτουν τις απαιτήσεις του έτερου σωρευτικά απαιτούμενου προτύπου REACH. Πέραν τούτου όμως, όπως ήδη κρίθηκε ad hoc ως προς το ζήτημα της απαίτησης για έλεγχο με βάση το πρότυπο EN 71-3, όσον αφορά προϊόν συνθετικού χλοοτάπητα (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 910-911, 914-915/2018), ασχέτως όλων των παραπάνω, ήτοι της μη πρόβλεψης εν προκειμένω για ισοδύναμο και της σωρευτικής απαίτησής του με το πρότυπο REACH, το πρότυπο EN 71-3

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

συνιστά εξ αντικειμένου ακατάλληλο και ασύνδετο με το αντικείμενο του συνθετικού χλοοτάπητα και τον εκ του προϊόντος αυτού εξυπηρετούμενο σκοπό, πρότυπο εργαστηριακού ελέγχου, υπερβαίνει δε το ανάλογο, αναγκαίο και κατάλληλο μέτρο για τη διασφάλιση των ευλόγων συμφερόντων των αναθετουσών βάσει της σκοπούμενης και προοριζόμενης χρήσης των ζητούμενων υλικών και προϊόντων συνθετικού χλοοτάπητα. Τούτο διότι το πρότυπο αυτό, θεσπίστηκε ως μέσο εφαρμογής και ελέγχου τήρησης των ενωσιακών νομοθετημάτων για την ασφάλεια παιδικών παιχνιδιών, κατά τις Οδηγίες 2009/48/ΕΚ και 88/375/ΕΟΚ, στο πεδίο εφαρμογής των οποίων δεν ανήκουν οι συνθετικοί χλοοτάπητες και εξετάζει τη μετανάστευση ουσιών στο ανθρώπινο σώμα, από βρώση, κατάποση, πέψη ή παρατεταμένη επαφή με ευαίσθητα σημεία του σώματος και με ειδική επικέντρωση στο ασύνδετο με τον σκοπό και τη χρήση του συνθετικού χλοοτάπητα, στόχο της ασφάλειας των παιδιών από παιδικά παιχνίδια. Προορίζεται για την εξέταση όχι κάθε είδους προϊόντος, ουδόλως δε για υλικά κάλυψης επιφανειών, όπως οι συνθετικοί χλοοτάπητες, αλλά ειδικώς και συγκεκριμένα για παιδικά παιχνίδια, κατά την ειδική έννοια που ορίζονται αυτά από τις Οδηγίες 2009/48/ΕΚ και 88/375/ΕΟΚ και κατά τις οποίες οι συνθετικοί χλοοτάπητες δεν υπάγονται στο πεδίο εφαρμογής τους, σύμφωνα με τα ανωτέρω (βλ. Αποφάσεις ΑΕΠΠ 910-911/2018, σκ. 36 με αναλυτική παραπομπή και υπαγωγή σε διατάξεις των παραπάνω οδηγιών). Κατ' αποτέλεσμα (Αποφάσεις ΑΕΠΠ 914-915/2018, σκ. 23 και 910-911/2018, σκ. 36 και βλ. και σκ. 37 με αναλυτική εκεί απόδειξη του αβασίμου των ισχυρισμών της εκεί αναθέτουσας αρχής και των επικαλούμενων στοιχείων της περί εγγράφου της ΕΣΤΟ), ασχέτως άλλων παρανομιών του προκείμενου όρου, εν γένει και εξαρχής η απαίτηση για έλεγχο με βάση το πρότυπο EN 71-3 όσον αφορά συνθετικούς χλοοτάπητες, όπως και για κάθε τυχόν ισοδύναμο αυτού πρότυπο (ήτοι περί προδιαγραφών προστασίας από μετανάστευση ουσιών στο ανθρώπινο σώμα βάσει χρήσης ως παιδικού παιχνιδιού), άρα ανεξαρτήτως πρόβλεψης ή μη ισοδυνάμου στη διακήρυξη, προκύπτει ως ασυσχέτιστη με τα ζητούμενα υλικά και το ως άνω πρότυπο ουδόλως σκοπεύει εκ φύσεως και σκοπού του να διέπει και άρα να συνιστά υποχρεωτικό ή έστω προαιρετικό όρο για την κυκλοφορία συνθετικών

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

χλοοταπήτων. Τα δε εξεταστέα εξ αυτού του προτύπου αντικείμενα, κριτήρια, τιμές αναφοράς και διερευνώμενες ουσίες έχουν διαπλασθεί με απόκριση σε εντελώς διαφορετικού είδους, χρήσης και προορισμού προϊόντα, με συνέπεια, μεταξύ άλλων, ούτε η απαίτησή του να καλύπτει κάποιον εύλογο σκοπό ούτε να εξυπηρετεί κάποιον σκοπό σχετικό με το προκείμενο συμβατικό αντικείμενο και την καλή εκτέλεση και περαιτέρω χρήση του στόχο. Εξάλλου, όπως βάσιμα ισχυρίζεται ο προσφεύγων, δεν είναι δυνατόν να αναμένεται ευλόγως από έναν κατασκευαστή, προμηθευτή ή διακινητή προϊόντων και υλικών συνθετικού χλοοτάπητα να υποβάλλει τα υλικά του σε έναν τέτοιο ασυσχέτιστο με τον σκοπό και το οικείο ρυθμιστικό πλαίσιο τους, έλεγχο, προκειμένου να τα εμπορεύεται και να τα διακινεί στο πλαίσιο της διεθνούς αγοράς. Συνεπώς, αφενός η παραπάνω απαίτηση, ανεξαρτήτως προβλέψεως της μετά ισοδυνάμου ή άνευ, περιορίζει τον ανταγωνισμό και μάλιστα ακόμη περισσότερο από μια συνήθη και αρμόζουσα και επομένως, αναμενόμενη για το συγκεκριμένο προϊόν προδιαγραφή και πρότυπο, ακριβώς διότι δεν είναι αναμενόμενο να ζητείται και εν γένει να αξιολογείται στα πλαίσια της εν γένει εμπορικής δραστηριότητας πωλήσεων τέτοιου προϊόντος. Αφετέρου, δεν σχετίζεται κατά τα ως άνω με κάποιο ρυθμιστικό πλαίσιο που διέπει το συγκεκριμένο προϊόν, αλλά ούτε τα επιμέρους κριτήρια του ελέγχου αυτού συναρτώνται με τυχόν απαραίτητες ή χρήσιμες ιδιότητες ασφαλείας που το προϊόν αυτό θα πρέπει ή θα ήταν εύλογο και ωφέλιμο να έχει κατά τον προοριζόμενο σκοπό του, αφού αυτές οι ιδιότητες που εξετάζονται με το ως άνω πρότυπο έχουν επιλεγεί και αφορούν προϊόντα που τελούν σε όλως διαφορετική χρήση, κατ' αποτέλεσμα της οποίας η μετανάστευση των οικείων ουσιών στο ανθρώπινο σώμα διερευνάται υπό το φως αυτής ακριβώς της χρήσης ως παιχνιδιού από παιδιού και των κινδύνων που αυτή, και όχι η προκείμενη, χρήση ενέχει. Επομένως, ο παραπάνω περιορισμός του ανταγωνισμού και ο αποκλεισμός που επέρχεται επί του προσφεύγοντος δεν ερείδονται και δεν στοιχειοθετούνται επί ενός ευλόγου και θεμιτού σκοπού, συσχετιζόμενου με το προκείμενο συμβατικό αντικείμενο και ούτως, τελούν σε δυσαναλογία ως προς αυτό, ελλείπει αναγκαιότητας, καταλληλότητας προς απόδειξη ιδιοτήτων που σχετίζονται όντως με το ζητούμενο υλικό και εν τέλει εν

στενεί εννοίας αναλογικότητας, αφού επέρχεται σημαντικός μεν περιορισμός του ανταγωνισμού προς όφελος μιας συνθήκης (ότι μικρά παιδιά θα χρησιμοποιήσουν τα κομμάτια του χλοοτάπητα για παιχνίδι) που δεν συνδέεται με τον σκοπό της σύμβασης και τον εκ φύσεως προορισμό του υλικού (όπως αντίστοιχα, εξάλλου, ισχύει για κάθε δομικό υλικό της επιφάνειας ενός κάθε είδους γηπέδου αθλητικής χρήσης, βλ. ανωτέρω). Η δε θεσμική αναγνώριση του προτύπου EN 71-3 για τα ζητήματα που καλύπτει, ήτοι τα παιδικά παιχνίδια, είναι όλως άσχετη, καθώς ουδόλως αμφισβητείται η αποδεικτική αξία, χρησιμότητα και εύλογη απαίτησή του, εφόσον όμως απαιτείται για τα προϊόντα για τον έλεγχο των οποίων δημιουργήθηκε και για τη διασφάλιση εφαρμογής νομοθεσίας που διέπει τα προϊόντα αυτά, δηλαδή τα παιδικά παιχνίδια, ενώ όμως, το προκείμενο πρόβλημα του όρου συνίσταται στο ότι ακριβώς απαιτείται για προϊόντα άσχετα με το παραπάνω ρυθμιστικό και ελεγκτικό πεδίο και επομένως με το ίδιο το αντικείμενο του προτύπου. Αντίθετα μάλιστα, εφόσον το πρότυπο αυτό ζητείται ως προς την απόδειξη εν γένει προστασίας από βαρέα μέταλλα και τοξικές ουσίες, βλ. και παραπάνω, είναι και ακατάλληλο, αφού εξετάζει το ζήτημα της προστασίας αυτής από σκοπιά που ουδόλως έχει σχέση με την προοριζόμενη χρήση του χλοοτάπητα, άρα και τους ευλόγως συναρτώμενους από τη χρήση αυτή κινδύνους για τον άνθρωπο και το περιβάλλον (ήτοι από τη διαρροή τοξικών ουσιών στο έδαφος και τα υπόγεια αυτού ύδατα, όπως ενδέχεται να συμβαίνει με κάθε υλικό κάλυψης επιφανειών εδάφους, ζήτημα που ουδόλως εξετάζεται από το EN 71-3) και εν προκειμένω, περαιτέρω, αφού επικαλύπτεται και δη με κατάλληλο τρόπο από την ταυτόχρονη απαίτηση για REACH. Στον βαθμό που ζητείται ως προς την απόδειξη ειδικότερα σχετικά με τη μετανάστευση μετάλλων στο σώμα από χρήση σχετική με το αντικείμενο κάλυψης του EN 71-3, ο όρος είναι αδικαιολόγητα περιοριστικός και αντικειμενικά ασύνδετος, όσον αφορά προϊόντα συνθετικού χλοοτάπητα. Εξάλλου, οι επιχειρήσεις στο πλαίσιο της εύλογης επιχειρηματικής τους προσπάθειας προς τόνωση των πωλήσεών τους, ενδέχεται και είθισται κατά την κοινή πείρα, να προβαίνουν σε διασφαλίσεις όλως δυσανάλογες και αδικαιολόγητες με τον σκοπό του προϊόντος που εμπορεύονται, αλλά και εν τέλει περιττές ως προς την εύλογη, προοριζόμενη και αναμενόμενη χρήση του ή

να ελέγχουν τα προϊόντά τους σε συνθήκες εντελώς ακραίες και μη αναμενόμενες, ακριβώς προς δημιουργία πεποίθησης προς το αγοραστικό κοινό περί της υπέρμετρης και πολύ ανώτερης του ανταγωνισμού ποιότητας των προϊόντων τους, υπερβαίνοντας το ανάλογο, κατάλληλο και επαρκές μέτρο και καταλήγοντας σε δηλώσεις περί διασφαλίσεων ή και διασφαλίσεις και ελέγχους εν τέλει αντικειμενικά ασύνδετες με το προϊόν και τη φύση του. Ενώ όμως τα ως άνω είναι εύλογα στο πλαίσιο της εμπορικής πολιτικής μιας επιχείρησης ή και της επιλογής μιας ένωσης ιδιωτικών φορέων που δικαιολογημένα τείνουν στην όσο το δυνατόν μεγαλύτερη εδραίωση ισχυρής εμπιστοσύνης του αγοραστικού κοινού στα προϊόντα τους, αλλά και στην αγορά στην οποία δραστηριοποιούνται, τα παραπάνω δεν μπορούν να συγκροτήσουν έδαφος για την κατάρτιση επί ποινή αποκλεισμού όρων διακήρυξης και ελάχιστων τεχνικών προδιαγραφών, οι οποίες πρέπει να τελούν σε σύνδεση και μάλιστα εύλογου και όχι απλώς οριακού επιπέδου, με τον αναμενόμενο και σκοπούμενο στόχο της προμήθειας και του εν γένει συμβατικού αντικειμένου, αλλά και πέραν τούτου, ακόμη και αν οι προδιαγραφές που θέτουν τελούν σε κάποια συσχέτιση με κάποιον καταρχήν θεμιτό στόχο, δεν θα πρέπει ο περιορισμός του ανταγωνισμού που επιτυγχάνουν να είναι δυσανάλογος με το όποιο εν τέλει όφελος προκύπτει από τη θέσπισή τους (υπό την έννοια ότι μια ακραία πιθανή συνθήκη ή ένα όλως οριακό όφελος και διασφάλιση, ιδίως όταν δεν συνάδουν με την αναμενόμενη εύλογη χρήση και προορισμό του προϊόντος, δεν δύνανται να δικαιολογήσουν τον αποκλεισμό προϊόντων που κατά τα άλλα είναι όλως ασφαλή και κατάλληλα προς χρήση). Κατ' αποτέλεσμα, όλων των παραπάνω και για κάθε έναν εκ τους ως άνω λόγους, ο τέταρτος λόγος της τρίτης προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και να ακυρωθεί ο όρος του άρθρου 1 της Ενότητας Α του Μέρους Α του Παραρτήματος Β της διακήρυξης, ο οποίος θεσπίζει απαίτηση για «*Έκθεση Εργαστηριακών Αποτελεσμάτων σχετικά με την απουσία βαρέων μετάλλων κατά EN 71-3:2013+A1:2014*».

20. Επειδή, όσον αφορά τον πέμπτο λόγο της τρίτης προσφυγής, το ως άνω άρθρο 1 της Ενότητας Α του Μέρους Α του Παραρτήματος Β της διακήρυξης, επιβάλλει μεταξύ άλλων να κατατεθεί επί ποινή αποκλεισμού στην τεχνική προσφορά «*9. Έκθεση Εργαστηριακών Αποτελεσμάτων σχετικά με τη*

συμπεριφορά στην καύση κατά EN13501-1:2007 και ISO 9239-1:2010». Ο δε τρίτος προσφεύγων αποδεικνύει την κατοχή μόνο ενός εκ των δύο ήτοι του EN 13501-1 προτύπου και επικαλείται αδυναμία προσκόμισης αμφοτέρων, ενώ ο έλεγχός του εξάλλου έχει διενεργηθεί με το ισοδύναμο με τα ως άνω πρότυπο EN 11925. Πλην όμως, κατά τη διακήρυξη ουδόλως ορίζονται τα δύο ως άνω πρότυπα ως εναλλακτικά, αλλά απαιτούνται ομού και σωρευτικά ούτε θεσπίζεται η ευχέρεια υποβολής εργαστηριακού ελέγχου περί του αυτού αντικειμένου, βάσει άλλου ελέγχου για συμπεριφορά στην καύση και επομένως όχι μόνο ζητούνται δύο σωρευτικά απαιτούμενοι έλεγχοι με βάση διαφορετικά μεταξύ τους πρότυπα, με αποτέλεσμα να αποκλείεται προϊόν που φέρει μόνο ένα εκ των δύο αλλά αποκλείεται και η δυνατότητα υποβολής ελέγχου με ισοδύναμο πρότυπο ή άλλου κατάλληλου αποδεικτικού μέσου. Ούτως και για την ταυτότητα του λόγου ως προς όσα κρίθηκαν στην αμέσως προηγούμενη σκέψη περί της απαίτησης για έλεγχο βάσει του προτύπου EN 71-3, ο πέμπτος λόγος της προσφυγής πρέπει να γίνει δεκτός και ο ως άνω όρος να ακυρωθεί ως παράνομος, καθώς αντίκειται στα άρ. 54 και 56 Ν. 4412/2016 και περαιτέρω αδικαιολόγητα περιορίζει τον ανταγωνισμό, αποκλείοντας κατάλληλα προϊόντα για τον μόνο λόγο ότι δεν διαθέτουν έναν εκ των ως άνω δύο αποκλειστικά ζητούμενων ελέγχων.

21. Επειδή, όσον αφορά τον όγδοο λόγο της τρίτης προσφυγής, το Μέρος Α του ΠΑΡΑΡΤΗΜΑΤΟΣ Β της διακήρυξης στο Άρθρο 4 «ΕΡΓΑΣΙΕΣ ΥΠΟΒΑΣΗΣ» ορίζει ότι *«Προβλέπεται η έντεχνη διάστρωση με τις προβλεπόμενες κλίσεις των υλικών υπόβασης σύμφωνα με την τεχνική περιγραφή. Προβλέπεται η προμήθεια αδρανών υλικών λατομείου αν αυτό απαιτηθεί. Η διάστρωση θα γίνει με ειδικό εξοπλισμό καθοδηγούμενο από laser για να δοθεί η μεγαλύτερη δυνατή ακρίβεια. Επίσης περιλαμβάνεται και η αποξήλωση του υπάρχοντος χλοοτάπητα.»*. Πλην όμως, όπως βάσιμα επικαλείται ο τρίτος προσφεύγων ουδόλως προκειται οποιαδήποτε τεχνική περιγραφή ούτε προβλεπόμενες κλίσεις, ενώ δεν ορίζονται ούτε ποσότητες ζητούμενων αδρανών υλικών, ενώ και αυτή η ίδια η απαίτηση των υλικών αυτών τίθεται ως ενδεχόμενη. Επομένως, είναι προφανές ότι δεν καθίσταται κατανοητό ούτε τι πρέπει να προμηθεύσουν οι προσφέροντες ούτε τι ποσότητες

έστω και καταρχήν, πρέπει να λάβουν υπόψη κατά τη σύνταξη της οικονομικής προσφοράς τους ούτε παρατίθενται στοιχεία που δύνανται να τους καθοδηγήσουν ως προς το κόστος τους για την εκτέλεση της σύμβασης, κυρίως δε, δεν προκύπτει ποιες εργασίες τους ζητούνται, ποιας έκτασης, ποιας έντασης, ποιου βαθμού και με ποιο ζητούμενο αποτέλεσμα. Η ως άνω μείζων ασάφεια δεν επιλύθηκε ούτε με την απάντηση της αναθέτουσας σε αίτημα διευκρινίσεων που υπέβαλε ο δεύτερος προσφεύγων, αφού στην από 6-12-2018 και με αρ. πρωτ. αναρτημένη στο ΕΣΗΔΗΣ διευκρίνισή της και ενώ ο δεύτερος προσφεύγων ρητά ρώτησε ποιες είναι οι ζητούμενες εργασίες υπόβασης και ποιες ποσότητες να υπολογίσει στην προσφορά του, η αναθέτουσα απάντησε απλώς ότι *«3. Δεν πρόκειται για νέα υπόβαση. Πρόκειται για αποκατάσταση τοπικών ανωμαλιών και προϋπάρχοντων κλίσεων του γηπέδου. Η ποσότητα του νταμαροχώματος (λατομικά αδρανή κατά τη μελέτη) έχει υπολογιστεί βάσει της επιφάνειας του γηπέδου. »*. Επομένως, παραμένει ασαφές και αόριστο ποιες είναι οι κλίσεις που πρέπει να διορθωθούν, ποιο είναι το σκοπούμενο αποτέλεσμα κλίσεων που πρέπει να επιτευχθεί, ποιες ποσότητες υλικών απαιτούνται, σε τι συνίσταται η έντεχνη διάστρωση και ποια είναι η έκταση των σημείων όπου πρέπει να λάβει χώρα η αλλαγή των κλίσεων και τούτο ενώ η παραπάνω διευκρίνιση ομοίως αόριστα αναφέρει ότι οι ποσότητες των αδρανών υλικών υπολογίστηκαν για όλη την επιφάνεια του γηπέδου, χωρίς να διευκρινίζει ούτε ποιες είναι αυτές, για τις οποίες απλά παρατίθεται συνολικό ποσό εκτίμησης στη διακήρυξη χωρίς αναφορά σε ποσότητες ούτε αν τούτο σημαίνει ότι πρέπει να αλλάξουν οι κλίσεις σε όλο το γήπεδο, πράγμα που αντιφάσκει όμως με την ταυτόχρονη αναφορά σε «τοπικές ανωμαλίες», η οποία οδηγεί ευλόγως στο συμπέρασμα ότι πρόκειται για ανωμαλίες σε επιμέρους σημεία του γηπέδου και όλη την επιφάνειά του. Περαιτέρω, δεν καθίσταται κατανοητό αν η αναθέτουσα γνωρίζει τις εργασίες, την κατάσταση του γηπέδου και το επιθυμητό αποτέλεσμα και απλώς δεν αναφέρει αυτά, δεν τα γνωρίζει και θα τα εντοπίσει κατά την εκτέλεση ή επαφίει στον ανάδοχο να εντοπίσει κατά την κρίση του τις απαιτούμενες εργασίες και να τις επιδιορθώσει με τρόπο που ο ίδιος κρίνει και προς διαμόρφωση νέων κλίσεων που ο ίδιος θα αποφασίσει ως κατάλληλες κατά την εκτέλεση. Όμως,

πέραν του ότι τα παραπάνω είναι όλως απαράδεκτα στο πλαίσιο ανάθεσης σύμβασης προμήθειας υλικών, όπως τουλάχιστον διακηρύχθηκε η συγκεκριμένη διαδικασία και πλήρως ασύμβατα με το περιεχόμενο μιας τέτοιας σύμβασης και τις αναγκαίες πληροφορίες για τη διενέργεια μιας τέτοιας διαδικασίας, περαιτέρω δεν θα ήταν παραδεκτά ούτε αν η διακήρυξη αφορούσε σύμβαση έργου, αφού καμία εργασία δεν προσδιορίζεται έστω και με κάποιο γενικό πλην ελαχίστως συγκεκριμένο τρόπο ούτε υφίσταται ένα καταρχήν σχέδιο απαιτούμενων υλικών με ποσότητες εν είδει τιμολογίου ούτε υφίσταται κάποια καταρχήν μελέτη, ώστε να καθοδηγηθεί ο ενδιαφερόμενος προς συμμετοχή σχετικά με το αντικείμενο για το οποίο θα υποβάλει προσφορά. Επιπλέον, δεν προκύπτει ούτε με σαφήνεια ότι τυχόν θα μελετήσει ο ίδιος ο ανάδοχος το έργο που θα κατασκευάσει στη συνέχεια στο πλαίσιο μελέτης-κατασκευής κατ' άρ. 50-51 Ν. 4412/2016, ενώ δεν προσδιορίζονται ούτε στοιχεία, κατευθύνσεις και απαιτήσεις, ως και πεδίο της όποιας υποκρυπτόμενης προς ανάθεση μελέτης και τούτο ανεξαρτήτως ότι αυτά είναι όλως ασύμβατα και παράνομα στο πλαίσιο μιας διαδικασίας ανάθεσης σύμβασης προμήθειας και ενώ, ούτως ή άλλως δεν προκύπτει ότι πληρούνται ούτε οι κατ' άρ. 50-51 Ν. 4412/2016 προϋποθέσεις για δημοπράτηση αντιστοίχως έργου με αξιολόγηση μελέτης ή μελέτης για τον προσδιορισμό τεχνικής λύσης. Κατ' αποτέλεσμα, ο ως άνω όρος είναι και όλως αόριστος και παρεμποδίζων τόσο την προετοιμασία προσφοράς, αλλά και επαγόμενος κινδύνους για τον τυχόν ανάδοχο κατά την εκτέλεση και παράνομος, βάσει του πλαισίου ανάθεσης υπό το νομικό καθεστώς της σύμβασης προμήθειας, αλλά και βάσει του τυχόν πλαισίου ανάθεσης υπό το νομικό καθεστώς σύμβασης έργου ή σύμβασης μελέτης και κατασκευής έργου. Σημειωτέον δε, ότι κατ' άρ. 53 παρ. 1 Ν. 4412/2016 οι όροι των εγγράφων της σύμβασης πρέπει να είναι σαφείς και πλήρεις ώστε να επιτρέπουν την υποβολή άρτιων και συγκρίσιμων μεταξύ τους προσφορών, ενώ πρέπει μεταξύ άλλων να περιέχουν κατά τις παρ. 2-8 του ως άνω άρθρου «ε) ακριβή περιγραφή του φυσικού αντικειμένου της σύμβασης. ... στ) το είδος της διαδικασίας, ... ια) τα τεχνικά χαρακτηριστικά (προδιαγραφές), την ποσότητα και την περιγραφή των αγαθών, υπηρεσιών ή έργων, τον τρόπο της εκτέλεσης του ελέγχου και της διασφάλισης της ποιότητας,

... , καθώς και άλλα χαρακτηριστικά, ανάλογα με το αντικείμενο της σύμβασης, ...
ιη) όλους τους ειδικούς και γενικούς όρους για την εκτέλεση της σύμβασης, ...
κδ) επιπλέον των ανωτέρω, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων: αα) τον προϋπολογισμό δημοπράτησης, το τιμολόγιο δημοπράτησης, την ειδική συγγραφή υποχρεώσεων, την τεχνική περιγραφή, την τεχνική μελέτη ή/και τη διαμόρφωση αυτών μετά την κατακύρωση της σύμβασης, σύμφωνα με την προσφορά του αναδόχου, ... γγ) αμοιβή των αξιολογότερων μελετών, όπου κρίνεται αναγκαίο, ... δδ) το απαιτούμενο στάδιο της μελέτης που πρέπει να υποβάλουν οι οικονομικοί φορείς, στην περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 50, ... κε) επιπλέον των ανωτέρω, ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις μελετών και παροχής τεχνικών υπηρεσιών: αα) το τεύχος τεχνικών δεδομένων, τη συγγραφή υποχρεώσεων, το τεύχος προεκτιμώμενων αμοιβών ή/και τη διαμόρφωση αυτών μετά την κατακύρωση της σύμβασης, σύμφωνα με την προσφορά του αναδόχου, ββ) την κατηγορία μελέτης, κατά την περίπτωση (15) της παρ. 3 του άρθρου 2 που απαιτείται για κάθε επί μέρους μελετητικό αντικείμενο της σύμβασης, καθώς και τα ελάχιστα επίπεδα τεχνικής καταλληλότητας γενικής εμπειρίας ανά κατηγορία μελέτης, που αντιστοιχεί στην προς ανάθεση σύμβαση, γγ) την προεκτιμώμενη αμοιβή ή το κατ' αποκοπή τίμημα για την αμοιβή όλων των πρώιμων σταδίων στην περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 51, δδ) την εξειδίκευση των πρώιμων σταδίων των κύριων ή και υποστηρικτικών μελετών στην περίπτωση εφαρμογής του άρθρου 51 εε) τις προδιαγραφές εκπόνησης της μελέτης κατά το άρθρο 196... 7. Ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις έργων, πέραν των ανωτέρω, κατά τη σύνταξη των εγγράφων της σύμβασης, ισχύουν και τα ακόλουθα: ... γ) Με τα έγγραφα της σύμβασης επιτρέπεται να αναλάβει ο ανάδοχος την αναγκαία συμπλήρωση ή προσαρμογή των στοιχείων της μελέτης προς τα δεδομένα του εδάφους. δ) Η διακήρυξη μνημονεύει τα τεχνικά τεύχη και σχέδια που μαζί με αυτήν αποτελούν τη βάση για την κατάρτιση της σύμβασης. Σε περίπτωση διαδικασίας διαπραγμάτευσης του άρθρου 32 ή απευθείας ανάθεσης του άρθρου 118, τα τεύχη αυτά προσδιορίζονται στη σύμβαση. ε) Τα τεχνικά τεύχη είναι σχέδια και κείμενα που δίνουν εικόνα του έργου που πρόκειται να κατασκευαστεί και των υποχρεώσεων που αναλαμβάνει ο ανάδοχος με τη σύμβαση (τεχνική περιγραφή, συγγραφές υποχρεώσεων κ.λπ.).

... 8. Ειδικά για τις δημόσιες συμβάσεις μελετών και παροχής τεχνικών και λοιπών συναφών επιστημονικών υπηρεσιών, πέραν των αναφερομένων στις παραγράφους 1 έως 6, κατά τη σύνταξη των εγγράφων της σύμβασης εφαρμόζονται και τα παρακάτω: ... γ) Για ερευνητικές και υποστηρικτικές εργασίες (όπως ιδίως γεωτεχνικές έρευνες και τοπογραφικές μελέτες), για τις οποίες δεν είναι δυνατός ο ακριβής προσδιορισμός μονάδων φυσικού αντικειμένου, τίθεται συνολική προεκτιμώμενη αμοιβή ανά κατηγορία, ως ανώτατο όριο δαπάνης, η οποία δεν μπορεί να υπερβαίνει αθροιστικά για όλες τις κατηγορίες το ποσοστό τριάντα τοις εκατό (30%) της συνολικής προεκτιμώμενης αμοιβής.». Επομένως, οιοδήποτε και να ήταν το νομικό καθεστώς δημοπράτησης της προκείμενης σύμβασης, ήτοι αμιγούς προμήθειας, προμήθειας και υπηρεσίας, αμιγούς έργου, έργου και προμήθειας ή υπηρεσίας, μελέτης, μελέτης και έργου, μελέτης, έργου και προμήθειας, εν προκειμένω δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις για κανένα είδος διαδικασίας και για κανένα νομικό καθεστώς, ακόμη και αν αυτό είχε νομίμως επιλογής, αφού δεν παρατίθενται υπό καμία εκδοχή κρίσιμα και ουσιώδη στοιχεία που θα έπρεπε να περιλαμβάνονται στα έγγραφα της σύμβασης. Συνεπώς, κατ' αποδοχή του όγδοου λόγου της τρίτης προσφυγής πρέπει να ακυρωθεί το ως άνω άρθρο 4 του Παραρτήματος Β της διακήρυξης.

22. Επειδή, εν όψει και των αρχών της ίσης μεταχείρισης των οικονομικών φορέων και της διαφάνειας των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων δημόσιας προμήθειας, σε περίπτωση ακύρωσης μίας ή περισσότερων διατάξεων της διακήρυξης που ρυθμίζουν τις προϋποθέσεις παραδεκτού των προσφορών ή τα κριτήρια υπολογισμού της πλέον συμφέρουσας προσφοράς, η διακήρυξη είναι ακυρωτέα στο σύνολό της (βλ. ΣτΕ 1135/2010, ΕΑ 1089/2009, ΣτΕ 2951-52/2004 επταμ. και απόφαση ΔΕΚ στην υπόθεση C-448/2001, ENV AG κ.λπ., Συλλ. 2003, σελ. Ι-14527, σκέψεις 92- 95).

23. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, πρέπει να γίνουν εν όλω δεκτές και η δεύτερη και η τρίτη Προσφυγή και δη ως προς το σύνολο των λόγων που έκαστη εξ αυτών περιλαμβάνει, ήτοι κατ' αποδοχή του πρώτου, δεύτερου, τρίτου και τέταρτου λόγου της δεύτερης προσφυγής και του πρώτου, δεύτερου,

τρίτου, τέταρτου, πέμπτου, έκτου, έβδομου και όγδοου λόγου της τρίτης προσφυγής. Να κριθούν ακυρωτέοι οι όροι που κατ' αποδοχή εκάστου εκ των ως άνω λόγων και κατά το ανωτέρω αιτιολογικό, κρίθηκαν ως μη νόμιμοι. Να ακυρωθεί δε η διακήρυξη στο σύνολό της, συνεπεία της ως άνω ακύρωσης των παραπάνω όρων της (κατ' αποδοχή των ως άνω τεσσάρων εκ των τεσσάρων λόγων της δεύτερης προσφυγής και των οκτώ εκ των οκτώ λόγων της τρίτης προσφυγής, εκ των οποίων ο πρώτος, δεύτερος, τρίτος και τέταρτος λόγος της δεύτερης προσφυγής και ο πρώτος, δεύτερος, τρίτος, τέταρτος, πέμπτος, έκτος και έβδομος λόγος της τρίτης προσφυγής αφορούν τις προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, το παραδεκτό αυτών και την αξιολόγησή τους, μεταξύ άλλων δε και επί ποινή αποκλεισμού όρους, ως και κρίσιμες ασάφειες περί του τρόπου αξιολόγησης και των όρων αποδοχής των προσφορών, ενώ ο όγδοος λόγος της προσφυγής αφορά την αδυναμία σύνταξης τεχνικής και οικονομικής προσφοράς, λόγω εξίσου κρίσιμης ασάφειας), σύμφωνα και με την αμέσως προηγούμενη σκέψη. Και τούτο, αφενός αρκούσης μόνης της έστω και κάθε μίας εκ των ως άνω δεύτερης και τρίτης προσφυγής για την ακύρωση της όλης ακύρωσης βάσει των ανωτέρω και του πλήθους των κατ' αποδοχή εκάστης εκ των ως άνω δύο προσφυγών ακυρωτέων όρων ως και της άμεσης σύνδεσής τους με τις προϋποθέσεις συμμετοχής και υποβολής προσφορών, ως και την αξιολόγηση των τελευταίων, αφετέρου, ανεξαρτήτως, αυτοτελώς και επιπλέον της ακύρωσής της διακήρυξης συντρεχόντως, κατ' αποδοχή και της πρώτης ως άνω Προσφυγής. Συνεπώς, η αποδοχή κάθε μίας εκ των ως άνω τριών προσφυγών και μόνη της αρκεί αυτοτελώς και μόνη της για την εν όλω ακύρωση της προκείμενης διακήρυξης.

24. Επειδή, συνεπεία των ανωτέρω, κατ' αποδοχή τόσο της πρώτης όσο και της δεύτερης και περαιτέρω της τρίτης Προσφυγής και δη αυτοτελώς για την κάθε μία και όσον αφορά έκαστη εξ αυτών για τους λόγους που περί αυτής αναφέρονται στις ανωτέρω σκέψεις, η διακήρυξη πρέπει να ακυρωθεί σε κάθε περίπτωση εν όλω. Και ναι μεν μόνη της η αποδοχή της πρώτης Προσφυγής, ως αναγόμενη στην οικεία ανωτέρω αναφερόμενη παράλειψη της αναθέτουσας και παράβαση ουσιώδους τύπου, θα συνεπαγόταν ακύρωση και αναπομπή στην αναθέτουσα προς άρση της παράλειψής αυτής και επανάληψη της

διαδικασίας με τον ορθό πλέον τύπο, σύμφωνα με το άρ. 367 παρ. 2 Ν. 4412/2016. Πλην όμως, δεδομένου ότι με μόνη την αποδοχή της δεύτερης Προσφυγής, ως και αυτοτελώς με μόνη την αποδοχή της τρίτης προσφυγής (βλ. και αμέσως προηγούμενη σκέψη), η διακήρυξη τυγχάνει ούτως ή άλλως και αυτοτελώς εξ αυτής, εν όλω ακυρωτέα, παρέλκει εν προκειμένω, ως καθιστάμενη άνευ αντικειμένου, η κατ' αποδοχή της πρώτης Προσφυγής, διαταγή περί αναπομπής.

25. Επειδή, ύστερα από την προηγούμενη σκέψη, πρέπει να επιστραφούν προς όλους τους προσφεύγοντες τα παράβολα που κατέβαλαν για την άσκηση της Προσφυγής τους.

ΓΙΑ ΤΟΥΣ ΛΟΓΟΥΣ ΑΥΤΟΥΣ

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή του πρώτου προσφεύγοντος.

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή του δεύτερου προσφεύγοντος.

Δέχεται την Προδικαστική Προσφυγή του τρίτου προσφεύγοντος.

Ακυρώνει εν όλω τη διακήρυξη της,
για ΗΛΕΚΤΡΟΝΙΚΟ ΑΝΟΙΚΤΟ ΚΑΤΩ ΤΩΝ ΟΡΙΩΝ ΔΙΑΓΩΝΙΣΜΟ για την
«ΠΡΟΜΗΘΕΙΑ ΥΛΙΚΩΝ ΑΘΛΗΤΙΚΩΝ ΕΓΚΑΤΑΣΤΑΣΕΩΝ».

Ορίζει την επιστροφή στον πρώτο προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 707,67 ευρώ.

Ορίζει την επιστροφή στον δεύτερο προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 707,66 ευρώ.

Ορίζει την επιστροφή στον τρίτο προσφεύγοντα του παραβόλου ποσού 707,67 ευρώ.

Αριθμός Αποφάσεων: 1167, 1168, 1169/2018

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στις 27 Δεκεμβρίου 2018 και εκδόθηκε αυθημερόν.

Η ΠΡΟΕΔΡΟΣ

Ο ΓΡΑΜΜΑΤΕΑΣ

ΠΟΥΛΟΠΟΥΛΟΥ ΑΓΓΕΛΙΚΗ

ΓΡΥΠΑΡΗΣ ΑΛΕΞΑΝΔΡΟΣ